АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ

Конец XIX — начало XX века

ХРЕСТОМАТИЯ

Часть I

Издательство
Воронежского государственного университета
2004

ББК 67.7
С77

Составитель, автор вступительной статьи —
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой административного,
муниципального и финансового права
Воронежского государственного университета
Ю. Н. Старилов

Административная юстиция: Конец XIX — начало XX века:
С77 Хрестоматия. — Ч. 1. / Сост. и вступит. ст. Ю. Н. Старилова. — Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2004. — 720 с. — ISBN 5-9273-0319-6

Хрестоматия содержит печатающиеся полностью и в сокращении труды по административной юстиции видных ученых: Г. Аншютца, В. А. Гагена, В. Ф. Дерюжинского, Г. Еллинека, Н. П. Карадже-Искрова, Б. А. Кистяковского, Н. М. Коркунова, С. А. Корфа. Рассматриваются вопросы сущности административной юстиции как в России, так и в некоторых зарубежных странах, ее система, органы судебной власти, осуществляемый ими контроль и судопроизводство. Круг затронутых тем позволяет использовать издание в учебном процессе.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических учебных заведений, а также судей, служащих органов государственного и муниципального управления и всех интересующихся историей и современными проблемами формирования в России административного судопроизводства и федеральных административных судов.

ББК 67.7

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ:
Конец XIX — начало XX века
Хрестоматия
Часть 1
Составитель
Старилов Юрий Николаевич

Редактор *З. С. Фоменко.* Художественный редактор *Л. А. Клочков.* Электронная верстка *С. Н. Володиной.* Корректоры *М. Г. Щигрёва, Г. И. Старухина*
ИБ 2791. Подп. в печ. 21.04.2004. Форм. бум. 60×90/16. Бумага офсетная № 1. Офсетная печать. Усл. п. л. 45,0. Уч.-изд. л. 46,0. Тираж 1000. Заказ 4592
Издательство Воронежского государственного университета. 394000 Воронеж, ул. Ф. Энгельса, 8. Издательско-полиграфическая фирма “Воронеж”. 394000 Воронеж, пр. Революции, 39

ISBN 5-9273-0319-6

© Старилов Ю. Н., составление, вступительная статья, 2004
© Издательство Воронежского государственного университета, 2004

СОДЕРЖАНИЕ

Старилов Ю. Н. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ: ИСТОРИЧЕСКИЕ КОРНИ И НОВЕЙШЕЕ РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА (Вступительная статья) ... 6

АНШЮТЦ Гергард. ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАЦИЯ ... 33

Введение ... 33

А. Понятие и границы юстиции и администрации ... 36

Б. Административная юстиция ... 47

АНШЮТЦ Гергард. ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАЦИЯ ... 61

А. Организация административных судов в Германии ... 61

Б. Административная юстиция во внегерманских странах ... 77

В. Пререкания о компетенции ... 93

ГАГЕН В. А. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ ... 97

Глава первая. Общие понятия ... 97

Глава вторая. Организация административной юстиции в Западной Европе ... 144

I. Франция ... 144

II. Германия ... 157

III. Англия ... 161

Глава третья. Организация административной юстиции в России ... 170

ДЕРЮЖИНСКИЙ В. Ф. АДМИНИСТРАТИВНЫЕ СУДЫ В ГОСУДАРСТВАХ ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ ... 215

Франция ... 218

Германия ... 230

Австрия ... 236

Италия ... 239

Испания ... 243

Португалия ... 244

Приложения: Иностранные законы об административных судах ... 245

Пруссия ... 245

I. Закон о местном управлении 30 июля 1883 года ... 245

II. Закон об устройстве административных судов и об административно-спорном производстве от 3 июля 1875 года / 2 августа 1880 года ... 275

III. Закон о компетенции административных учреждений и судов по административным делам 1 августа 1883 года ... 281

Франция ... 328

I. Закон 21 июня 1865 года о советах префектуры ... 328

II. Закон 22 июля 1889 года о порядке производства дел в советах префектуры ... 330

ЕЛЛИНЕК Георг. ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ГОСУДАРСТВЕ ... 344

Глава двадцать вторая. Гарантии публичного права ... 344

КАРАДЖЕ-ИСКРОВ Н. П. НОВЕЙШАЯ ЭВОЛЮЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА ... 351

I. Административное право эпохи полицейского государства 351
II. Административное право эпохи правового государства 354
III. Франция 357
IV. Германия 361
V. Англия 363
VI. Влияние социализма на административное право буржуазных стран ... 367
VII. Эволюция советского административного права 368
VIII. Характерные особенности советского административного права 371
XI. Теория проф. К. А. Архипова о закономерности управления 384

K A R A D G É - I S K R O W N. P. DERNIÉRE ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF 387

КИСТЯКОВСКИЙ Б. А. СОЦИАЛЬНЫЕ НАУКИ И ПРАВО 389
XII. Государство и право 389

КИСТЯКОВСКИЙ Б. А. ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО (ОБЩЕЕ И РУССКОЕ) 407
Глава XI. Теория субъективных публичных прав. Декларация прав человека и гражданина 407
Глава XII. Публичные права и обязанности русских граждан 443

КОРКУНОВ Н. М. РУССКОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО 462
ОТДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАКОННОСТИ УПРАВЛЕНИЯ
Глава I. Способы обеспечения и право петиций 462
§ 62. Способы обеспечения законности 462
§ 63. Право петиций 464
Глава II. Административная юстиция 471
§ 64. Понятие административной юстиции 471
§ 65. Преобразование Сената в 1802 г. 481
§ 66. Современное устройство Сената 502
§ 67. Смешанные присутствия 514
§ 68. Финансовый контроль 520
Глава III. Ответственность должностных лиц 523
§ 69. Гражданская и уголовная ответственность 523
§ 70. Дисциплинарная ответственность 531
§ 71. Дисциплинарная ответственность по русскому праву 556
§ 72. Ответственность министров 562

КОРФ С. А. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ 567
КНИГА ВТОРАЯ. ОЧЕРК ДЕЙСТВУЮЩЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
ЧАСТЬ ВТОРАЯ. Центральные органы русской административной юстиции 567
Глава вторая 567
1. Состав 1-го и 2-го департаментов сената 567
2. Прокуратура и делопроизводство 1-го и 2-го департаментов 582
3. Законная сила определений административных департаментов. Общие собрания 593
4. Компетенция первого департамента 599
5. Компетенция второго департамента 621
КНИГА ТРЕТЬЯ. ОЧЕРК ТЕОРИИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ
Глава первая 626
1. Развитие административной юстиции на Западе 626
2. Франция 631
3. Италия 647

4. Англия 653
5. Бельгия, Голландия, Дания, Норвегия 655
6. Германия 666
7. Австрия 669
Глава вторая. Теория административной юстиции 669
Сущность института 669
Разделение судебной и административной государственных функций 672
Justizstaat 677
Судоустройство 681
Административный процесс 685
Стороны 686
Публичный представитель 689
Административный иск 691
Принципы административного процесса 695
Компетенция административных судов 699
Пределы административного иска 705
Публичный элемент административного иска 711
Приговор административного суда 713
Пререкания или конфликты 716
ТЕЗИСЫ К ДИССЕРТАЦИИ БАРОНА С. А. КОРФА "АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ" 719

Ю. Н. Старилов

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ: ИСТОРИЧЕСКИЕ КОРНИ И НОВЕЙШЕЕ РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Вступительная статья

Издание хрестоматии по административной юстиции, включающей труды известных ученых конца XIX — начала XX в., обусловлено вниманием современных ученых и юристов-практиков к проблеме формирования в России административных судов и административного судопроизводства. Размышления российских и зарубежных ученых о сущности и будущем административной юстиции созвучны сегодняшним представлениям о значимости и построении модели административной юстиции и административного судопроизводства в России. Анализируя мнения авторов опубликованных в хрестоматии трудов, можно заметить, что нынешние аргументы "за" (или "против") формирования в стране административного судопроизводства похожи на выдвигаемые современными исследователями положения.

Публикация хрестоматии вызвана необходимостью ознакомления читателей с теорией административной юстиции и судопроизводства, сформировавшейся на рубеже XIX—XX вв., а также тем, что историческое развитие административной юстиции не исследовалось в литературе на должном уровне. Одним из глубоких современных научных исследований является книга Е. А. Правиловой[1]. По ее мнению, существование института административной юстиции в конце XIX в. "рассматривалось русскими учеными и общественными деятелями как своеобразный политический барометр, определяющий степень защищенности прав личности"[2]. Совершенно справедлива и подмеченная Е. А. Правиловой следующая закономерность в исследовании административной юстиции дореволюционными авторами: они в основном рассматривали теоретические вопросы организации системы административной юстиции в европейских странах и критически анализировали действовавшее в то время российское за-

[1] См.: *Правилова Е. А.* Законность и права личности: Административная юстиция в России (вторая половина XIX в. — октябрь 1917 г.). СПб.: Изд-во СЗАГС, изд-во "Образование—Культура", 2000. См. также: *Петухов Г. Е.* Административная юстиция в царской России // Правоведение. 1974. № 5. С. 72—80.

[2] *Правилова Е. А.* Законность и права личности: Административная юстиция в России... С. 7.

конодательство[3]. Вместе с тем были опубликованы и работы, в которых глубоко исследовались теоретические аспекты административной юстиции. Например, в книге С. А. Корфа изучаются такие вопросы, как сущность института административной юстиции, административный процесс, его принципы и стороны, административный иск и его пределы.

Хрестоматия состоит из двух частей и включает труды видных ученых: Г. Аншютца, В. А. Гагена, В. Ф. Дерюжинского, Г. Еллинека, Н. П. Карадже-Искрова, Б. А. Кистяковского, Н. М. Коркунова, С. А. Корфа, Н. О. Куплеваского, Н. И. Лазаревского, К. Лемайера, В. А. Рязановского, В. Кобалевского, М. Д. Загряцкова. Ученые глубоко анализируют вопросы о сущности, назначении и правовом содержании административной юстиции как в России, так и в некоторых зарубежных странах, пытаются найти преимущества и недостатки различных моделей административной юстиции; предметом их исследования являются теоретическая концепция административной юстиции, административного судопроизводства, сущность судебного нормоконтроля, взаимосвязь с основными принципами правового государства.

Проблема административной юстиции (специальных административных судов, административного судопроизводства, судебного контроля за исполнительной властью), с научно-практической точки зрения, наиболее фундаментально и результативно обсуждалась в России дважды в течение последних ста лет: в начале XX в. и в конце XX — начале XXI в. В специальной литературе начала XX в. рассматривались вопросы о сущности, значении, правовых формах и организации административной юстиции в России[4]. Большинство русских ученых начала века выступали за выделение административной специализации в общих судах. Н. М. Коркунов считал, что российские условия административной деятельности не обеспечивают полнейшей за-

---

[3] См.: Там же. С. 8.

[4] См., например: *Гаген В. А.* Административная юстиция: Конспект лекций. Ростов на/Д, 1916; *Корф С. А.* Административная юстиция в России. Кн. вторая: Очерк действующего законодательства; Кн. третья: Очерк теории административной юстиции. СПб., 1910; *Коркунов Н. М.* Русское государственное право. Том II: Часть Особенная. 4-е изд. СПб., 1903. Об истории развития научных представлений об административной юстиции см. также: *Зеленцов А. Б., Радченко В. И.* Административная юстиция в России: (История и современность). М.: Рос. акад. правосудия, 2002.

конности управления только при помощи уголовных и гражданских судов[5]. В. Ф. Дерюжинский отмечал, что "в качестве гарантии законности в управлении административные суды, с их особенным устройством, определенной компетенцией и известными формами производства в них, являются результатом новейшего периода в развитии европейских государств"[6]. Важное значение имели теоретические дискуссии о сущности и организационно-правовой форме административной юстиции. Немаловажным фактором, способствующим развитию дискуссии о совершенствовании административной юстиции, явилось создание в России *теории субъективных публичных прав*[7]. "...Неприкосновенность личности и свободы, — писал Б. А. Кистяковский, — будут неизменно осуществляться у нас только тогда, когда они будут гарантированы как субъективно-публичные права русских граждан"[8].

Итогом первой дискуссии о сущности и перспективах развития российской административной юстиции явилось принятие Временным правительством в 1917 г. Положения о судах по административным делам, которое в связи с известными событиями того времени никогда не действовало. Думается, что при эволюционном развитии российской истории в начале XX в. стала бы очевидной необходимость создания в России административных судов как полнокровных судебных органов, разрешающих споры в сфере публичного управления.

Результатами *второй масштабной научной дискуссии* о содержании российской административной юстиции и перспективах ее развития являются, с одной стороны, подготовка множества научных статей и монографий, посвященных проблемам формирования *административно-юстиционного права* России, а с другой — разработка проектов Федерального конституционного закона "О федеральных административных судах в Российской Федерации" и Кодекса РФ об административном судопроизводстве. Рассмотрение вопросов дальнейшего развития как теоретических, так и законодательных основ административной юстиции будет

---

[5] См.: *Коркунов Н. М.* Общее государственное право. М., 1888. С. 500—501.

[6] *Дерюжинский В. Ф.* Административные суды в государствах Западной Европы. — СПб., 1906 (см. настоящую хрестоматию, с. 208).

[7] См., например: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. — СПб.: Изд-во Русского Христианского гуманитарного ин-та, 1998. С. 347—359, 535—571.

[8] См.: Там же (см. настоящую хрестоматию, с. 461).

проводиться в настоящей работе в рамках выявления *основной тенденции* в формировании судебного контроля за публичным управлением, которую можно обозначить как *переход от административной юстиции к административному судопроизводству*.

По мнению историков — исследователей административной юстиции, существуют две точки зрения на проблему возникновения этого правового института: 1) административная юстиция возникла еще в дореформенный период; 2) она появилась после реформ 1860-х гг. Именно вторая точка зрения имеет большинство сторонников. Реформы административного управления, изменение содержания и форм деятельности государства в сфере регулирования экономических отношений, децентрализация, участие общественных институтов в управлении, предоставление большей свободы для хозяйственной деятельности частных лиц, проведение новой политики — всё это способствовало развитию административной юстиции во второй половине XIX столетия в России[9]. В. А. Гаген отмечал, что "в дореформенную эпоху административная юстиция едва только зарождалась и для ее дальнейшего развития необходимо было раскрепощение личности и наделение ее субъективными публичными правами, т.е. нужны были коренные государственные реформы, которыми ознаменовалось царствование Императора Александра II"[10].

Новый импульс для развития института административной юстиции в России придавали планы реформирования государственного управления в начале XX в. В 1904 г. было принято решение о передаче на рассмотрение Особого совещания вопросов формирования системы административных судов и реформ Сената. Автором большинства предложений стал С. Ю. Витте. В результате проведения этих реформ в 1904 г. административные суды созданы не были. Аргументами "против" создания административных судов являлись: теоретическая сложность проблемы, отсутствие опыта у законодателей, наличие в России лишь зародышей административно-судебных учреждений в виде разрозненных губернских и уездных присутствий[11]. В 1911 г., когда рассматривались вопросы проведения реформы процессуального права и изменения порядка привлечения к ответственности должностных лиц, реформа административной юстиции была призна-

---

[9] См.: *Правилова Е. А.* Законность и права личности: Административная юстиция в России... С. 20, 129.

[10] См.: *Гаген В. А.* Административная юстиция: Конспект лекций (см. настоящую хрестоматию, с. 171).

[11] См.: Там же. С. 166.

на несвоевременной и нецелесообразной. И лишь Временное правительство 30 мая 1917 г. приняло Положение о судах по административным делам, которое имело статус закона и должно было вступить в действие с 1 июня 1917 г. После Октябрьской революции 1917 г. административно-судебный контроль практически не получил правового развития. Осуществлять контроль за административными актами было поручено в 1922 г. прокуратуре. Таким образом, административная юстиция стала формироваться в определенной степени как институт прокурорского надзора.

Относительно самого существования административных судов в российской и зарубежной литературе высказывались противоположные мнения. По мнению Е. А. Правиловой, большинством исследователей организации системы административной юстиции дореволюционной Франции институт административной юстиции считался воплощением произвольного осуществления власти[12]. Однако в конце XIX — начале XX в. французские исследовали отмечали, что административная юстиция формирует "основу как научной концепции правового регулирования государственного управления, так и действующей системы правового государства"[13]. Гарантом правового государства и защиты прав личности называли административную юстицию в это время и российские исследователи[14]. Германская модель административной юстиции основывалась на принципах правового государства, одним из которых являлось предоставление возможности защиты субъективных публичных прав граждан в специальных административных судах. В Великобритании, напротив, система административной юстиции считалась противоречащей установлению принципа "господства права"[15]. В историко-правовой литературе подчеркивается, что развитие института административной юстиции европейских государств непременно связывается с проблемой "становления местного самоуправления и системы регулирования отношений местного и центрального уровней власти"[16]. В начале 1870-х гг. сформировалось убеждение, что

---

[12] См.: *Правилова Е. А.* Законность и права личности: Административная юстиция в России... С. 26.

[13] Там же. С. 38.

[14] См., например: *Коркунов Н. М.* Очерк теорий административной юстиции // Н. М. Коркунов. Сборник статей 1877—1897. СПб., 1898. С. 144.

[15] См.: *Дайси А.* Основы государственного права Англии. СПб., 1891. С. 249—250.

[16] *Правилова Е. А.* Законность и права личности: Административная юстиция в России... С. 86.

административная юстиция — институт, который способствует разрешению конфликтов между органами государственной администрации, самоуправления и частными лицами[17].

Хотелось бы в меньшей степени анализировать положения публикуемых в хрестоматии трудов; это может сделать самостоятельно каждый читатель. Главным здесь видится изучение современных тенденций развития *института административного судопроизводства* в Российской Федерации. Существующие планы реформирования судебной власти и достигнутый уровень доктринального понимания административно-юстиционных отношений "вписываются" в идеологию комплексного развития административной юстиции и формирования единого понимания административного судопроизводства[18]. Основной тенденцией развития судебного контроля за публичным управлением является в настоящее время переход от административной юстиции к административному судопроизводству. Административная юстиция развивается сейчас в условиях действия нового российского процессуального законодательства и изменившегося отношения к ней в теории, практике и политике.

В последние годы в России идет дискуссия о необходимости формирования в нашей стране *специальных административных судов*, которые рассматривали бы споры граждан с административными органами, исполнительной властью, публичным управлением, должностными лицами, государственными и муниципальными служащими. Административные суды в других странах (т.е. там, где они учреждены и эффективно действуют) — это суды, обеспечивающие и защищающие субъективные права и свободы граждан, а также осуществляющие судебный контроль за исполнительной властью, публичным управлением в целом. Нормоконтроль становится в настоящее время важнейшей функцией российского правосудия.

Несмотря на множество аргументов в пользу создания в России административных судов, проводимая с 1992 г. судебная

---

[17] См.: Там же. С. 91.

[18] См.: *Старилов Ю. Н.* Административная юстиция: Проблемы теории. Воронеж: Изд-во ВГУ, 1998 (см. также: *Бельский К. С.* Рецензия на книгу Ю. Н. Старилова "Административная юстиция: Проблемы теории" // Гос. и право. 1999. № 8. С. 115—117); *Он же.* От административной юстиции к административному судопроизводству // Юбилеи, конференции, форумы. Вып. 1 / Воронеж. гос. ун-т. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2003; *Он же.* Административные суды в России: Новые аргументы "за" и "против" / Под ред. В. И. Радченко. М.: НОРМА, 2004.

реформа пока не привела к их образованию. Российская судебная система, развиваясь в течение последних 10 лет в соответствии с программой реформирования судебной власти, может включить в свою структуру и административные суды. Проблема учреждения в России административных судов многократно актуализировалась в течение 2002—2003 гг. в связи с разработкой проекта Кодекса РФ об административном судопроизводстве.

Необходимо обратить внимание главным образом на теоретическое понимание термина "административное судопроизводство", а также на появившиеся в литературе новые идеи или аргументы как "за", так и "против" формирования в России федеральных специализированных административных судов.

Информация, содержащаяся в трудах, включенных в хрестоматию, содействует осмыслению происходящих в сфере реформирования судебной власти организационно-правовых процессов: выявлению значения административной юстиции в проведении реформы российского административного права; уточнению теоретических позиций по вопросам административного судопроизводства, административного процесса и управленческого процесса; развитию российского процессуального законодательства в период 1998—2003 гг. (принятие в 2001 г. Кодекса РФ об административных правонарушениях, в 2002 г. — Арбитражного процессуального кодекса РФ и Гражданского процессуального кодекса РФ); проведению реформирования судебной власти в России; обеспечению судебной защиты прав и свобод граждан от действий и решений органов публичной власти и их должностных лиц; разработке положений, направленных на улучшение практики организации и функционирования административной юстиции и административного судопроизводства; определению новых направлений ее реформирования.

Административная юстиция в современном "правовом мире" выполняет важную функцию *судебного контроля* посредством использования соответствующих процессуальных форм в системе *административного судопроизводства***.** Административная юстиция — *самостоятельная ветвь судопроизводства (правосудие)***,** занимающегося рассмотрением правовых споров, возникающих в сфере управления, и направленного на обеспечение субъективных публичных прав и свобод физических и юридических лиц. Только при таких условиях данный правовой институт, с юридической процессуальной точки зрения, может быть назван *административным процессом* и способствовать распространению действия основных принципов современного правового государства на организацию и функционирование всех ветвей государственной влас-

ти. Таким образом, одним из основных теоретических выводов в складывающихся условиях развития института административной юстиции становится отказ от термина "административная юстиция" и его замена понятием "административное судопроизводство". Иными словами, административная юстиция сыграла свою положительную роль в формировании концепции административных судов, а на смену приходит административное судопроизводство как форма юридического процесса — административный процесс.

Конечно, для термина "административная юстиция" есть известные объяснения его понимания, т.е. это квазиюстиция — юстиция, контролирующая администрацию, но существующая внутри самой администрации. Однако в правовом государстве, с одной стороны, организуется *юстиция*, занятая формированием судебной власти и в итоге представляющая собой судебную власть с возможностью осуществления *судопроизводства* и *правосудия*; с другой стороны, наряду с *законодательной* формируется власть *административная***,** т.е. *исполнительная власть***,** которая учреждается главным образом для осуществления несудебной деятельности, т.е. для организации и функционирования публичного управления. Следующим и последним сочетанием понятий "административная" и "юстиция" может стать "*администрация юстиция*". Суть этого термина состоит в том, что судебная власть имеет административные связи, характеризующие так называемые внутриорганизационные структуры и отношения (что, очевидно, тоже возможно). Поэтому принципиально неопределяемое административно-судебное понимание административной юстиции целесообразно заменить административным судопроизводством, понимаемым как административный процесс.

Терминологическое изменение в такой важной сфере правоотношений, как судебный контроль за публичным управлением, во-первых, находится в соответствии с сутью осуществляемой в рамках административной юстиции деятельности, во-вторых, отвечает новым взглядам и доктринам реформирующегося административного права, а также разрабатываемым проектам законов, регламентирующих административное судопроизводство. Это изменение, не являющееся простым переименованием, позволит увидеть логику действия принципов правового государства, позитивную практику разделения властей и особое качество, а также назначение самой судебной власти.

Сегодня необходимо показать новую роль *правосудия по административным делам*, которое выполняет функцию судебного контроля за публичной администрацией. Актуализация института

административной юстиции, административного судопроизводства и административных судов, несомненно, изменяет представление о сущности административного права, но не затрагивает и не колеблет его основ и принципов административно-правового регулирования. Само *судебное административное право*, конечно, украшает предмет административного права и видоизменяет его сущность и назначение в правовой системе и в обеспечении установленного правового режима действия административно-правовых норм. Однако правосудие по административным делам — это лишь одна из составляющих административное право частей.

На протяжении нескольких лет мы обосновывали в научной литературе мнение, в соответствии с которым практический административный процесс может считаться *"новой" отраслью российского процессуального права*[19]. При этом главный смысл заключается в том, что на административный процесс и административно-процессуальное право необходимо смотреть не с традиционных "правоохранительных" и "процедурных" точек зрения, а с позиций, позволяющих увидеть в структуре юридического процесса административно-юстиционные (судопроизводственные) элементы и институты, т.е. такие правовые средства, которые характерны для судебной власти, осуществляющей судебный нормоконтроль и контроль за действиями и решениями органов публичного управления и их должностных лиц. Таким образом, целесообразно "рассмотреть" значимость и специальное назначение административного процесса в качестве процессуальной контрольной деятельности судебной власти, т.е. взглянуть на него как на административное судопроизводство.

Публичные и частные интересы одновременно обусловливают формирование системы государственной контрольной власти, способной наиболее эффективно осуществлять правовую защиту субъективных прав и свобод человека и гражданина, обеспечивать доступность правосудия, осуществляемого на основе демократических принципов современного правового государства. В системе государственной власти находится, как известно, и

---

[19] См.: *Старилов Ю. Н.* Административная юстиция: Проблемы теории. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1998. С. 42—56; *Он же*. Курс общего административного права: В 3 т. Т. 2: Государственная служба. Управленческие действия. Правовые акты управления. Административная юстиция. М.: Изд-во НОРМА (Изд. группа НОРМА — ИНФРА·М), 2002. С. 427—439, 486—571.

власть судебная, которая осуществляется посредством *конституционного, гражданского, уголовного* и *административного судопроизводства*.

В отличие от первых трех видов судопроизводства, сложившихся в России в течение столетий под воздействием публичных и частных интересов, административное судопроизводство как важнейший процессуальный правовой институт не отвечает сегодня стандартам правового государства, которое должно предпринимать меры для укрепления и реформирования судебной власти, расширения правовой защиты прав и свобод физических и юридических лиц, обеспечения доступности правосудия и эффективной деятельности судов и судей. Именно современные публичные и частные интересы могут быть положены в процедуру формирования и осуществления административного судопроизводства. Административный процесс, доктринально не развивавшийся в нашей стране практически в течение всего XX в., остановился на уровне его понимания в качестве *процессуальной деятельности, приспособленной для рассмотрения возникающих в сфере публичного управления индивидуальных конкретных дел*. Если и далее мы будем оставаться в "плену иллюзий", сформировавших одностороннее и в принципе непонятное представление о российском административном процессе, то эта важнейшая процессуальная правовая отрасль в России может быть лишена всякой позитивной перспективы и надлежащего будущего.

Проблема "внешнего" оформления как всей судебной власти в России, так и ее самостоятельной ветви — административного судопроизводства непосредственно связана с более общей современной проблемой, а именно с проведением реформы правовой системы вообще и административного права в частности. Новая сущность административного права состоит в том, что административное право регламентирует отношения не только в сферах исполнительной власти и публичного управления, но и в сферах судебной и законодательной власти. Оно создает правовые средства их организации, эффективного функционирования и необходимого контроля. Иными словами, контрольные полномочия, например, судебной власти (судей и судов), устанавливающие и обеспечивающие режим законности организации и деятельности органов публичного управления и их должностных лиц, ограничивающие произвольное применение правовых норм и исправляющие юридические ошибки, применяются с целью поддержания действия, в широком смысле, принципа разделения властей и соответствия административной практики

признанным стандартам современного правового государства. Нормоконтрольная судебная деятельность может быть включена в предмет административно-правового регулирования, т.е. ее результаты, как и сама судебная практика, выступают в известном смысле источниками права.

Наличие административного правосудия само по себе является выражением публичного интереса в области обеспечения эффективной и полноценной судебно-правовой защиты. Государство и общество обязаны предусмотреть в механизме осуществления государственной и муниципальной власти правовые средства, направленные на обеспечение и защиту субъективных публичных прав и свобод человека и гражданина, а также законных интересов юридических лиц. Публичные интересы становятся двигателем "юридического прогресса" в сфере организации и осуществления публичного управления; способны не только изменять, совершенствовать нормативную основу реализации управленческих действий, но и корректировать, восстанавливать законный порядок осуществления управленческих действий посредством социально значимых административно-правовых режимов, административных и судебных процедур.

Административное судопроизводство (административная юстиция или административные суды) в указанной системе общего административного права является фундаментом юридической конструкции, обеспечивающей судебно-правовую защиту физическим и юридическим лицам[20], выполняет функцию сдерживания и уравновешения административных мероприятий и действий, гарантирует режим законности в сфере организации и функционирования как законодательной, так и исполнительной ветви государственной власти. Формирование административных судов отвечает потребностям строительства правового государства, в котором четко установлены и обеспечены публичные интересы, означающие в данном случае необходимость заботы государства о судебно-правовой защите субъективных публичных прав и свобод граждан и юридических лиц.

Очевидно, не случайно в качестве эпиграфа к своей книге

---

[20] См., например: *Фиалковская И. Д.* Административная юстиция в области обеспечения прав человека: Проблемы теории и правового регулирования: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 1997. См. также: *Ершов В. В., Михалкин Н. В.* Судебная власть и ее реформа как фактор национальной безопасности России // Закон и право. 2002. № 7. С. 7—13.

А. Б. Зеленцов и В. И. Радченко взяли слова Г. Радбруха: “Последний камень в фундамент правового государства был, однако, положен только с введением административной юстиции”[21].

До настоящего времени административное судопроизводство, являясь важнейшим административно-правовым средством обеспечения и защиты публичных интересов, не определено нормативно, что вызывает постоянные споры и двусмысленности в теории. Развитие в течение последних лет в России процессуального права и законодательства заставляет ученых вновь задуматься над термином “административное судопроизводство”, который содержится в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ.

Если проанализировать все основные российские федеральные законы, устанавливающие процессуальные формы осуществления судебной власти в России, т.е. конституционное, гражданское, административное и уголовное судопроизводство, то можно сделать вывод о соответствии указанной в Конституции РФ терминологии основным процессуальным категориям, содержащимся в ФКЗ “О Конституционном Суде Российской Федерации” (принят Государственной Думой 24 июня 1994 г.), Гражданском процессуальном кодексе РФ (принят Государственной Думой 23 октября 2002 г. и вступил в силу с 1 февраля 2003 г.), Арбитражном процессуальном кодексе РФ (принят Государственной Думой 14 июня 2002 г. и вступил в силу 1 сентября 2002 г.), Кодексе РФ об административных правонарушениях (принят Государственной Думой 20 декабря 2001 г. и вступил в силу 1 июля 2002 г.) и Уголовно-процессуальном кодексе РФ (принят Государственной Думой 22 ноября 2001 г. и вступил в силу 1 июля 2002 г.).

Сравнение конституционных положений о формах осуществления судебной власти в России необходимо главным образом для установления тождества понятий “конституционное, гражданское, административное и уголовное судопроизводство” терминологии, содержащейся в самих законах, определяющих порядок такого судопроизводства. Посредством сравнения этих понятий можно прийти к выводу о том, что, например, уголовным процессом считается “уголовное судопроизводство”, гражданским процессом — “гражданское судопроизводство”, конституционной юстицией — “конституционное правосудие” или “конституцион-

[21] См.: *Зеленцов А. Б., Радченко В. И.* Административная юстиция в России: (История и современность). М.: Рос. акад. правосудия, 2002. С. 4.

ное судопроизводство", а административным процессом должно считаться именно "административное судопроизводство".

Главный смысл заключается в том, что Конституция РФ должна устанавливать понятия, которые определены и конкретизированы в других законодательных актах. Например, конституционное правосудие осуществляется Конституционным Судом РФ как судебным органом конституционного контроля. Термин "конституционное судопроизводство" используется законодателем очень часто в ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" (например, ст. 1, 29, 30, 53). Иногда в этом законе обнаруживаются понятия "процесс" или "участники процесса" (ст. 52). Таким образом, посредством конституционного судопроизводства осуществляется судебный конституционный контроль[22].

Термин "уголовное судопроизводство" содержится в п. 56 ст. 5 УПК РФ: это досудебное и судебное производство по уголовному делу. Следовательно, законодатель под этим термином понимает не только непосредственное судебное разбирательство или судебное производство по уголовному делу, но и уголовное судопроизводство с момента получения сообщения о преступлении до направления прокурором уголовного дела в суд для рассмотрения по существу. Однако главной частью, с точки зрения непосредственного осуществления правосудия, является все же рассмотрение уголовного дела судом. Значит, юридическая процедура, начавшись с момента сообщения о преступлении и закончившись вынесением приговора по делу, связывается с понятием "уголовное судопроизводство". При этом главным и обязательным субъектом рассмотрения уголовного дела являются суд и судья. Такая государственная деятельность и называется уголовным процессом.

Гражданский процессуальный кодекс РФ, как и Конституция РФ, использует такие термины, как "гражданское судопроизводство", "порядок гражданского судопроизводства", "правосудие по гражданским делам", "судебное разбирательство", в рамках которого и осуществляется гражданский процесс, т.е. сущность гражданского процесса заключается также в осуществлении судами (например, судами общей юрисдикции) правосу-

---

[22] О компетенции Конституционного Суда РФ в области нормоконтроля см., например: *Лазарев Л.* Проблемы судебного нормоконтроля в решениях Конституционного Суда РФ // Рос. юстиция. 2001. № 2. С. 8—11; *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации: Проблемы реализации. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2002. С. 569—599; *Невинский В. В.* Совершенствование нормоконтроля — задача российских судов // Рос. юрид. журнал. 2003. № 1. С. 22—26.

дия, в том числе и по делам, возникающим из административно-правовых отношений.

ГПК РФ не содержит понятия “административное судопроизводство”. Заметим, что практически одинаковые нормы, относящиеся, например, к предмету оспаривания административных актов, в арбитражном процессе называются административным судопроизводством, а в гражданском процессе таковыми не считаются!? Статья 5 ГПК РФ определяет, что правосудие по гражданским делам, подведомственным судам общей юрисдикции, осуществляется только этими судами по правилам, установленным законодательством о гражданском судопроизводстве. В соответствии с п. 2. ст. 11 ГПК РФ суд, установив при разрешении гражданского дела, что нормативный правовой акт не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, применяет нормы акта, имеющего наибольшую юридическую силу.

Кодекс РФ об административных правонарушениях устанавливает во многих статьях термин “производство по делам об административных правонарушениях” (раздел 4); и здесь, напротив, мы нигде не найдем термина “административное судопроизводство”. Да и задачи как законодательства об административных правонарушениях (ст. 1.2 КоАП РФ), так и производства по делам об административных правонарушениях (ст. 24.1 КоАП РФ) существенно отличаются от задач судопроизводства и сводятся, в основном, к всестороннему, полному, объективному и своевременному выяснению обстоятельств каждого дела об административном правонарушении, разрешению его в точном соответствии с законом, обеспечению исполнения вынесенного постановления, а также к выявлению причин и условий, способствующих совершению административных правонарушений.

Учеными традиционно подчеркивается, что законодатель не определяет содержание и пределы административного судопроизводства[23]. Можно поставить вопрос: что имел в виду законодатель в 1993 г., когда принималась Конституция РФ, под термином “административное судопроизводство”? Может быть, это делалось в соответствии с его далеко идущими планами, и он уже тогда понимал необходимость судебного рассмотрения административно-правовых споров? Получается, что в 1993 г. предвидели полезность административно-процессуальной формы, которой в России до того времени не существовало? Анализируя

[23] См., например: *Вицин С.* От формирования судебной системы к ее реформированию // Рос. юстиция. 2001. № 4. С. 3.

специальную литературу, можно констатировать, что "новая" теория административной юстиции и административного судопроизводства в постсоветской России стала складываться лишь лет пять назад, т.е. именно тогда специалисты актуализировали эту терминологию.

Следовательно, в начале 90-х гг. прошлого столетия под "административным судопроизводством" понимали либо производство по делам об административных правонарушениях, либо иной процессуальный институт, определяющий правосудие по административным делам, хотя сам термин "административные дела" вовсе не устанавливался. Точнее говоря, в ст. 126 Конституции РФ содержится термин "административные дела, подсудные судам общей юрисдикции". Однако и в данном случае, видимо, под ним понимаются дела об административных правонарушениях. Хотя в конечном счете весьма трудно предполагать, что имел в виду законодатель, закрепляя в конституционно-правовых нормах термины "административное судопроизводство" и "административные дела".

Думается, что российский законодатель 10 лет назад в ст. 118 Конституции РФ назвал административным судопроизводством производство по делам об административных правонарушениях. Но поскольку отраслевое административно-процессуальное законодательство не содержало такого термина (и, следовательно, тогда было трудно понять его содержание), можно предположить и то, что законодатель имел в виду под термином "административное судопроизводство" производство по делам, возникающим из административно-правовых споров (публично-правовых отношений). Впрочем, не исключено и двоякое объяснение данного понятия. Далее мы вновь попытаемся обосновать вывод о том, что именно названная конституционно-правовая норма содержит идею формирования в России административного судопроизводства как формы осуществления судебной власти.

В целях преодоления противоречивости и сложности конституционно-правовых "формулировок", а также пробелов законодательного регулирования Конституционный Суд РФ разрешает дела о соответствии федеральных законов и иных нормативных правовых актов Конституции РФ, разрешает споры о компетенции, проверяет конституционность закона и в итоге принимает постановления. Вот и по вопросу о правовом содержании понятия "административное судопроизводство" Конституционным Судом РФ в постановлении от 28 мая 1999 г. "По делу о проверке конституционности части второй статьи 266 и пункта 3 части первой статьи 267 Кодекса РСФСР об административных

правонарушениях в связи с жалобами граждан..."[24] указывается: законодательство об административных правонарушениях предусматривает, что суды (судьи) в рамках осуществления административного судопроизводства наделены как полномочиями по рассмотрению дел об административных правонарушениях и привлечению к административной ответственности, так и полномочиями по контролю за законностью и обоснованностью постановлений о наложении административных взысканий, выносимых другими уполномоченными на это органами (должностными лицами). Таким образом, в данном случае Конституционный Суд РФ подтвердил предположение о том, что конституционная норма ст. 118 об административном судопроизводстве заключает в себе административно-юрисдикционный потенциал, т.е. административное судопроизводство понималось законодателем в 1993 г. как производство по делам об административном правонарушении.

Напомним, что действующее законодательство об административных правонарушениях "не предусматривает" и не использует термин "административное судопроизводство". Постановление Конституционного Суда РФ от 12 мая 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РФ "О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением" от 18 июня 1993 г. определяет, что "судопроизводство по делам, связанным с рассмотрением деяний, предусмотренных оспариваемыми положениями, должно быть административным судопроизводством независимо от того, осуществляется ли оно судом общей юрисдикции или арбитражным судом"[25]. В этом постановлении обратим внимание на термин "деяние", т.е. именно с деликтом (деянием) Конституционный Суд РФ связывает административное судопроизводство по делам о таком правонарушении. В связи с этим в литературе предлагается весьма интересная дифференциация административного судопроизводства на две формы: а) административно-тяжебная юрисдикция (административная юстиция); б) административно-деликтная юрисдикция[26].

---

[24] СЗ РФ. 1999. № 23. Ст. 2890.

[25] Там же. 1998. № 20. Ст. 2173.

[26] См.: *Зеленцов А. Б.* Административно-правовой спор: (Теоретико-методологические подходы к исследованию) // Правоведение. 2000. № 1. С. 70. О двух видах административного судопроизводства (по делам об административных правонарушениях и в связи с проверкой законности актов субъектов публичной власти) говорит Д. Н. Бахрах. См.: *Бахрах Д. Н.* Нужна специализация судей, а не судов // Рос. юстиция. 2003. № 2. С. 10.

Судебная статистика Верховного Суда РФ выделяет среди рассмотренных дел уголовные, гражданские и *административные дела*, причем последние считаются делами об административных правонарушениях[27]. В некоторых случаях можно наблюдать путаницу с определением характера дел: иногда говорят, что мировые судьи рассматривают гражданские, уголовные дела и дела об административных правонарушениях; районные суды — гражданские, уголовные и административные дела; суды уровня субъекта РФ — гражданские, уголовные и административные дела; военные суды — гражданские, уголовные, административные дела и дела об административных правонарушениях[28]. Однако ни в одном из перечисленных случаев авторы не указывают принципиальных различий понятий "административные дела" и "дела об административных правонарушениях".

Ученые, комментирующие соответствующие статьи Конституции РФ, понимают административное судопроизводство именно в смысле осуществляемого судьями производства по делам об административных правонарушениях. Например, в одном из комментариев к Конституции РФ отмечается, что регулирование административного судопроизводства в соответствии с п. "к" ст. 72 Конституции РФ находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов, "поэтому установление порядка административного судопроизводства КоАП, который был принят до введения в действие Конституции, не противоречит конституционным положениям о разграничении полномочий между Федерацией и ее субъектами"[29]. Таким образом, в данном толковании административное судопроизводство устанавливается КоАП.

Однако самим законодателем деятельность по применению административных наказаний (даже если это осуществляется судьями) административным судопроизводством не называется. Думается, что при принятии решения и установлении конституционности тех или иных норм федеральных законов Конституционный Суд РФ должен находиться в "границах или пределах" категорий и терминов, используемых самим законодателем; если же в законодательных актах какой-либо термин отсутству-

---

[27] См., например: Судебная статистика за 2001 г. // Рос. юстиция. 2002. № 8. С. 69—70.

[28] См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под общ. ред. В. Д. Карповича. 2-е изд., доп. и перераб. М.: Юрайт·М; Новая правовая культура, 2002. С. 887—888.

[29] Там же. С. 827.

ет, то следует исходить из характера регулируемых указанным законом отношений и не давать данному понятию расширительное толкование. То есть вряд ли оправданно, когда Конституционный Суд РФ, пытаясь "оценить" соответствующие статьи Кодекса об административных правонарушениях, в которых отсутствует термин "административное судопроизводство", вместе с тем определяет легитимность указанной категории для производства в судах дел об административных правонарушениях. Можно задать вопрос: почему же тогда КоАП РФ 2002 г. не установил в своих статьях понятие "административное судопроизводство"?

Суд осуществляет правосудие по спорным делам, содержащим спорные правоотношения. Как отмечается в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации", участниками спорных правоотношений (по делам, которые рассматриваются арбитражными судами) могут быть юридические лица, индивидуальные предприниматели, а в случаях, предусмотренных Арбитражным процессуальным кодексом РФ и иными федеральными законами, Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования, государственные органы, органы местного самоуправления, иные органы, должностные лица, образования, не имеющие статуса юридического лица, и граждане, не имеющие статуса индивидуального предпринимателя.

Таким образом, там, где нет правового спора, вряд ли нужен и суд, рассматривающий по законодательно установленным процедурам соответствующие споры (притязания, иски, противоречия). Г. Аншютц, анализируя организацию административных судов в Германии, отмечал, что "процесс, выполняемый административными судами при решении спорных административных дел, — *административный процесс по спорным делам*..."[30]. В. А. Гаген подчеркивал деление всех споров на "спорные административные дела и просто административные дела; причем только первые рассматриваются судами"[31].

Дела об административных правонарушениях — это дела о применении наказания, т.е. возникающие в известном смысле вне спорных отношений, это дела о деликте — административ-

---

[30] *Аншютц Г.* Юстиция и администрация. СПб., 1907 (см. настоящую хрестоматию, с. 73).

[31] *Гаген В. А.* Административная юстиция: Конспект лекции (см. настоящую хрестоматию, с. 100).

ном правонарушении. Государство обязано создать условия и формальный порядок разрешения таких дел и применения к виновным в совершении правонарушений установленных наказаний (уголовных или административных). Административные дела — это дела о претензии (о жалобе), это притязание субъекта права к государству, административной власти, должностному лицу, государственному или муниципальному служащему.

Поэтому, если строго анализировать ст. 118 Конституции РФ, приходится сделать вывод о том, что именно в Конституции заложена идея формирования административного судопроизводства как формы осуществления судебной власти в стране. Если бы законодатель, формулируя содержание ч. 2 ст. 118 Конституции РФ, понимал бы под "административным судопроизводством" "производство по делам об административных правонарушениях", то тогда нужно было бы данную статью дополнить термином "производство по делам об административных правонарушениях". Думается, что законодатель целенаправленно ("сознательно") сформулировал ч. 2 ст. 118 Конституции РФ таким образом, когда под "административным судопроизводством" нужно понимать рассмотрение судом дел, возникающих из административно-правовых и иных публично-правовых отношений.

Новый Арбитражный процессуальный кодекс РФ наиболее юридически грамотно распределил подведомственность дел арбитражному суду (ст. 27—33 АПК РФ). Анализируя нормы АПК РФ по распределению подведомственности дел арбитражным судам, можно констатировать наличие нескольких важнейших положений, относящихся к административному судопроизводству.

Во-первых, законодатель в ст. 29 АПК РФ устанавливает подведомственность арбитражным судам *экономических споров и иных дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений*.

Во-вторых, используется термин «административное судопроизводство» или «порядок административного судопроизводства».

В-третьих, административное судопроизводство является формой разрешения возникающих из административных и иных публичных правоотношений экономических споров и иных дел, связанных с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности.

В-четвертых, административным судопроизводством законодатель считает рассмотрение арбитражными судами указанных споров и иных дел:

а) об оспаривании нормативных правовых актов, затрагива-

ющих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, если федеральным законом их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда (пп. 1 ст. 29, ст. 189—196 АПК РФ);

б) об оспаривании ненормативных правовых актов органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Федерации, органов местного самоуправления, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов и должностных лиц, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (пп. 2 ст. 29, ст. 197—201 АПК РФ);

в) об административных правонарушениях, если федеральным законом их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда (пп. 3 ст. 29, ст. 202—211 АПК РФ; ч. 3 п. 3 ст. 23.1. КоАП РФ);

г) о взыскании с организаций и граждан, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, обязательных платежей, санкций, если федеральным законом не предусмотрен иной порядок их взыскания (пп. 4 ст. 29, ст. 212—216 АПК РФ);

д) другие дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, если федеральным законом их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда (пп. 5 ст. 29 АПК РФ).

Таким образом, Арбитражный процессуальный кодекс РФ связывает термин “административное судопроизводство” с рассмотрением арбитражными судами различных по своему предмету экономических споров и иных дел, возникающих из административных и других публичных правоотношений. Административное судопроизводство — это производство в арбитражном суде по оспариванию нормативных или ненормативных правовых актов и по делам об административных правонарушениях. Следует отметить, что АПК РФ является единственным важнейшим процессуальным кодифицированным нормативным правовым актом в России, который вслед за Конституцией РФ использует понятие “административное судопроизводство”.

Следовательно, внимательно изучая многочисленные нормативные положения АПК РФ, касающиеся административного судопроизводства, можно констатировать дуализм его правового процессуального содержания. С одной стороны, административное судопроизводство в арбитражном процессе связывается с обеспечением законности в деятельности государственных орга-

нов, органов местного самоуправления, должностных лиц и иных органов, т.е. когда арбитражный суд рассматривает дела об оспаривании нормативных и ненормативных правовых актов, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности[32]. С другой стороны, административное судопроизводство в арбитражном процессе имеет явно юрисдикционно-принудительный характер, ибо арбитражные суды могут рассматривать отнесенные к их компетенции дела об административных правонарушениях, а также дела о взыскании с организаций и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность, обязательных платежей и санкций. Результатом первого вида судопроизводства является решение суда о признании оспариваемого акта или отдельных его положений соответствующими или не соответствующими (в этом случае, следовательно, и не действующими полностью или в части) иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, в то время как итогом юрисдикционного процесса (разбирательства) становится вынесение постановления о применении административного наказания. И тем не менее, с точки зрения законодателя, оба этих вида судебной деятельности называются "административным судопроизводством".

Не оспаривая такого положения вещей, можно лишь предположить, что термин "административное судопроизводство" имеет, по меньшей мере, двойственное значение: "позитивное", направленное на обеспечение законности в деятельности органов и должностных лиц публичного управления; "негативное", направленное на применение административной ответственности к правонарушителям, совершившим административные правонарушения. Это дает основания для двойственного толкования содержащегося в ст. 118 Конституции РФ понятия "административное судопроизводство": во-первых, как судебной деятельности по

---

[32] См.: *Хазанов С. Д.* Новый процессуальный порядок оспаривания в арбитражных судах постановлений по делам об административных правонарушениях // Бизнес, Менеджмент и Право. 2003. № 2. С. 102—108; *Он же.* Правовой режим разрешения в арбитражных судах административно-деликтных споров // Рос. юрид. журнал. 2002. № 1. С. 28—38; *Петренко Н. П.* О новых тенденциях в арбитражном процессе: Теория и практика // Там же. С. 38—47; *Окунев А. И.* Административное судопроизводство в арбитражных судах: Проблемы обеспечения правовой защиты организаций // Бизнес, Менеджмент и Право. 2003. № 2. С. 138—139.

осуществлению контроля за административным нормотворчеством, за нормативными и ненормативными правовыми актами и, во-вторых, как применения судами административных наказаний. Именно судебная деятельность по осуществлению нормоконтроля, а также по рассмотрению административно-правовых споров и должна считаться административным процессом. А деятельность по рассмотрению арбитражными судами дел об административных правонарушениях является производством по делам об административных правонарушениях.

Правосудие по административным делам считается многими учеными простым разрешением соответствующих административно-правовых споров[33]. При этом традиционно отмечается использование гражданско-процессуальной формы при рассмотрении большинства административных дел. Вместе с тем все актуальнее вопрос о том, способна ли гражданская процессуальная форма эффективно служить *судебно-административному нормоконтролю*. Как уже говорилось, в литературе встречаются весьма обоснованные суждения о том, что гражданская процессуальная форма разрешения административно-правовых споров неспособна в современных условиях развития нового российского административного права и административного законодательства качественно обеспечивать потребности нормоконтролирующей государственной деятельности. Указывается также, что понятие "гражданская процессуальная форма" не тождественна термину "гражданское судопроизводство", так как первое обеспечивает общее и специальное регулирование "гражданского судопроизводства (рассмотрение гражданско-правовых исков), административного судопроизводства (рассмотрение административных исков) и особого производства (установление фактов или обстоятельств, имеющих юридическое значение)"[34].

Весьма авторитетные представители науки гражданского процессуального права, рассматривая перспективные направления совершенствования системы гражданской юрисдикции, отмечают необходимость проведения специализации различных органов, образующих эту систему. Например, В. В. Ярков, размышляя о будущем административного судопроизводства, указывает на существование особенностей по целому ряду его составляющих,

---

[33] См.: *Хазанов С. Д.* Важные вопросы науки административного права // Административное право на рубеже веков: Межвуз. сб. науч. трудов. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2003. С. 43.

[34] *Попова Ю. А.* Административное судопроизводство в системе судов общей юрисдикции // Гос. и право. 2002. № 5. С. 34.

которые и определяют целесообразность модификации процессуальной формы и учета особенностей публичного права[35]. Он считает необходимым создание специального суда, рассматривающего иски против государства и государственных органов, как участника гражданского оборота; автор не исключает создание в будущем административных судов, которые могут учреждаться, по его мнению, как специализированные судебные присутствия в рамках федеральных судов в тех регионах, где географический фактор имеет существенное значение[36]. Сформулированные В. В. Ярковым положения, раскрывающие содержание прогноза развития гражданской юрисдикции в начале нового века, можно использовать (в известном смысле, относительно) и в качестве аргументов, позволяющих обосновывать учреждение специальных административных судов: например, высокая степень заинтересованности государства и общества в развитии гражданской юрисдикции; развитие концепции прав человека и актуализация проблемы доступа к правосудию; поиск оптимальных процессуальных форм разрешения дел; стремление к унификации правил и процедур[37].

Как известно, вряд ли без теоретических обоснований необходимости установления или учреждения того или иного административно-правового института возможны разработка и принятие эффективно действующего нормативного правового акта, который регулировал бы систему отношений в соответствующей области административного права. Поэтому проблема разработки специального процессуального закона — *Кодекса административного судопроизводства* — непременно увязывается с созданной теоретической концепцией административного судопроизводства.

Развитие как административно-правовой и административно-процессуальной теории, так и проектов некоторых законов (например, Кодекса об административном судопроизводстве) позволяет говорить о новой тенденции в соотношении таких категорий, как “административная юстиция” и “административное судопроизводство”. Как уже отмечалось, целесообразно отказаться от первого термина (“административная юстиция”) и заменить его понятием “административное судопроизводство”.

На это нацеливает и зарождающееся законодательство об ад-

---

[35] См.: *Ярков В. В.* Будущее системы гражданской юрисдикции: Попытка прогноза в начале XXI века // Правоведение. 2001. № 1. С. 175—176.

[36] См.: Там же. С. 179—180.

[37] См.: Там же. С. 167—185.

министративном судопроизводстве. О целесообразности разработки законодательного акта, устанавливающего *административно-судопроизводственные процедуры* (процессуальные правила административного судопроизводства), в административно-правовой и гражданско-процессуальной литературе говорилось в течение нескольких последних лет.

В марте 2003 г. Совет при Президенте РФ по вопросам совершенствования правосудия обсудил проект Федерального закона "Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации". Этот законопроект включает в себя 6 разделов:

1. Общие положения (предмет регулирования; задачи и принципы административного судопроизводства; состав суда, отводы, компетенция судов по рассмотрению административных дел; доказательства и процессуальные сроки; судебные извещения, расходы и вызовы).

2. Производство в суде первой инстанции (подача и обеспечение жалобы; подготовка дела к судебному разбирательству и судебное разбирательство; постановление суда).

3. Пересмотр судебных постановлений (кассационное производство; надзорная жалоба).

4. Особое производство (восстановление утраченного судебного производства).

5. Исполнительное производство (исполнение судебных решений).

6. Особенности рассмотрения и разрешения споров по отдельным категориям дел (особенности производства по делам, связанным с осуществлением избирательного права и права на участие в референдуме; особенности рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов; особенности производства по делам об обжаловании решений и действий (бездействия) по вопросам предоставления или лишения статуса беженца или вынужденного переселенца; особенности производства по жалобам на постановления по делам об административных правонарушениях; рассмотрение дел об обжаловании решений и действий, вытекающих из налоговых правоотношений с участием физических лиц и некоммерческих организаций; особенности производства по делам об оспаривании решений, связанных с государственной регистрацией или отказом в государственной регистрации общественных или религиозных объединений, политических партий, общественных движений, фондов, органов общественной самодеятельности, а также решений о ликвидации, запрете, приостановлении и ином ограничении их деятельности).

Один из основных авторов проекта Кодекса административ-

ного судопроизводства Н. Г. Салищева отмечает, что наличие процессуальных отношений, посвященных вопросам судебного контроля за законностью решений и действий органов (должностных лиц) публичной власти, обусловливает необходимость введения на уровне закона таких, например, понятий и принципов, как административное дело, административный иск (административная жалоба), административный истец (заявитель), административный ответчик, принцип диспозитивности, возложение основного бремени доказывания на орган публичной власти[38].

Таким образом, мы "возвращаемся" к терминологии, используемой еще сто лет назад российскими учеными-административистами в разработке собственных концепций административной юстиции. Например, В. Л. Кобалевский писал, что "административный иск служит отличительным признаком административной юстиции. Иск выражается в требовании чего-либо в соответствии с нормами права"[39]. В ходе судебного разбирательства административного иска, проведенного административным судьей, выясняются и оцениваются правовые требования[40].

В числе основных задач административного судопроизводства называется правильное и своевременное рассмотрение и разрешение административных дел, хотя, к сожалению, нет определения понятия "административное дело". Данное понятие законодателем формально никогда не определялось. Поэтому велись в прошлом и в настоящее время ведутся споры по существу этой категории. Сейчас целесообразно, оставляя уже сложившиеся понятия в административно-деликтном законодательстве[41], создавать новые. Например, КоАП РФ использует термин "дела об административных правонарушениях". Иногда в литературе предлагают вместо этого термина говорить о "делах об административной ответственности". Но почему же тогда мы не говорим о "делах об уголовной ответственности"? Потому что это было бы, с правовой точки зрения, неграмотно. Ведь речь идет о право-

---

[38] См.: *Салищева Н. Г.* Административное судопроизводство требует кодификации // ЭЖ-Юрист. 2003. № 12.

[39] *Кобалевский В. Л.* Очерки советского административного права. Харьков, 1924. С. 245.

[40] См.: *Бельский К.С.* Ученый-административист В. Л. Кобалевский: Жизнь, труды, основные научные положения: (К 110-летию со дня рождения) // Гос. и право. 2002. № 12. С. 86.

[41] См., например: *Игнатенко В. В.* Административно-деликтное законотворчество: Понятие и функции // Административное право на рубеже веков: Межвуз. сб. науч. трудов. С. 196—209.

нарушении, точнее, о деле, посвященном конкретному правонарушению (уголовному или административному). Поэтому и теория, и практика уже выработали соответствующие категории: дела о преступлении *(уголовные дела)*, дела об административном правонарушении, которые можно было бы назвать *административными делами*. Однако законодатель использует термин "дела об административных правонарушениях". Такова логика: уголовные дела рассматриваются в порядке уголовного судопроизводства; гражданские дела — в порядке гражданского судопроизводства; арбитражные дела — в порядке арбитражного судопроизводства; конституционные дела (споры) — в порядке конституционного судопроизводства; административные дела — в порядке административного судопроизводства.

Следовательно, при разработке Кодекса административного судопроизводства целесообразно использовать новую терминологию, характеризующую формальные процессуальные порядки рассмотрения административных дел. Не нужно привносить в него положения из КоАП РФ, устанавливающего соответствующий порядок рассмотрения дел об административных правонарушениях.

В настоящем издании сохраняются неизменными авторские ссылки (сноски), которые с точки зрения современных стандартов имеют определенные погрешности. Поэтому лишь в некоторых (очевидных) случаях были исправлены грамматические ошибки, содержащиеся в оригинальных текстах.

Следует еще раз подчеркнуть, что в данной вступительной статье содержится подробный анализ вопроса о современном понимании термина "административное судопроизводство" и его роли в реформировании судебной власти России. Труды, включенные в хрестоматию, заставляют задуматься именно о значении и сущности административного судопроизводства, являющегося формой организации и процессуального оформления административной юстиции.

Чтобы читатель имел представление о выходных данных трудов, публикуемых в первой части хрестоматии, предлагается перечень используемых в хрестоматии работ указанных авторов:

Аншютц Г. Юстиция и администрация. — СПб., 1907. — 83 с.

Гаген В. А. Административная юстиция: Конспект лекций. — Изд. испр. и доп. — Ростов на/Д, 1916. — 114 с.

Дерюжинский В. Ф. Административные суды в государствах Западной Европы. — СПб., 1906. — 146 с.

Еллинек Г. Общее учение о государстве. — СПб., 1903.

Карадже-Искров Н. П. Новейшая эволюция административ-

ного права. — Иркутск: Издательское Бюро Иркут. гос. ун-та, 1927. — 39 с.

Кистяковский Б. А. Философия и социология права. — СПб.: Изд-во Русского Христианского гуманитарного института, 1998. — С. 347—359, 535—571.

Коркунов Н. М. Русское государственное право. Том II: Часть Особенная. — Изд. 4-е. — СПб., 1903. — 596 с.

Корф С. А. Административная юстиция в России. Кн. вторая: Очерк действующего законодательства. Кн. третья: Очерк теории административной юстиции. — СПб., 1910. — 511 с.

ГЕРГАРД АНШЮТЦ

ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАЦИЯ

(Перевод с немецкого)[1]

ВВЕДЕНИЕ

Государство и государственная власть. Юстиция и администрация в строе идей современного публичного права представляют собой две отдельные друг от друга функции государственной деятельности, — две типические формы, посредством которых государство выражает и приводит в исполнение свою волю. Их сущность определяется путем установления отличия их друг от друга и их отношений к третьей государственной функции — законодательству.

Исходным пунктом являются здесь понятия государства и государственной власти. Государство есть объединение оседлого народа в одну коллективную личность, одаренную волей и дееспособностью. Как личность, государство имеет свою волю. Эта воля отличается не только по степени, но и по природе от всякой другой волевой власти, — от всякой воли вне и внутри государства, присущей ей одной способностью господства. Господствовать — это значит иметь возможность отдавать приказания, проявлять власть над свободными людьми. Сущность государственной воли заключается таким образом во власти; этим оправдывается и обозначение этой воли, как *государственной власти*. Понятия государства и государственной власти относятся поэтому друг к другу так же, как лицо — к своей воле.

Власть составляет существо государственной воли, но государственная воля не всегда и не необходимо бывает властью. Не всегда государство выступает перед своими подданными с мечом и в пурпуре властителя, оно вольно также облекаться и в одежду частного человека, проявлять такого же рода желания и поступки, какие проявляют его подданные, — действовать, подобно им, по частному праву в вопросах о приобретении и владении,

[1] Из книги “Systematische Rechtswissenschaft” v. R. Stammler, R. Sohm, K. Sareis etc. в издании “Die Kultur und Gegenwart, ihre Entwickelung und ihre Ziele”, herausg. v. Hinnenberg, Theil II, Abth. VIII (Berlin und Leipzig 1906).

о собственности и договоре. Государство есть субъект частного права, "фиск", поскольку оно хочет быть им. Как будет видно из нижеследующего, государственная деятельность в качестве *юстиции* всегда представляет собой государственную власть в собственном смысле, верховную форму ее проявления, административная же деятельность может выражаться не только в верховных государственных, но также и в частноправовых, фискальных формах.

Среди многочисленных особенностей государственной власти выделяется одна — ее единство. Единству государственной личности соответствует единство ее воли. Единство означает неделимость, а не нераздельность. Иными словами, единство государственной власти не исключает того, чтобы многочисленные направления и формы, в которых государственная власть проявляет свою деятельность, были распределены по определенным группам. При этом возможны разнообразнейшие подразделения, и ни одно из них не может претендовать на то, чтобы быть единственно правильным. Но одно из них, благодаря своей наглядности и значению не только научному, но и политическому, с давнего времени особенно привлекает к себе внимание теории права и, что еще важнее, оказывает глубокое влияние на существующий строй государственных учреждений. Это — деление государственной власти по трем основным функциям: законодательство, юстиция и администрация.

В качестве *власти законодательной* государственная власть устанавливает общие нормы, которыми должен руководствоваться каждый, кого они касаются, и которые точно так же обязательны и ненарушимы и для двух других органов государственной деятельности: для судов и администрации. Законодательная власть есть государственная власть в высшем проявлении ее мощи: в юстиции и администрации государство стоит ниже права; как законодатель, оно возвышается над последним.

В качестве *юстиции* или судебной власти государственная власть призвана к разрешению спорных случаев, обнаруживающихся при применении изданных законодательной властью норм или законов.

Наконец, существо административной или исполнительной власти состоит в выполнении государственных задач и целей путем непосредственного проявления действенной государственной воли. Управление, как выражение деятельности администрации, есть превращение государственной воли в действие, имеющее сознательно установленную цель, в пределах закона, а нередко лишь простое исполнение законодательных распоряжений.

Обозначение трех основных проявлений государственной деятельности словом "власти" (pouvoirs, puissances, powers) обосновано догматически в учении Монтескье о делении властей (Esprit des Lois, 1748: pouvoir législatif, pouvoir (puissance) de juger, pouvoir exécutif (puissance exécutrice) и с тех пор получило господство не только в научном, но и в законодательном языке. В статьях 62, 86 и 45 прусской конституционной хартии 31 января 1850 года мы, напр., читаем: *"Законодательная власть* осуществляется совместно королем и двумя палатами"... "*судебная власть* осуществляется именем короля независимыми судами, не подчиненными никакому иному авторитету, кроме авторитета закона"... *"исполнительная власть* принадлежит одному только королю". Эти "власти", таким образом, не представляют собой каких-либо самостоятельных волей и сущностей, но суть не что иное, как разнородные лучи единой власти. Дело идет вообще об одной и той же государственной власти, рассматриваемой лишь с трех сторон ее деятельности.

Это деление имеет прежде всего значение теоретического различения — классификации. Но затем оно выступает уже, и именно у Монтескье, в качестве практического принципа государственной организации. Оно имеет своей целью *разделение* властей (séparation des pouvoirs), т.е. распределение государственной деятельности между особыми и самостоятельными органами государства. Принцип разделения властей ни в том, ни в другом смысле не противоречит единству государства и государственной власти. Разделять не значит разрывать: логическая операция деления не уничтожает единства целого, — скорее подтверждает его. И тот, кто захотел бы считать распределение различных функций между различными органами несовместимым с идеей государственного единства, должен бы был прийти к нелепому утверждению, что ни живое существо, ни машина не представляют собой единства, потому что первое имеет много органов, а другая много колес.

Здесь не место входить в обсуждение теоретического вопроса конституционного права, в каком виде и с какими ограничениями может быть и было проведено в различных странах разделение властей. В конституциях немецких отдельных государств и германской империи это разделение властей проведено следующим образом.

Законодательная власть принадлежит правительству и народному представительству в установленных конституцией формах их совместной деятельности. В отдельных государствах она осуществля-

ется короной и ландтагами (ср. приведенную выше статью 62 прусской конституции), а в империи — союзным советом и рейхстагом (имперская конституция ст. 5). *Юстиция* поручена судам, отдельным и не зависимым от органов администрации.

Независимость права означает самостоятельность судей при постановлении приговоров по отношению ко всякой другой воле в государстве, кроме воли законодателя; она означает свободу его от всякого влияния органов управления, даже высших руководителей государственного управления, "правительства" (главы государства, короля, союзного совета), которые, хотя и назначают судей, однако не могут предписывать ему того, как он должен решать спорные дела. Административная власть принадлежит отчасти органам государства (система *чистого государственного управления),* частью общинам и другим самостоятельным корпоративным союзам *(самоуправление).*

Органы управления, находясь в иерархическом подчинении низших высшим, состоят под руководящей властью главы государства (как гласит указанная ст. 45 прусской конституции); высшее руководство государственным управлением — дело короля. Деятельность корпораций самоуправления состоит под государственным надзором, определяемым законом.

Разделению властей мы обязаны следующими существенными приобретениями: издание всех законов поставлено в зависимость от форм, обеспечивающих избранникам тех, которые должны повиноваться законам, равную с правительством долю участия в этом деле; вся совокупность власти в области создания права перенесена на это конституционное законодательное собрание, чем уничтожена всякая возможность для правительства и органов управления изменять существующее право; установлена независимость юстиции и отделение ее во всех инстанциях от администрации, благодаря чему и администрация получила надлежащую долю самостоятельности по отношению к юстиции, и, наконец, не только суды, но и административное управление подчинены закону в том смысле, что это последнее должно руководствоваться в своей деятельности не только соображениями целесообразности, но и соответствия их пределам, установленным законом.

А. ПОНЯТИЕ И ГРАНИЦЫ ЮСТИЦИИ И АДМИНИСТРАЦИИ

I. Юстиция. При современном положении вещей в Германии "юстиция" — не то же самое, что охрана права, — это нечто иное: частью большее, частью меньшее. Охрана права

(Rechtspflege; слово "Rechtsprechung" означает то же самое) представляет собой, как показывает само название, деятельность, всецело направленную на охранение, т.е. защиту, объективного и субъективных прав без ограничения какой-нибудь определенной областью права (частного, уголовного, государственного) или определенными видами прав. Охраной права будет и тот случай, когда германский союзный совет решает спор между отдельными государствами или отдельным государством и империей, и тот, когда законодательное собрание, на основании ст. 76 абз. 2 импер. конст., прекращает конституционный конфликт между правительством и ландтагом в отдельном государстве, и тот, когда компетентное учреждение (Gerichtsverfassungsges § 17) прекращает спор о подсудности между юстицией и администрацией (Kompetenzkonflikt). Все это является охраной права, хотя везде дело идет не о частноправовых разногласиях, а в обоих последних случаях и не о защите субъективных прав, но о выяснении объективного права, об охранении правового порядка, как такового, но все это — не юстиция. Юстицией не будет также акт постановления решения, посредством которого чиновник подвергается дисциплинарным взысканиям, расследование высшего административного органа относительно законности распоряжения, сделанного одним из подчиненных ему органов, постановление министерства финансов по поводу требования о возвращении налога. Потому что и во всех этих случаях нигде не является действующим то лицо, деятельность которого только и может быть названа юстицией в немецкой системе разделения властей и согласно принятому на ее основании словоупотреблению в законе и науке: обыкновенный судья. *Юстиция есть компетенция и деятельность обыкновенных судов.* Это понятие только тогда совпадало бы с понятием охраны права, если бы эта последняя была поручена обыкновенным судам во всем ее объеме и если бы кроме этой охраны им не было поручено ничего другого. В Германии дело стоит иначе. Охрана права, как это было уже достаточно установлено вышеприведенными примерами, поручается не только обыкновенным судам; во многих и очень обширных областях правовой жизни не может быть речи о компетенции обыкновенных судов. Не всякий вопрос об охране права есть дело юстиции. И обратно: существуют такие дела юстиции, которые, с точки зрения их содержания, могут быть названы актами охраны права.

Немецкий порядок разделения властей предоставляет решению судов многие административные дела в области юстиции

(дела судебного управления) и затем передает им значительнейшую часть так называемой добровольной подсудности, хотя как в том, так и другом случае дело идет не об охране права, но о деятельности управления. Следует поэтому твердо установить, что пределы юстиции с одной стороны не простираются до пределов всей области охраны права, а с другой стороны выступают из них. Юстиция, таким образом, в своем понятии и шире, и у́же понятия охраны права.

Юстиция прежде всего гораздо у́же охраны права. Это значит, что в большинстве стран, и прежде всего в Германии, Австрии и Франции, круг действия юстиции, *компетенция обыкновенных судов,* с точки зрения содержания подсудных им дел, остается далеко позади общего состава всех возможных действительно возникающих юридических споров. На какие же юридические споры простирается компетенция судов и на какие не простирается?

На этот вопрос можно дать ответ, только сообразуясь с положительным правом каждой отдельной страны. Всемирного государственного права нет, точно так же, как нет и естественного права, а следовательно, не существует и универсального принципа для разграничения пределов ведомства суда и администрации. Вопрос может идти только о том, в какой мере основания для определения компетенции означенных областей в отдельных странах и государствах между собой согласуются, и в какой — друг от друга отличаются. А поэтому поводу, оставляя в стороне все менее существенное, можно сказать следующее. При установлении означенной пограничной черты давно уже определились два типично-отличных друг от друга воззрения, которые и в настоящее время еще господствуют в различных областях их применения. Одно покоится на идее единства права и путей его охраны. Оно отрицает противоположность между правом частным и публичным или, по крайней мере, оно не придает ей никакого практического значения по отношению к организации правовой защиты. Последняя доставляется здесь общей схемой обыкновенных судов, которые являются компетентными для решения вопросов, связанных с нарушением каждого права и возникающих из этого нарушения исков. Иск у обыкновенного судьи может быть предъявлен там, где дело идет о нарушении личного права. При решении вопроса о допустимости к судебному разбирательству личного притязания это воззрение не делает никакого различия в зависимости от того, направляется ли это притязание против частного лица или против государства и

его органов. Носители государственной власти, поскольку она уже дифференцировалась, — административные ведомства и должностные лица подчиняются таким образом не столько праву, сколько судье. Ясно, что с принципиальной точки зрения этого воззрения к ведению юстиции относится не только отправление правосудия к области частного и уголовного права, но также и решение правовых споров в области управления, — защита отдельного лица в его правовых отношениях к действующей государственной власти. Это воззрение по его происхождению и сущности можно обозначить как специфически *германское*. Оно господствовало в истории развития немецкого государства и права в древности и в средние века. Старая немецкая империя, оставшаяся до конца дней своих средневековым государством, придерживалась его во все время своего существования. Компетенция имперских судов простиралась одинаково как на частноправовые тяжбы, так и на вопросы публичного права, а именно на иски подданных против их владетельных князей в случаях их злоупотреблений в области местного верховенства. На этой же точке зрения основаны и в настоящее время существо и область ведения судебной власти в Англии. Наконец рецепция означенного принципа совершалась недавно и в области современного законодательства, а именно в Италии, где законом 20 марта 1865 года в интересах возможного объединения всего дела отправления правосудия компетенция обыкновенных судов была распространена на все случаи, где будет установлено нарушение личного права независимо от того, является ли нарушителем этого права, а следовательно и ответчиком, частное лицо или орган государственного управления.

Другой принцип ограничивает компетенцию судов гораздо более тесными пределами. Он отводит в их ведение принципиально только решение споров между частными лицами и разбор уголовных дел, не допуская их вмешательства в область публичного права, за исключением области уголовного права. В частности оно не допускает предъявления судебного иска в случае нарушения частных прав носителями и органами публичной власти. Этот принцип господствовал в Риме. Отделение частного права от публичного произведено духом римского государства и права. Равным образом отсюда же проистекает и мысль сделать это разделение основанием при установлении границ области ведения судейской власти. По римскому воззрению, дело судьи, за исключением и независимо от случаев разбора уголовных дел, состоит только в решении частно-правовых споров, а не публич-

но-правовых вопросов, понимая под отношениями же публичного права все те, в которых участвует государство, — все это quod ad statum rei Romanae spectat (§ Dig., I, I), безразлично, идет ли при этом дело об органах государственной власти, облеченных imperium, о собственности государства, или о договорах, заключенных государством. Римское государство живет по нормам juris publici даже в качестве субъекта имущественных прав, собственника, кредитора, должника. Оно не подчиняется решениям судов и в этом своем качестве — фиска. Короче говоря, по римскому праву jurisdictio, компетенция и деятельность судьи представляют собой принципиально только "jurisdictio inter privatos", а не "jurisdictio inter populum et privatos"; решение спорных случаев, в которых идет речь об imperium или даже только о dominium государства, есть, по современному выражению, дело не юстиции, а администрации.

Эти римские воззрения в новейшее время в большей или меньшей степени вошли в жизнь большинства государств европейского континента, — и только Англия, неизменно держащаяся германских средневековых идей, продолжая стоять на точке зрения нераздельности частного права от публичного, занимает особое положение. Это не значит, чтобы римские воззрения были формально реципированы, как право, годное к непосредственному применению; рецепция римского права имела по отношению к рассматриваемому здесь положению античного jus publicum так же мало места, как и по отношению к другим публично-правовым институтам. Мы видим перед собой скорее самостоятельное развитие, возникающее на исходе средних веков и приводящее, в особенности во Франции, к выводам, поразительно согласующимся с римским правом и его началами подсудности. Оно составляет только частичное явление в общем течении сложения и роста современного государства. Современное государство воплощается, прежде всего, в образе могущественной монархии и выражается в создаваемой и руководимой этой монархией *администрации,* которая именно благодаря тому и выросла в своем могуществе и целях, благодаря тому возвысила современную государственную идею, что освободилась от подчинения судам и с успехом заявила претензию быть своим собственным судьей в кругу своих прав и интересов. Это развитие, как уже было указано, особенно резко намечается во Франции. Ancien régime и революция совершенно согласны в своем отношении к вопросу о компетенции судей; как тот, так и другая — и эта последняя с большей последовательностью и с еще

более резко проведенным разделением, — ограничивают круг деятельности судов частноправовыми спорами и уголовными делами, отрицая всякую власть судов по отношению к спорным вопросам между частным лицом и государством, причем — как некогда в Риме — не делается никакого различия между государством как носителем власти и государством как субъектом имущественных прав. Такой смысл имеют в особенности законы 1790 и 1795 годов об отделении юстиции от администрации — нормы, действующие во Франции еще и в настоящее время. Здесь и до сих пор для споров с государством как субъектом частного права — как с фиском обыкновенный путь судебной защиты допускается не принципиально, но только в пределах, определяемых отдельными постановлениями законов.

Подобным же образом и в Германии — не в старой империи, которая не представляет интереса при выяснении строя нового государства, но на территориях нынешних партикулярных государств — решение вопроса о пределах судейской компетенции удаляется от средневековых воззрений и тяготеет к римскому принципу. Немецкие владетельные князья 17-го и 18-го столетий хотя и подчинены были по закону юрисдикции имперских судов, но эта юрисдикция при слабости имперской власти не могла находить себе какого-либо применения по отношению к более могущественным князьям; по отношению же к судам своих государств они, конечно, стояли совершенно независимо. Они не допускали никогда возбуждения процессов перед местными судами по вопросам о проявлении местного верховенства через посредство административных учреждений и отдельных должностных лиц. В Германии определение подведомственности судов отличается от римского и французского права только тем, что во всех частноправовых и фискальных отношениях признается судебное и процессуальное равенство государства с подданными. Это равенство, в силу которого государство, как субъект частного права, как собственник, кредитор, должник, словом, как фиск, подсудно обыкновенным судам, создалось в течение 18-го столетия. В 19-м столетии оно сделалось общим правилом в немецких партикулярных государствах, закреплено в некоторых из них постановлениями конституций, а в силу постановлений имперского законодательства о судебных установлениях сделалось и общим правом империи. Закон о введении в действие устава граждан-ского судопроизводства 30 января 1877 года постановил: “По отношению к тем гражданско-правовым спорам, где по роду и предмету притязаний допускается путь судебной защиты, такая защита

не может быть устранена местным законодательством на том основании, что в деле заинтересован фиск в качестве одной из сторон".

За исключением этого основного принципа и некоторых других, имеющих одинаковое принудительное значение общеимперских норм, принципов, которые содержатся в учреждении судебных установлений и в уставах судопроизводства, империя предоставила дальнейшее разграничение областей ведения юстиции и администрации местному законодательству, исходя из того соображения, что дело идет здесь гораздо меньше о технических процессуально-правовых вопросах, нежели о принципах "внутреннего государственного права" отдельных государств, куда империя не должна вмешиваться. Вследствие этого, имперским законом об учреждении судебных установлений, в § 13, было установлено основное положение, заключающее в себе результат новейшего развития права в немецких государствах, — положение, в силу которого *общим судам подлежат всякого рода споры о правах гражданских и уголовные дела* и смысл которого заключается в том, что круг ведения юстиции простирается на все гражданские и уголовные дела, — и только на них. Это основное положение, как это явствует из дальнейшего текста § 13, имеет, однако, несколько иной смысл, чем другие законы новой германской империи. Оно имеет значение не принудительно действующей общей нормы, но лишь вспомогательного общего права, которое идет не впереди местного закона, а позади его. За местным законодательством во всяком случае сохранено право изымать отдельные категории споров о правах гражданских из общего порядка судебного рассмотрения и предоставлять их рассмотрение в порядке административном определенным учреждениям государственного управления или административным судам. В некоторых партикулярных немецких государствах такие изъятия допускаются при спорах, затрагивающих в одно и то же время и частно-правовую, и публично-правовую стороны отношения или административные интересы. Таковы спорные вопросы права дорог, воды, охоты и т.д.

Гораздо более ограничена для местного законодательства возможность исключать из подсудности общим судам *уголовные дела*. В силу §§ 453 и след. устава уголовного судопроизводства, в этой области могут быть допущены исключения лишь по отношению к делам, определенно здесь указанным или прямо предоставленным свободному усмотрению местных законодательств, а имен-

но наложение взысканий за нарушение полицейских распоряжений или пеней, назначаемых органами финансового управления.

Таким образом, приняв во внимание приведенное выше положение об уравнении фиска с другими частными лицами, а также одно из других постановлений имперского законодательства (закон о введении в действие учр. суд. уст. § 4), по которому общим судам, независимо от гражданских и уголовных дел, может быть предоставлено "разбирательство всякого рода иных судебных дел", и следовательно также и рассмотрение споров, возникающих в области управления, но только не самое управление (за исключением управления судебными установлениями), мы можем установить следующие нормы, действующие в настоящее время в Германии по вопросу о компетенции судов. Ведению общих судов подлежат: 1) все споры о правах гражданских, не изъятые из ведения юстиции имперским или местным законодательством; 2) все уголовные дела, за исключением случаев предоставленного временно местными законодательствами полицейским и финансовым органам права на наложение взысканий, и 3) споры в области публичного права, кроме уголовных, которые специально предоставляются ведению юстиции имперскими или местными законами. Большинство немецких партикулярных государств не воспользовалось, впрочем, очень значительно своим правом вводить путем местного законодательства изъятия из общей подсудности для гражданско-правовых споров, а также и подчинять общему судебному порядку спорные дела в области управления. Таким образом установленная § 13 учр. суд. уст. нормальная компетенция судебных установлений, предназначенная иметь силу лишь в качестве общего вспомогательного процессуального права Германии и состоящая в предоставлении общим судам всех уголовных и гражданских дел, и только их одних, в настоящее время соответствует в общем и фактически существующим в отдельных ее государствах пределам ведомства судебных установлений. Для изменения этого положения вещей в пользу юстиции имеется теперь в Германии тем менее оснований, что для оказания юридической защиты в области публичного права принимаются меры иного рода, а именно организация так назыв. а*дминистративной юстиции* (см. ниже).

Организация и деятельность юстиции в Германии в настоящее время последовательно урегулированы имперскими законами, имеющими значение общих и принудительных норм. В основе этих норм лежат идеи *государственности и независимости* юстиции. "Суды — суть суды государственные. Частная (патри-

мониальная) судебная власть уничтожена" ...Исполнение функций судебной власти духовенством в светских делах не имеет юридического знания гражданского характера (G. V. G. § 15). "Судебная власть действует через посредство независимых судов, подчиняющихся только законам" (§ 1). "Исключительные суды недопустимы. Никто не может быть изъят из подсудности его законному судье" (§ 16). Вместе с тем в настоящее время утверждены в качестве норм общего имперского права основные и существенные принципы современного государства, которые до 1877 года во всех партикулярных государствах (кроме обоих Мекленбургов) были введены путем местного законодательства. Юстиция без всяких исключений сделалась достоянием государства и получила полную самостоятельность по отношению к другим государственным функциям, благодаря господству правильного начала разделения властей. Отправляющие правосудие государственные органы, общие суды, совершенно отделены от органов законодательных и административных. Это разделение имеет, однако, в том и другом случае совершенно разное значение: в первом — подчинение, во втором — равенство и независимость; суды вполне подчинены закону и совсем не подчинены администрации. Закону подчинены вполне. Это значит: судья должен просто применять обнародованное установленным порядком постановление, как закон (имперский закон, опубликованный в имперском законодательном вестнике, или местный закон — в собрании узаконений местных государств), а не входит в оценку его разумности, ибо закон обязателен не потому, что он хорош, а потому, что он закон — или проверять, соответствует ли он конституции, ибо вопрос о конституционности норм по отношению к обязательности силы закона и в особенности законов, изменяющих конституцию, по германскому государственному праву составляет исключительно компетенцию законодательных факторов: правительства и народного представительства. Администрации суды совсем не подчинены. Это значит: правительственные органы, включая сюда высший — главу государства, не могут предписывать судье, какие приговоры он должен постановлять. Правительственные распоряжения, в более широком смысле слова, содержат в себе часто издаваемые органами управления определения, содержащие в себе постановления законодательного характера; это — административные распоряжения, имеющие силу закона. Они должны быть применяемы сколько они соответствуют воле законодателя с точки зрения предоставленных с его стороны органам администрации пол-

номочий и установленных для последних границ. Судья имеет право входить в оценку юридической силы не законов, а административных распоряжений (их конституционности и закономерности), за исключением тех случаев, когда это право оценки было у него изъято специальным предписанием закона или конституции, как это имеет, напр., место в Пруссии, по отношению к королевским повелениям (прусская конституция, ст. 106, абз. 2). Высшие правительственные органы — в монархических немецких государствах — монарх, в ганзейских городах — сенат, в империи — император и союзный совет — ограничиваются по отношению к юстиции так называемыми правами судебного верховенства, к числу которых принадлежат: управление юстицией и надзор над судами, высшее руководство в возбуждении уголовного преследования, приведение в исполнение судебных приговоров и право помилования.

II. Администрация. — Третья власть в государстве, следовательно, остальная часть государственной власти, если представлять себе законодательную власть и юстицию отдельно от целого, называется, со времен Локка и Монтескье, экзекуционной или исполнительной властью. Мы именуем ее администрацией. Обозначение — исполнительная власть (pouvoir exécutif) и правильно, и неправильно. Неправильно тогда, когда ее представляют себе так, как будто сущность третьей государственной функции состоит исключительно в исполнении приказов законодателя. Было бы совершенно односторонне и стояло бы в противоречии как праву, так и действительности, если бы мы утверждали, что вся деятельность администрации состоит только в исполнении закона. Задачей администрации является нечто иное и гораздо большее, нежели осуществление на деле импульсов законодательной воли и ее распоряжений. Когда государство заключает договоры с частными лицами или с другими лицами, оно определяет и смещает должностных лиц — это все действия администрации, но такие, при которых государственная администрация выполняет *свою собственную* волю, а не волю законодательной власти. Когда администрация создает новое ведомство, общественное установление или учреждение, то это *может* быть исполнением закона, а именно тогда, когда эти ведомство, установление, учреждение основываются по постановлению закона и правительству в этом смысле дано соответствующее поручение; но подобного рода действия нельзя считать исполнением закона в том случае, когда администрация действовала по собственной инициативе.

Дело, следовательно, совсем не в том, что законодатель должен "изъявлять свою волю" для каждого отдельного случая, а администрация — эту волю "исполнять". Выражение "исполнительная власть" только тогда могло бы считаться правильным, если бы в основе его лежала мысль, что предмет исполнения должен быть предуказан в законодательном распоряжении и причина исполнения должна всегда лежать в импульсе исходящей от законодателя воли, — оно было бы правильно, если слово "исполнять" употреблять в значении — *действовать.*

Администрация есть действующая государственная власть. Закон — это воля, администрация — действие. Это не значит, как уже сейчас сказано, что законодательное собрание должно каждый раз прежде изъявить свою волю, чтобы она перешла в административное действие, но это означает, что деятельность администрации *ограничена* законом. Закон обыкновенно не представляет собой ни причины, ни цели, но только границу действия администрации. Граница — это значит: закон по отношению к администрации есть юридически высшая воля, администрация никогда не должна действовать contra legem, она не может делать ничего такого, что запрещает закон. "Граница" означает, однако, иное и большее: администрация по отношению к гражданским имеет право на вмешательство в свободу и собственность частных лиц только до тех пределов, какие устанавливает для них.

Поэтому если администрация встретит необходимость в интересах достижения своих целей ограничить свободу третьих лиц, предъявив запрос на отправление с их стороны определенных повинностей или на их имущество, то в этом отношении она может действовать только intra legem. Иными словами: администрация не имеет права обременять подчиненных ее власти граждан, "подданных", обязанностями ultra legem.

Принцип: *ne contra legem, ne ultra legem, sed intra legem,* означает то же самое, что иначе называют *принципом закономерности управления.* Этот принцип нуждается в некоторых разъяснениях; но в настоящее время, в современном конституционном и имперском государстве, он служит мерилом правомерности отношений между законом и администрацией, между администрацией и подданными; он служит таким мерилом в силу и вследствие конституционного деления властей. Этот принцип не имел приложения в государстве, не знавшем разделения властей, — в абсолютной монархии, управление которой не было управле-

нием, согласным с законами, а лишь управлением, согласным с соображением целесообразности.

Юстиция также подчиняется закону, как и администрация, но ее подчинение носит иной характер. В отношение судьи к закону входит то, что не могло бы правильно характеризовать отношение администрации к закону: идея цели. Для судьи закон служит целью. Единственной профессиональной задачей судьи является только применение закона, отыскание права, соответствующего закону. Задача деятельности администрации, наоборот, состоит в том, чтобы охранять и защищать общее благо средствами, дозволяемыми законом. Этим различием в отношении к закону, а также и отмеченным выше моментом "действия", жизненной, созидательной деятельности и отличается существо администрации от существа юстиции.

Это противоположение указывает на специфические особенности в деятельности властей судебной и административной, но оно не носит исключающего характера. Нельзя отрицать того, что во многих случаях деятельность административных органов совершенно одинакова с деятельностью судьи. Администрация не только действует, она, подобно судьям, также и разрешает юридические споры, и именно те, которые, согласно с установленным выше разграничением компетенций администрации и юстиции, изъяты из подсудности общим судам. Этим определяется исходная точка зрения на характер предоставленной администрации юрисдикции, носящей название *административной юстиции.*

Б. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ

I. Административная юстиция в Германии. Идейные и исторические ее основания. Широко растяжимое, с точки зрения его содержания, значение слова "административная юстиция" можно было бы понять при помощи простого применения установленного выше понятия *охраны права* к административному праву. Всякая деятельность, направленная на охранение законного порядка управления (той части государственного правового порядка, который проводит границу между управляющей государственной властью и управляемыми или подданными) и на защиту вытекающих из него субъективных прав, была бы, согласно этому понятию, административной юстицией, и это обозначение могло бы быть прилагаемо независимо от того, каким бы органом государства она ни отправлялась. Административной юстицией в этом смысле следовало бы признать и тот случай, когда высшее

правительственное учреждение, вследствие поданной жалобы или в силу обязанности, в порядке служебного надзора, решало бы вопрос о том, допустимо ли с точки зрения закона распоряжение подчиненного ему должностного лица. [...] Сюда же можно было бы отнести также и решение союзного совета германской империи, делающего постановление относительно неправильных действий должностных лиц отдельных государств при исполнении имперского закона, касающегося области управления (R. V. Art. 7^3), так как в этом случае союзный совет точно так же имеет своим призванием "охрану" административного права.

Однако ни в науке, ни в практике юридической жизни не принято придавать понятию административной юстиции такой растяжимый смысл, который охватывал бы и простое применение органами власти административных законов к текущим делам, хотя бы оно, как в данном случае, состояло в решении спорного вопроса, и вместе с тем случайные экскурсии обыкновенного судьи в закрытую обыкновенно для него область административного права.

Выражение "административная юстиция" получило более узкое значение, которое следует признавать наиболее употребительным, *техническим*. В этом значении административная юстиция *есть применение административного права в интересах разрешения споров через посредство особых,* не принадлежащих к судебной корпорации, но организованных по образцу общих судов, *органов управления* (административных судов) и по правилам процесса, подобным тем, которые приняты в общих судах (административный процесс по спорным делам).

Отделение административной деятельности, направленной на установление права и решение споров, в остальных ее проявлениях, самостоятельность ее положения в организации соответствующих учреждений и процесса, устраняющая выделение этой деятельности из административного организма и перенесение ее на общие суды; независимость администрации от юридического контроля юстиции и создание самостоятельных, не схожих с судебными, установлений для защиты права в пределах самой организации управления; особые учреждения, особые органы, особый процесс для особых целей защиты права и, еще шире, защиты чистых интересов в области управления, — учреждения, которые оказывают широкую защиту интересам отдельных лиц, устраняя возможность нарушения администрацией пределов ее полномочий, но в то же время не причиняя ей затруднений при исполнении ее обязанностей, направленных на достижение общего блага, — вот в чем состоит существо и основная идея административной юстиции.

Административная юстиция среди многих учреждений для защиты права в области государственного права представляется наиболее важным и наиболее действительным способом этой защиты, но не единственным. Это видно из указанного уже выше положения общих судов по отношению к преюдициальным вопросам административного права — положения, которое предоставляет гражданскому и уголовному судье, по крайней мере в Германии, такую же свободу и независимость в постановлении решений, какой он обладает во всех других вопросах права и факта и в силу которой он может всякого рода административные акты, отдельные приказы и административные распоряжения или указы (напр., полицейские постановления о штрафах), если не отменять или устранять, то все-таки объявлять *incidenter* юридически недействительными или противозаконными и посредством постановленного по поводу их решения (напр., оправдания обвиняемого в нарушении недействительного полицейского приказа, присуждения административного лица или государства к возмещению убытков) производить хотя и косвенный, но все-таки практически весьма действительный законный контроль над административной деятельностью. При этом может, конечно, идти речь всегда только о проверке *in jure,* о правовом контроле в тесном смысле. Гораздо более широкую сферу применения имеет контроль над администрацией, производимый самой администрацией: высшее административное учреждение может отменять акты подчиненных ему учреждений и органов администрации (контроль, действующий *непосредственно*!) не только по причине несогласия их с правом, но и ввиду их нецелесообразности. Оно может осуществлять этот контроль в силу обязанности, но также и по просьбам заинтересованных лиц. Обращение к подлежащей власти в порядке подчиненности называется технически жалобой или *административной жалобой.* Этот путь не только открывает возможность обжалования действий подчиненного административного органа с точки зрения их противоречия праву, но и является вместе с тем средством защиты чисто фактических интересов частных лиц против администрации. Наконец следует упомянуть и о контроле над действиями администрации со стороны *парламента* — контроль, который может быть производим в отдельных случаях на основании *петиций*, право на подачу которых народному представительству принадлежит каждому гражданину. В отличие от всех этих видов защиты права в области управления понятие административной юстиции следовало бы употреблять в более тесном смысле, ограничивая

его приложение только областью защиты *права* в собственном смысле этого слова (т.е. субъективных прав и объективного права, как такового). Но в действительности развитие деятельности административной юстиции в некоторых странах, и прежде всего в Пруссии, вышло из этих пределов. Здесь в компетенцию административных судов входит, в известном объеме, также и оценка деятельности органов администрации с точки зрения целесообразности, право отменять опротестованные распоряжения администрации по их несправедливости или нецелесообразности. В этом и выражается значение административной юстиции, как способа защиты не только права, но и интересов.

В Германии и Австрии административная юстиция совершенно новое, недавнее учреждение. ...Основы прусской административной юстиции начали закладываться в 1872 году. За Пруссией последовала Австрия в 1875 году, Вюртемберг в 1876 и Бавария в 1876 годах. Дело создания административной юстиции, таким образом, только что началось; у него почти нет истории. С бóльшим правом можно говорить о более раннем периоде развития административной юстиции. Этот период заслуживает внимания, так как он дает возможность выяснить, каким образом пришли вообще к постановке той проблемы, окончательное решение которой встает теперь перед исследователем в образе немецких административных судов.

В более раннюю эпоху развития немецкого государства по вопросу об административной юстиции не видели никакой проблемы, — но почему?

Во времена старой империи потому, что тогда не было недостатка в средствах защиты против злоупотребления местным верховенством своими правами, следовательно также и против подчиненных ему административных властей, — защите, поставленной теоретически очень широко. Мы упоминали уже, что тогда каждому немецкому подданному принадлежало право приносить в этих случаях жалобы в имперские суды. К этому следует добавить лишь то, что в более обширных странах, где князья были достаточно сильны для того, чтобы пренебрегать имперской властью и приговорами ее судов, практическая возможность обращения к последним исчезала. Наоборот, по отношению к многочисленным мелким территориям обращение к имперскому суду и в последние времена империи имело еще большое практическое значение.

Но, и независимо от возможности обращаться к имперским судам, в только что указанных пределах, в это время не суще-

ствовало в такой мере, как это имеет место в настоящее время, и самой потребности в особых учреждениях защиты частного лица в случаях столкновения...

Правда, последнее столетие старой империи было временем расцвета полицейского государства местных владетельных князей, а потому эпохой, которая, как следовало бы предполагать, должна бы была давать чаще и большее число поводов к жалобам на произвол администрации, нежели какая-либо иная. Однако, в противовес этому предложению, нужно принять во внимание, что в это время безграничность полномочий власти, характеризующая полицейское государство, существовала гораздо более в теории, нежели в действительности. Административные учреждения и органы могли, разумеется, делать все возможное и невозможное, но они этого не делали или, по крайней мере, не делали в той мере, какую обыкновенно склонны предполагать и какая, может быть, возможна была бы в настоящее время, при подобном же юридическом положении.

Интенсивность управления полицейского государства была, по-видимому, очень не высока. Даже в Пруссии Фридриха Вильгельма I и Фридриха Великого управляли гораздо менее, чем теперь. Современная администрация, основываясь на своих определенных законом полномочиях, фактически вторгается в свободу и собственность частных лиц гораздо глубже и ощутительнее, нежели административное бессилие старой системы, при которой инструкции высших правительственных учреждений казались более страшными, нежели их осуществление на практике. С другой же стороны, если эта практика и позволила себе в действительности вмешательство, которое, по теперешней мерке, было бы посягательством на свободу или собственность частного лица, то при существующем тогда отношении между государством и подданным в этом никто и не усмотрел бы нарушения прав последнего. Это отношение в области управления было прежде всего чистым выражением власти государства над подданным, не урегулированной никаким законом. Тогда не существовало еще той границы между интересами государства и частных лиц, какая так глубоко и заботливо проведена в настоящее время. Во всяком случае, и тогда каждый, кто чувствовал себя затронутым поступками или требованиями администрации, мог вступить на путь обжалования, и тогда начиналась деятельность старого немецкого административного механизма: высших местных коллегиальных учреждений, не знавших настоящего отделения юстиции от администрации. И этот механизм в процессах

по жалобам на администрацию, в качестве учреждения для защиты прав и свободы частных лиц, оказывал не меньшие услуги, чем судебный процесс в "делах юстиции", т.е. в гражданско-правовых и уголовных делах. Иначе говоря, с защитой права в гражданских и уголовных делах при старых немецких порядках дело стояло не лучше, чем с защитой интересов в административных вопросах: в более мелких государствах большей частью одно и то же ведомство играло одновременно роль и наивысшей судебной инстанции, и высшего административного учреждения. А там, где, как в Пруссии, высшее административное учреждение (генеральная директория) было уже в 18-м столетии отделено от высшей судебной инстанции, оно, как и эта последняя, организовано точно так же коллегиально, причем высший суд был так же мало независим, как и высшее административное учреждение. Короче сказать: административный порядок обращения в высшие учреждения был так же хорош и так же плох, как и общий порядок судебной защиты с его апелляцией и его прочими юридическими способами обжалования.

В 19-м столетии все эти отношения и условия радикально изменились. Старая империя исчезла; вместе с ней прекратилась юрисдикция ее судов в делах местного верховенства, и ничто не заменило этой юрисдикции. Компетенция имперских судов не перешла к местным судам; администрация даже и меньших государств освобождается от всякого судейского контроля и приобретает верховенство, которым фактически давно уже она обладала в более крупных государствах. Начавшееся с того времени повсеместно установление современных отношений юстиции и администрации пробуждает потребности юридической защиты в тех областях, где этой защиты прежде совсем не было. Оно позволяет обнаружить такое различие между судебным и административным порядком защиты, которое, если его рассматривать с точки зрения интересов частных лиц, равнозначаще с противоположением между добром и злом. Юстиция и администрация отделяются друг от друга. По требованию, как казалось в это время, принципа разделения властей ведомство судов было ограничено решением гражданских и уголовных дел, от решения же правовых вопросов в спорных административных делах они были совершенно отстранены. Прогрессивное развитие судебных учреждений еще более подчеркивает отсталость административных. Пробивает себе дорогу идея независимости судов; правовое государство принимает ее в свои конституции. Организация суда и порядок процесса непрерывно улучшаются: устанавлива-

ется урегулирование движения дел по инстанциям, порядок обжалования, устность и гласность процесса, обвинительное начало в уголовных судах, суды присяжных. Но все эти и другие гарантии правильности и основательности решения спорных дел идут только в пользу юстиции, т.е., следовательно, гражданского и уголовного права. Для того, кто желал бы вести тяжбу не с соседом, а с полицейским или иным административным органом, путь судебной защиты закрыт; для него оставался в этом отношении только путь жалоб в высшие административные инстанции. Но теперь это был такой путь, который давал стороне в деле защиты ее интересов не только меньше гарантий, чем организация и порядок процесса в общих судах, но и был, с этой точки зрения, даже хуже, чем административные учреждения и административный порядок защиты в старое время. С начала 19-го столетия юстиция и администрация в Германии, по примеру и прообразу Франции, не столько отделяются друг от друга, сколько развиваются в противоположных направлениях. Прежде, поскольку они вообще тогда различались, они были организованы совершенно одинаково как в своем устройстве, так и в ходе процесса. Коллегиальное строение второй и третьей инстанции как в юстиции, так и в администрации, письменный тайный процесс как здесь, так и там, решение дел только на основании письменных актов, отсутствие и там, и здесь независимости лиц, постановляющих приговоры, путь обжалования в прохождении по инстанциям администрации — все это, вместе взятое, было для стороны поставлено не хуже в делах административных, чем в делах судебной защиты. Но ухудшение в этом отношении произошло тогда, как в немецких государствах коллегиальное устройство центральных административных учреждений было заменено бюрократической министерской системой (в Пруссии в 1808 — 1810 гг., Баварии и Вюртемберге в 1806, Бадене в 1809), благодаря чему исчезли и весьма существенные гарантии беспристрастности и правильности административных решений, но значительно возросла — результат, к которому сознательно и стремилась министерская система, — зависимость низших административных органов от министров, а вместе с тем начала непрестанно повышаться энергия и интенсивность деятельности всей администрации. Таким образом юстиция и администрация все более и более расходятся друг с другом по своей организации, а вместе с тем, и еще в большей степени, в своем общем характере. В то время как современное устройство суда и процесса стремится обращать внимание и удовлетворять потребностям частных лиц, в области управления из этих потребностей даже са-

мые справедливые остаются без удовлетворения, так как административные учреждения подчеркивают односторонне интересы государственной власти, ее авторитета, что в глазах многих означало не что иное, как ничем не оправдываемую уступку в пользу интересов властвовавшей бюрократии.

Немецкие государства, одно за другим, переходят к конституционной системе. Не следует, однако, этим снова обольщаться. Эта перемена государственного строя не улучшила отношений гражданина к администрации, а снова ухудшила. Конституционное движение не столько опирается на индивидуалистические идеи и требования, сколько с своей стороны беспрерывно их усиливает. Конституционные хартии заботились о том, чтобы утвердить в букве закона главнейшие пожелания индивидуального чувства свободы, как "основные права" граждан; они везде подчеркивают принцип закономерности управления. Но все это имело гораздо более программное, нежели практическое значение. Конституция была дана, правовое государство было провозглашено, а старое полицейское государство продолжало существовать в жизни. Ибо кто был хранителем нового государственного права, его индивидуалистических принципов и основных прав? Не кто иной, как та же самая администрация, против стремления которой к расширению и утверждению своей власти и провозглашались эти принципы и были дарованы эти основные права. Администрация, при разрешении спорных случаев с частными лицами, всегда, без каких-либо оговорок и смягчений, является судьей в собственном деле. А такое положение вещей не дает удовлетворительного ответа на трудный вопрос: sed quis custodit ipsos custodes? В административных делах продолжал существовать только путь жалоб в высшие инстанции, а это означало следующее. В высшей инстанции делает распоряжения и решает дела министр данного ведомства, в особенности тогда, когда частным лицом оспаривается право должностных лиц его ведомства на вмешательство в деятельность лица и принуждение его к исполнению распоряжений администрации. В таком случае он, как всегда, решает per decretum simplex, в бесформенном письменном процессе, по докладу того административного учреждения, против чьего действия и направляется поданная жалоба, и на основании письменных документов, на установление содержания которых истец не может оказать никакого влияния, не имея права даже знать их. Все административное право данного ведомства поэтому применяется в том виде,

в каком представляет его себе временный глава этого ведомства — министр.

Все это считалось "конституционным" ... министр, при охране вверенной его попечению отрасли административного права, признавал государственными интересами интерес той политической партии, которая его поддерживала и политическая сила которой в то же время означала его силу и обеспечивала ему прочную защиту от нападений.

Конституционная эра проявила себя таким образом весьма невыгодно прежде всего с точки зрения понимания правильных отношений между администрацией и частными лицами и их оценки. Этот порок был отмечен и по отношению к первым десятилетиям конституционного правительства Пруссии (Гнейст, Ласкер), и, конечно, совершенно справедливо, потому что никогда еще прусская администрация не решалась так долго и смело следовать принципу: "мне позволено все, что мне нравится", — как в это, так называемое, реакционное время. Несправедливо только, когда режиму 1850—1858 годов бросают упрек в "систематической партийности". Нельзя понять, какие специфические черты партийного консерватизма должны были проявляться в произвольных высылках, лишении концессий и иной полицейской шикане той эпохи. Это не было "партийное правление" — консервативное или какое-либо иное, не просто правление старого полицейского государства, существование которого не могло быть прекращено "листом бумаги", конституционной хартией. Эта эпоха свидетельствует не о том, что и при конституционализме существует опасность партийного пользования административными правами даже в Пруссии, но о том, что и после введения конституции, устанавливающей основы правового государства, и несмотря на нее, может долго еще существовать полицейское государство, — существовать до тех пор, пока не попытаются оградить подходящими охранительными учреждениями основной принцип правового государства: закономерность управления. <...>

Среди многочисленных писателей, в то время им занимавшихся, едва ли бы нашелся один, который признал бы правильным существующий порядок вещей, когда текущее управление государственными делами и административная юстиция соединились бы в одной и той же инстанции, министерствах. Все соглашались единодушно в том, что должен быть сделан решительный шаг к улучшению этого положения, ставшего нетерпимым. Но мнения далеко разошлись относительно того, как и в каком направлении этот шаг должен быть сделан.

В конце пятидесятых и начале шестидесятых годов прошедшего столетия в особенности выделились в этом отношении два противоположных мнения. Одно — более старое — хотело помочь делу расширением компетенции общих судов путем распространения ее на все юридические споры. Обыкновенный судья должен бы был решать не только частно-правовые и уголовные дела, но и выступать везде, где между частным лицом и государственной властью возникал спор об объеме верховных прав государства. Каждое юридическое дело должно было бы быть признаваемо входящим в компетенцию юстиции. Администрация таким образом подчинялась с точки зрения правомерности своих действий контролю общих судов; наоборот, разрешение тех случаев, в которых дело идет не о защите права, а только о защите интересов и где спор возникает не о правомерности, а о необходимости и целесообразности тех или иных действий администрации, должно было бы быть предоставлено административным инстанциям. Это мнение, отвергавшее решительно всякую возможность охраны права вне общих судов и представленное многими теоретиками еще до 1848 года, играло важную роль в политических требованиях этого года. В § 182 франкфуртской имперской конституции оно было выражено в следующем постановлении: "административная юстиция... отменяется; всякого рода правонарушения подлежат решению судов". Либерализм шестидесятых годов, и в особенности в Пруссии, единогласно держался этого идеала не столько правового, сколько, так сказать, *государства юстиции* (Justizstaat). Виднейшим выразителем и красноречивейшим защитником этого направления является Бэр в своем сочинении "Правовое государство", появившемся в 1864 г.

В своей книге Бэр принужден уже был поставить эту теорию "судебного государства" в оборонительное положение. За это время выросла ее противница, которая выступила с защитой второго мнения по вопросу о правовой защите. Эта последняя теория развита в особенности в трудах *Гнейста*, посвященных английскому административному праву (появились впервые в 1860 — 1863 гг.), и обоснована с свойственной этому писателю глубиной историческими, сравнительно-правовыми и политическими аргументами. Уже и тогда, как и всегда позднее, Гнейст отвергал мысль о допустимости юридического контроля общих судов над администрацией. Требуемая гарантия закономерности управления, по его мнению, не должна была состоять в подчинении администрации по отношению к юстиции. В интересах пра-

вовой защиты должно быть совершено преобразование самой администрации в том направлении, чтобы создать в области управления нечто подобное судебной организации и судебному процессу. Этим требование особых административных судов, т.е. учреждений, подобных по строю и процессу судебным, но внутри административного механизма, а не вне его, было уже формулировано в его существе, а вместе с тем введение их в жизнь было поставлено главным пунктом органической реформы в области управления. Гнейст нашел меньше всего сочувствия своим предложениям у своей либеральной партии в Пруссии, нежели у политических противников с правой стороны. Уже в 1861 году консервативная партия в прусской палате депутатов высказалась весьма ясно (через Вагенера) в смысле идей Гнейста — в то время как с другой стороны, вне Пруссии — в великом герцогстве Баденском — явно либеральным правительством и большинством ландтага было приготовлено первое практическое осуществление этой идеи. Это был баденский закон 5 октября 1863 года об организации внутреннего управления. Введение особых, предназначенных для охраны права установлений в существующую и подлежащую, поскольку это необходимо преобразованию системы административных учреждений, говоря короче, проблема административной юстиции в новейшем смысле не могла быть, очевидно, рассматриваема как *партийный* или спорный вопрос между консерваторами и либералами, монархистами и демократами. Это обстоятельство укрепило за идеей административной юстиции способность привлекать к себе сторонников и существенно облегчило соглашение правительства и народных представителей и партий последних между собой относительно проведения этой идеи и в Пруссии.

Действующее право Германии было завоевано не идеями 1848 года, не Бэром, не "государством юстиции", а *Гнейстом* и его мыслью разрешить проблему административной юстиции путем реформы самой администрации, а именно путем учреждения особых административных судов в рамках административной организации. Полная победа этой идеи и окончательное отклонение всех других идей, обозначенных боевым словом "государство юстиции", ознаменовались введением в Пруссии административной юстиции путем законодательной реформы 1872—1883 годов.

Спор был решен в означенном смысле гораздо больше по серьезным практическим соображениям, нежели по теоретическим доводам.

Одно из этих соображений состояло в указании на тот факт,

что немецкие судьи, со своим преимущественно частно- и уголовно-правовым образованием и профессиональным опытом, не могли выполнить в надлежащей степени той задачи, которая была бы поставлена им в передаче им судебного рассмотрения административных дел, так как она требовала хорошего знания административного права и административной практики. К этому опасению относительно недостаточной осведомленности судей в административном праве присоединилось еще и соображение о том, что при участии общих судов в административных делах у них мог оказаться недостаток в необходимых фактических сведениях. В действительности, во многих случаях, которые подлежат теперь ведению административных судов, "вопрос о праве частично спорен, нежели вопрос о факте". Центр тяжести административно-судебной деятельности лежит чаще всего не в чисто логических юридических операциях мысли, предполагающих специально научное юридическое образование, а в заботливом исследовании и объективной оценке существа дела. Возьмем для примера вопрос о степени потребности при концессиях на продажу питей; о "нравственной, артистической и финансовой благонадежности" театрального антрепренера, испрашивающего позволение на занятие его делом (имперский промысловый устав § 32); о необходимости или излишестве требуемой от подлежащего административного учреждения постройки дороги или школы; часто бывающий очень спорным вопрос о том, были ли соблюдены фактические условия, уполномочивающие полицейскую власть давать разрешение на строительные и осветительные работы, принятие санитарных мер и совершение иных полицейских распоряжений. Все эти и многие другие вопросы, постоянно встречающиеся в административно-судебной практике, разумеется, не представляют собой правовых вопросов в собственном смысле этого слова, т.е. таких, которые может разрешить только опытный юрист, или, по крайней мере, он один мог бы лучше всего разрешить. Знание права здесь мало помогает; здесь нужны больше специальные сведения дела и административная опытность, т.е. такие знания, которые судья, чуждый делу администрации и далеко стоящий от управления, должен был бы приобретать через внимательное и кропотливое изучение доказательств или при помощи экспертов.

В-третьих, и в этом заключается самое серьезное возражение против "государства юстиции": предполагаемый правовой контроль юстиции над администрацией парализовал бы ее самостоятельность, которая необходима для того, чтобы администрация могла с успехом выполнять свои задачи. Передать вообще ког-

ницию в административных делах общим судам означало бы в конце концов возложить *на последние ответственность за эти дела.* Но легко ли было бы принять на себя такую ответственность? Пусть подумают о том, куда привело бы последовательное проведение оспариваемого здесь принципа. Если каждый, кому полицейская власть что-либо запретит в интересах общественной безопасности и порядка, может обратиться в суд, начать иск против полиции и добиться сделанного по усмотрению суда временного распоряжения, предписывающего полицейскому управлению удовлетворить требование стороны, напр., позволить ей построить дом так, как это нравится ей и согласному с ней судье, а полиции не нравится, — тогда сам собой напрашивается вопрос, не будет ли целесообразнее сделать шаг дальше и сделать судью администратором, перенести на него не только когницию над полицией, но и сами полицейские функции, упразднить принцип отделения юстиции от администрации и этим уничтожить столетнее развитие, которое до сих пор вообще считалось прогрессивным.

Таковы были соображения, которые имели определяющее влияние на законодательство в области управления с шестидесятых и семидесятых годов прошедшего столетия. Их естественная убедительная сила действовала сама собой повсюду, где серьезно приступали к решению проблемы административной юстиции. Они все более и более выяснялись также и для тех, которые держались раньше того мнения, что совершенное правовое государство может существовать только в виде государства юстиции. Интересное подтверждение этого дает поведение либеральных партий прусской палаты депутатов в начале и в дальнейшем течении совещаний по поводу закона, который ввел в Пруссии административную юстицию: Kreisordnung 13 декабря 1872 года.

Великая законодательная задача обеспечить в области управления такую же действительную правовую защиту, какую дают в частно-правовых и уголовных делах юстиция и судебный процесс, разрешена еще не во всех немецких государствах, но во всех более крупных она осуществлена, а именно: в Пруссии, Баварии, Саксонии, Вюртемберге, Бадене, Гессене и во многих мелких государствах. Империя, с своей стороны, внесла сюда и свою долю участия в интересах своего управления. Но повсюду, где разрешали эту проблему или даже только пытались ее разрешить, нигде не стремились уже к тому, чтобы передать правовую защиту в административных делах общим судам. Следует при этом заметить, что со стороны империи не было уста-

новлено препятствий к проведению в местных законах системы "государства юстиции"; наоборот, отдельным государствам была предоставлена § 4 закона о введении в действие учр. суд. уст. свобода передачи общим судам, кроме решения дел из области частного и уголовного права, и "всякого иного вида судебной власти", а вместе с этим и административной судебной власти. Но везде предпочли, на основании приведенных выше доводов, создать особые *административные суды*, включив их в рамки не судоустройства, а административной организации. Низшая инстанция этой системы, административные суды первой инстанции и второй — где такая имеется — являются в то же время повсюду и административными органами в более тесном и собственном смысле этого слова, уполномоченными на ведение текущих административных дел. Здесь таким образом разделение между чистой и судебно-административной деятельностью, между administration pure и contentieux administratif, как говорят французы, имеет значение только *процессуальное*. Там, где административные учреждения выступают в качестве административных судов, они должны соблюдать и определенный, специально для этого конструированный процесс (процесс для административных споров). Только в высшей инстанции административная юстиция отделяется по своей *организации* от учреждений, заведующих исполнением текущих административных дел, поскольку эти высшие инстанции — высшие административные суды, административные судебные палаты — занимаются только решением спорных юридических вопросов административного права и не имеют никакого отношения к ведению текущего управления (которое осталось в полной мере в руках центральных административных учреждений и органов, особенно министров).

В таком виде административная юстиция существует в большей половине Германии, а именно: в Пруссии, Баварии, Саксонии, Вюртемберге, Бадене, Гессене, Ольденбурге, Ангальте, Брауншвейге, Саксен-Кобурге и Готе, Саксен-Мейнингене и Липпе и затем в имперских провинциях Эльзас-Лотарингии. И в организации собственного и непосредственного управления империи, кроме Эльзас-Лотарингии, находятся несколько специальных учреждений, которые по их составу, компетенции и формам процесса должны быть рассматриваемы как административные суды.

ГЕРГАРД АНШЮТЦ

ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАЦИЯ

(Перевод с немецкого)[1]

А. ОРГАНИЗАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДОВ В ГЕРМАНИИ

I. Общий обзор. Во всех германских партикулярных государствах, за исключением герцогства Саксен-Кобург-Гота, в котором административный суд состоит из одной инстанции, административные суды разделяются на несколько инстанций. В Пруссии и Баварии их три, в других государствах две. Как уже было указано раньше, полное, органическое отделение отправления административного правосудия от чистого управления имеет место только в высшей инстанции; в средней и низшей инстанциях административное правосудие отправляют должностные лица, которые вместе с тем и главным образом являются органами чистого управления. В этих инстанциях поэтому особенность дел административной юстиции ("спорные административные дела") выражается только в особом процессе, соблюдение которого необходимо при их разрешении.

В общем, учреждения административной юстиции в низших инстанциях приурочиваются к органам внутреннего (по прусскому выражению "общего") государственного управления. В Пруссии, Бадене, Гессене и многих других государствах этими учреждениями являются по преимуществу новые организации управления, в которых принимает участие и элемент общественный в виде присутствующих в них граждан (прусские окружные и областные комитеты). В Баварии, Саксонии, Вюртемберге, наоборот, старые организации, которые состоят только из должностных лиц государства (окружные должностные лица, окружные правления и высшее административное начальство округа).

Обеспечение закономерности, беспартийности и однообразия в отправлении административного правосудия достигается, с одной стороны, при помощи особой формы процесса (процесс по спорным административным делам), а с другой — особым характером организации административных судов. Эти суды по

[1] Из книги — Systematische Rechtswissenschaft, Berlin u. Leipzig 1906.

большей части организованы коллегиально (исключением являются баварские должностные лица, отправляющие административное правосудие единолично). Судебная деятельность входящих в их состав лиц обеспечена теми же гарантиями, которыми пользуются обыкновенные суды. Административные суды поэтому при решении дел обязываются руководствоваться только законом, а не указаниями своего начальства, которые для них имеют значение лишь постольку, поскольку они сами по свободному убеждению признают их закономерными. В отношении же к гарантиям личной независимости членов административных судов следует различать суды низших и высших инстанций. В качестве административных судей, для которых судейская должность является и их главной должностью, признаются только члены высшей административной судебной инстанции, высшие административные судьи. Только они и пользуются полной судейской независимостью. Образцовыми в этом отношении являются постановления прусского права, по которым члены высшего административного суда могут быть объявлены лишенными своей должности только с соблюдением тех же условий, которые установлены для членов рейхсгерихта (учр. суд. уст. ст. 128), по решению общего собрания всех членов суда. Административные судьи низших инстанций, наоборот, поскольку они являются должностными лицами, занимают положение административных должностных лиц, а не судей. Особые требования, связываемые с судебной службой, и судебное дисциплинарное право для них, вообще говоря, не имеют значения. Исключение из этого правила составляют только директоры областных судов и два назначаемых члена прусских областных комитетов, которые, по прямому определению закона, назначаются пожизненно королем, не могут быть смещены против их воли и подчинены судебному дисциплинарному праву. Юридическая независимость членов административных судов, не имеющих звания должностных лиц, простых граждан, понятна само собой. Эти лица стоят вне служебной иерархии, не имеют над собой служебного начальства, а потому и лишены возможности получать от него приказания.

Участие простых граждан в отправлении административного правосудия имеет место не во всех государствах. Оно допущено в Пруссии, Бадене, Гессене и мелких государствах; баварские же, саксонские и виртембургские суды замещены только лицами, состоящими на государственной административной службе. Первая группа государств при допущении участия простых граж-

дан в отправлении административного правосудия руководствовалась теми же мотивами, которые побудили законодательство ко введению в местное управление недолжностного элемента вообще (самоуправление в политическом смысле), с одной стороны, а с другой — теми же соображениями, которые имели решающее значение при создании института шеффенов и присяжных. Все эти учреждения, задача которых состояла в широком проведении идеи конституционного управления, должны были создать для юстиции и администрации атмосферу доверия, сложить ответственность и отправление этих функций с правительства и профессиональных должностных лиц и сделать государство и государственную власть популярными. Наоборот, в тех государствах, где участие шеффенов в административной юстиции призвано было излишним, одержала победу та мысль, что управление, состоящее из профессиональных должностных лиц, работает лучше и быстрее, чем состоящее из несведущих в деле членов из граждан, и что вообще граждане не должны быть обременяемы такими государственными обязанностями и им не должны быть поручаемы такие должности, для отправления которых они не имеют надлежащих практических и юридических званий. Важность этих соображений в Пруссии, Бадене и Гессене признана была в том отношении, что здесь вопрос о допущении непрофессионально-служебного элемента в высшие административные суды совсем не поднимался; простые граждане в действительности в них участия и не принимают. Вообще там, где, как это имеет в особенности значение по отношению к высшим судам, дело идет не о фактическом положении дела, а о чисто правовых вопросах, — для юридического дилетантизма нет места, так как такие дела должно решать лицо, сведущее не в деле, а в праве.

II. Административно-судебные учреждения в отдельных государствах. В отдельности, организация административного суда немецких государств представляет некоторые различия.

1. Пруссия. В Пруссии требование введения административной юстиции стояло в связи с двумя другими, столь же важными требованиями, а именно: участия выборных народных представителей, простых граждан, в делах общего государственного управления и, во-вторых, организации самоуправления в высших союзах (окружных и провинциальных) по программе великой административной реформы, начавшейся уставом окружного управления (Kreisordnung) 13 декабря 1872 года. Этот устав и

является, таким образом, первым основным законом прусской "административной юстиции". Им создан был окружной комитет в составе председательствующего ландрата и шести избранных окружных сеймом жителей округа. На этот комитет, независимо от обязанностей его в качестве заведующего коммунальным управлением и многочисленных дел чисто государственного управления, был перенесен еще целый ряд административно-тяжебных дел, а вместе с тем и отправление административного правосудия в первой инстанции.

Второй инстанцией назначены служить временно незадолго перед тем (зак. 8 марта 1871 года) организованные депутации для решения споров о праве бедности в связи с вопросами о родине, получившие название "административных судов". Усовершенствование и дальнейшее распространение этих учреждений последовало путем закона 3 июля 1875 года, касающегося устройства административных судов и административно-судебного процесса. Отправление административного правосудия было поручено трем инстанциям: окружным комитетам в округах, областным административным судам в правительственных областях и высшему административному суду для всего государства. Затем закон урегулировал порядок процесса в этих правительственных учреждениях. Что же касается подсудности по роду дел, то для первой инстанции она была установлена особым законом (так наз. старый закон о подсудности (Zuständigkeitsgesetz) 1876 г.).

Отличительную черту этого устройства административного суда 1875 года составляет органическое отделение чистого управления от административной юстиции, не только в высшей, но уже и в средней инстанции, в которой коллегии областного совета (только для чисто административных дел) стоят рядом с коллегами областного административного суда (только для спорных административных дел). Но при осуществлении ее в жизни, эта конструкция оказалась сложной и не вызываемой практическими потребностями. Поэтому при окончательной организации административного управления законом 30 июля 1883 года[1] об общем местном управлении она была устранена; областной совет был соединен с областным административным судом в один "областной комитет". Таким образом и в областную инстанцию была проведена идея органического объединения, господ-

[1] Русский перевод этого закона см. в июньской книге Ж. М. Ю. за 1906 г. и в издании проф. Дерюжинского — "Административные суды в государствах Западной Европы" (СПб., 1906). *Прим. перев.*

ствующая в окружной инстанции (в окружном комитете), лишь с процессуальным разделением чистого управления от отправления административного правосудия. Затем происходит отмена прежнего закона о подсудности по роду дел, новое ее распределение между правительственными и правительственно-судебными учреждениями законом 1 августа 1883 года о подсудности (Z. G) в 1884—1889 годах административная юстиция вводится в западных и новых провинциях, а также и в Познани, где ее еще не существовало. В окончательной своей форме, в виде законов о местном управлении (L. V. G.) и подсудности (Z. G.) 1883 года, административная юстиция с 1890 года распространяется, таким образом, на всю государственную территорию, как единое право. Организационные постановления этого права, в их главных чертах, заключаются в следующем.

Административная юстиция осуществляется окружными комитетами (которые в городских округах заменяют, на известных основаниях, городские комитеты, а в более крупных, принадлежащих к округу, городах — магистраты), областными комитетами и высшим административным судом. Состав окружного комитета остался неизменно таким же, каким был по уставу окружного управления 1872 года (см. выше); областной комитет состоит из назначаемого правительством председателя, двух других должностных лиц, назначаемых пожизненно королем (из них один должен иметь право на замещение высших административных должностей, другой — должности судьи), и четырех членов, избираемых провинциальным комитетом на 6 лет из местных граждан. Высший административный суд состоит исключительно из профессиональных должностных лиц, причем его председатель, председатели сената и советники назначаются пожизненно королем, по представлению государственного министерства; одна половина членов должна иметь право на замещение высших административных должностей, другая — судебных. Все, вообще, члены высшего административного суда должны исполнять только обязанности, связанные с их должностью; занятие иных мест, в качестве побочной должности, не допускается. В настоящее время высший административный суд делится на восемь сенатов, а каждый из так назыв. “податных” (заведующих делами по налогам) сенатов делится еще на камеры, по меньшей мере, с тремя членами. Сенаты решают дела в заседаниях, состоящих всегда из пяти членов.

Окружные комитеты постановляют решение только в качестве первой инстанции, областные комитеты частью — в первой,

частью — в качестве апелляционных судов по отношению к окружным комитетам — во второй инстанции. Высший административный суд является обыкновенно ревизионной инстанцией, в противоположность областным комитетам, но иногда исполняет также и функции апелляционного суда по отношению к областным комитетам, когда они являются в качестве первых инстанций и, наконец, в некоторых случаях являются административным судом в первой и последней инстанциях.

2. Бавария. В Баварии низшими инстанциями административной юстиции являются низшие и средние органы государственного управления, следовательно, окружные (Distrikts) правительственные учреждения, а именно: окружные должностные лица и магистраты непосредственных городов, с одной стороны, и окружные правления — с другой. Особые организационные предписания для этих учреждений в качестве административных судов имеются только по отношению к городским магистратам, которые могут постановлять решения по административно-судебным делам лишь в особых сенатах, и по отношению к окружным правлениям, которые должны решать эти дела в особых сенатах, учреждаемых при окружных правлениях, камерах министерства внутренних дел и финансов и состоящих из трех членов, включая председателя.

Баварское законодательство не допускает участия граждан в отправлении административного правосудия даже в низших инстанциях. Высшую инстанцию административной юстиции в Баварии составляет административно-судебная палата. Она является для различных дел то третьей, то второй, то первой и единственной инстанцией. Президент этой палаты, директоры ее и магистраты назначаются пожизненно и с гарантиями, принадлежащими по общему праву судьям, из лиц, имеющих право на занятие судебных должностей. При административно-судебной палате существует должность прокурора. Вся эта организация вместе с определением подсудности и процессом установлены принципиально законом 8 августа 1878 года.

3. Виртемберг. Виртемберг предоставляет решение так назыв. спорных дел сторон в области публичного права в первой инстанции окружным правлениям, состоящим из трех членов, без участия граждан, как и в Баварии. Дела направляются затем в административно-судебную палату, которая в остальных делах является первой и обыкновенно единственной административно-судебной инстанцией. Из членов административно-судебной палаты два берутся из тайного совета, два из оберландсгерихта, а остальные назначаются на должность пожизненно.

4. Саксония. В Саксонии административная юстиция была введена впервые законом 19 июля 1900 года; в общем, она гораздо более подходит к баварским учреждениям но в особенности напоминает виртембергские. Подобно обоим южно-германским королевствам, Саксония также не признает участия граждан в административной юстиции. Административная юстиция в первой инстанции была передана не созданным в 1873 году выборным из граждан учреждениям, областным и окружным комитетам, но окружным правительственным властям, соответствующим баварским и виртембергским окружным правлениям. При отправлении административной юстиции эти обыкновенные средние органы общего государственного управления принимают, однако, чуждую им в другое время коллегиальную форму: они составляются из начальника округа и из двух состоящих при нем должностных лиц. В качестве высшей инстанции по отношению к окружным учреждениям и в случае так называемых протестов (Anfechtungsklage) в качестве суда первой и последней инстанции функционирует высший административный суд.

5. Баден. Если королевство Саксония было последним среди более крупных немецких государств, решившихся ввести у себя административную юстицию, то великое герцогство Баденское было первым в порядке введения этого учреждения. Здесь административная юстиция установлена законом 5 октября 1863 года (существенно изменен и улучшен законом 24 февраля 1880 года, касающимся устройства административно-судебной палаты, и законом 14 июня 1884 года, касающимся административной юстиции) об организации внутреннего управления. Административными судами служат областные советы и административно-судебная палата. Областной совет, имеющий председателем областное должностное лицо, состоит из "6—9 жителей данной области, отличающихся знаниями, способностью и сочувствием к общественным интересам", которые назначаются министерством внутренних дел, по представлению окружного собрания. Административная судебная палата составлена, так же как и в других государствах, только из должностных лиц.

6. Гессен. Учреждения административной юстиции великого герцогства Гессенского (законы 12 июня 1874 года, 11 января 1875 года), созданные по образцу прусских окружных и областных комитетов, состоят, точно так же, из окружных и провинциальных комитетов и из высшего административного суда.

7. *Ангальт, Саксен-Мейнинген, Саксен-Кобург-Гота и Ольденбург.* Кроме названных шести самых крупных, отдельных госу-

дарств, административные суды существуют еще и в Ангальте (закон 27 марта 1888 г.) в Брауншвейне (закон 5 марта 1895 г.), в Саксен-Мейнингене (закон 15 марта 1897 г.), в Липпе (закон 9 февраля 1898 г.), в Саксен-Кобург-Готе (закон 14 ноября 1899 г.) и в Ольденбурге (закон 9 мая 1906 г.). Мы здесь не можем входить в подробное рассмотрение законодательств этих мелких государств. В имперской земле Эльзас-Лотарингии продолжают действовать учреждения французского contentieux, конечно, в гораздо более отсталом виде, нежели в дальнейшем развитии их сущности и значения; здесь затем, вместо conseils de préfecture, установлены областные советы (состоящие из президента области и находящихся при нем высших должностных лиц), над которыми в качестве апелляционной инстанции стоит императорский совет.

В заключение остается бросить взгляд на *непосредственную административную юстицию Германской империи* (исключая учреждения имперских земель). Такая юстиция существует, но она возложена не на одну общую судебно-административную палату, но на несколько самостоятельных специальных ведомств, схожих, в существе, с административными судами отдельных государств. Представляя собой административные учреждения, эти ведомства стоят, однако, в области своей компетенции по решению спорных правовых вопросов независимо по отношению к высшему правителю имперской администрации, имперскому канцлеру. Благодаря своему коллегиальному составу и установленному для них порядку процесса, они предоставляют сторонам и гарантии судебных учреждений. Этими имперскими административными судами являются: союзный суд для решения вопросов, связанных с определением родины (компетентность для решения спорных дел между благотворительными обществами), имперский суд по делам страхования (дела по страхованию от несчастных случаев, старости и инвалидности), имперский суд для патентов (уничтожение патентов), императорское учреждение надзора за частным страхованием (апелляционная инстанция для дел по надзору над частными страховыми предприятиями), имперское железнодорожное ведомство с участием судьи (юридический контроль над распоряжениями имперского железнодорожного ведомства). Вопрос о соединении этих отдельных судов в одну центральную имперскую административно-судебную палату пока только едва поднят.

Выполнение и применение административных узаконений империи, напр., устава о промышленности, законов о печати,

свободе передвижения, страхования от болезней, вместе с разрешением возникающих при этом правовых споров, в настоящее время, при существующих ограничениях компетенции административных судов, лежат на обязанности отдельных государств, их административных учреждений и судов.

III. Компетенция административных судов. Относящиеся к компетенции административных судов дела называются *спорными административными делами*. Это понятие не обнимает всех административных дел (т.е. дел, разрешение которых по существу подлежит компетенции административных органов); оно не охватывает и всех случаев, в которых дело идет о споре с администрацией или о жалобах на нее. К спорным административным делам относятся не все спорные случаи, возникающие в области административной деятельности, но только те, которые специально обозначены в законе в качестве дел, допускающих применение административной юстиции. Закон делает некоторый выбор административных дел, которые должны быть решаемы административно-судебным путем (путем судебно-административного процесса) или которые при известных предположениях должны или могут быть переведены с чисто административного производства на судебно-административные.

Здесь, как и вообще в разграничении юстиции и администрации (административная юстиция составляет только часть ее), решает принципиально не *имперский,* а *местный закон*. Существуют, впрочем, следующие положения и ограничения по имперскому праву: 1) Споры фискального характера, следовательно, такие, где администрация выступает не в качестве органа государственной власти, но лишь как обладатель частноправовых претензий и обязательственных требований, не могут быть передаваемы административным судам; по немецким понятиям они не принадлежат к кругу административно-судебных споров; права и обязанности фиска устанавливаются здесь обыкновенными судами (Einf. — Ges. Z. P. O. § 4). 2) Уголовные дела не могут быть передаваемы административным судам, включая, конечно, дисциплинарного производства против должностных лиц. 3) Для целого ряда спорных случаев, относящихся к области публичного права, подсудность их административным судам тех государств, где они имеются (ни одно государство не принуждается их вводить у себя), обязательна в силу имперских законов. Сюда относятся лишение правоспособности союзов (B. G. B. § 43), оспаривание административного возражения против внесения союзов в регистр (там же § 62), разрешение так назыв.

конфликтов, возникающих при гражданском и уголовном процессах против должностных лиц (Einf.-Ges. Z. G. V. G. § 11), некоторые спорные вопросы из области страхования от болезней и т.д.

При установлении круга административно-судебных дел закон может действовать различно. Возможно произвести его посредством одной общей всеобъемлющей формулы, глясящей приблизительно следующее: решению административных судов подлежат все возбужденные перед ними споры публично-правового характера. Попытка внесения в закон такой общей формулы (ограничивающей, конечно, круг действия административной юстиции гораздо теснее, чем вышеприведенная) была сделана в Австрии (см. ниже). Но пока ни одно германское законодательство не сделало опыта обозначить всю компетенцию административных судов единой и исчерпывающей общей формулой. Там, где вообще принята система общих формул (Виртемберг, Саксония; в некоторых отношениях можно сюда причислить также и Пруссию с Баденом), она применяется *рядом* с системой точного *перечисления* судебно-административных дел (метод энумерации или таксации), но отнюдь не заменяет ее. В Германии, таким образом, одна часть подлежащих судебно-административному производству дел перечислена попредметно, а другая обозначена в общих выражениях в формуле. Так, в законах об административной юстиции в Виртемберге и Саксонии перечислен попредметно целый ряд судебно-административных дел, где в области публичного права выступают "стороны" (споры между общинами, общественными корпорациями и их членами или между собой, или между ними и частными лицами по поводу субъективных прав и обязанностей, вытекающих из публичного права), как подлежащих компетенции низших административных судов, но, кроме того, дается еще общий иск в судебно-административную палату или в высший административный суд ("Rechtsbeschwerde" виртембургского права и "Anfechtungsklage" саксонского) во всех тех случаях, где кто-нибудь утверждает, что его права нарушены незаконным распоряжением администрации (в Саксонии — управлением внутренних дел) или что на него возложена необязательная для него повинность. Это различие между "спорами сторон" и обжалованием актов государственных учреждений чуждо прусскому и баденскому законодательствам; в том и другом случае, независимо от того, идет ли речь о спорах между "сторонами" (частными лицами, общинами и т.д.) или о спорных вопросах между частными лицами и государством, административный иск дозволяется здесь только в тех случаях, которые пе-

речисляет закон. Поэтому положительная компетенция административных судов Пруссии и Бадена определяется в сущности по энумерованной методе; sedes materiae для Пруссии выражается преимущественно в вышеупомянутом уже законе 1 августа 1883 года о подсудности. Новелла этого года, служащая добавлением к действовавшему тогда законодательству об административном управлении, предусмотрительно перечисляет в 164 параграфах подлежащие ведению административной юстиции случаи. Означенный закон о подсудности имеет только преходящее значение, так как он терпит силу вместе с развитием административного законодательства по мере того, как каждый вновь издаваемый административный закон сам регулирует вопросы о подсудности затрагиваемых им случаев. Рядом с законом о подсудности и другими специальными законами, открывающими путь для судебно-административного процесса, в более чем сотне отдельных случаев существуют и теперь еще другие определения, которые практически имеют то же значение, как и широкая общая формула. Так, прежде всего, параграфами 127-м и следующими закона 30 июля 1883 г. о местном управлении допущен вообще судебно-административный иск против *полицейских распоряжений* (областных окружных и местных полицейских ведомств). Этот иск должен быть обоснован тем, что обжалуемое распоряжение нарушило права истца, благодаря неправильному применению или неприменению действующего закона (противозаконность), или тем, что не существовало налицо таких фактических предположений, которые давали бы полицейскому учреждению право к объявлению распоряжения (противоречие распоряжения фактическому положению дел). Законом 24 июня 1891 года о подоходном налоге и законом 14 июля 1893 года о дополнительном налоге была затем разрешена подача жалоб по поводу изданных администрацией правил о порядке взимания обоих важнейших из прямых государственных налогов, которые этими законами регулировались. Этим самым в Пруссии — а равным образом и в Бадене — были отданы под контроль административных судов два из имеющих выдающееся значение государственных верховных прав: власть полиции издавать распоряжения и право государства на обложение прямым налогом.

Чисто по энумерационному методу и точно так же без общей формулы, определяющей границы приложения административной юстиции, построены отделы баварских и гессенских законов, касающиеся пределов компетенции административной юстиции.

При общем определении предоставленного административным

судам круга ведомства было много споров о том, состоит ли задача административной юстиции в защите субъективного права или в обеспечении действия объективных норм. Каждое из высказанных в указанных направлениях мнений неправильно по своей односторонности, но затруднительно было определить задачи административной юстиции и путем примирения этих мнений. Во-первых, всякая организация правовой защиты, обеспечивающая охрану субъективных прав, пригодна вместе с тем, сама собой, и для обеспечения ненарушимости правового порядка, в котором имеют свое основание и субъективные права. Это справедливо и по отношению к административной юстиции. Задача ее состоит в охране субъективных прав против действий администрации. Но она охраняет вместе с тем административно-правовой порядок, как таковой. Нельзя поэтому согласиться с тем, будто бы вторая сторона этой двойной задачи в административной юстиции отступила перед первой на задний план. Во-вторых, нельзя отрицать и того, что во многих случаях административная юстиция служит только интересам объективного, а не субъективных прав. Так, напр., когда в Пруссии решения окружных и областных комитетов и провинциальных советов оспариваются председателями этих учреждений на основании превышения власти, предоставленной этим учреждениям, или нарушения законов при производстве дела, путем обжалования к высшему административному суду (L. V. G. § 126); когда должностные лица общины и представители ее членов возбуждают перед административным судом спор о том, правильно ли первые приостановили исполнение постановления последних по причине связанного с ним нарушения закона (Preuss. L. G. § 15); когда председатель административного суда низшей инстанции опротестовывает приговор этого суда в высшую инстанцию или требует пересмотра (что дозволяется во всех странах), чтобы воспрепятствовать в общественном интересе происшедшему вследствие этого приговора возникновению или продолжению объективно противозаконного состояния. Во всех этих случаях вмешательство административной юстиции содействует государственному интересу, “l’intéřet de la loi”, в соблюдении правового порядка как такового, но отнюдь не находящемуся в опасности субъективному праву. Наконец, бывают случаи — и эту сторону административной судебной власти выработало в особенности *прусское* законодательство — где вообще дело идет не о *правовой защите,* имеется ли в виду при этом субъективное или объективное право, но только о защите фактических интересов,

об обеспечении подданных не только против противозаконных действий, но также и против таких неправильностей в административной деятельности, которые формально не считаются противозаконными: когда административное усмотрение применяется без надлежащего к тому повода. Так, в Пруссии административный судья должен, напр., постановить решения, касающиеся признания необходимости и целесообразности требований, предъявляемых со стороны учебного ведомства к тем школам, которые сооружаются и содержатся общинами (L. G. § 57) относительно вопроса о том, должно ли быть разрешено проведение общественной дороги или отказано в нем из практических и строительно-технических оснований; он решает, имеется ли налицо потребность в выдаче концессии на продажу напитков; должно ли надлежащее присутственное место утвердить признанный недостаточным устав какого-нибудь общества или кассы для больных. Все это совсем или по большей части не правовые вопросы или же не непременно правовые. Положение, высказанное в баварском, виртембергском и баденском праве, согласно которому компетенция административных судов прекращается там, где начинается свободное усмотрение администрации, в важнейшем германском местном законодательстве — в прусском — не имеет вовсе силы или, по крайней мере, принципиального значения.

IV. Процесс по спорным судебно-административным делам. Процесс, выполняемый административными судами при решении спорных административных дел, — *административный процесс по спорным делам* — определяется местными законами, относящимися к административной юстиции, большей частью с достаточными подробностями. По своему строю и по многим деталям он является подобием гражданского. Это подобие, однако, далеко от того, чтобы быть простой и полной копией. Наоборот, то обстоятельство, что при административной юстиции дело идет не о частноправовых претензиях, предоставленных в распоряжение лиц, в них заинтересованных, но и о таких вопросах, которые должны быть разрешены согласно закону и общественному интересу независимо от усмотрения сторон, заставило законодателя в существенных пунктах отклониться от прообраза. Следует также принимать в соображение и материальное различие между относящимися к административным и гражданским судам правовыми отношениями, во всех тех случаях, когда хотят разрешить вопрос, насколько пробелы в процессуальных правилах административно-судебных законов могут быть

восполнены аналогическим применением имперского устава гражданского судопроизводства. Такая аналогия во всяком случае исключается, хотя и не в priori и не безусловно, там, где дело идет о постановлениях и определениях устава гражданского судопроизводства, которые обусловливаются и специфически определяются частноправовым, диспозитивным характером спорных отношений, подлежащих разрешению в гражданском процессе. На этом основании такие правовые институты, как соглашение согласительно подлежащего судебного места, прекращения спорного дела путем мировой сделки, отречения от права признания, договор об отсрочке и присяга споров, не годятся для аналогичного применения в административном процессе по спорным делам. Прямое применение административными судами устава гражданского судопроизводства, само собою разумеется, безусловно имеет место тогда, когда это специально предписывается законами, как, напр., относительно устранений и исключений из состава суда отдельных лиц (Preusz. V. G. § 61).

При каждом правовом споре и, следовательно, при каждом административном спорном деле предполагаются следующие *стороны* в материальном смысле этого слова: истец, который утверждает, и ответчик, который возражает. То, что в споре всегда участвуют двое, конечно, тривиальная истина. Иное дело — вопрос о том, выражается ли или должно ли выражаться это противопоставление двух сторон в процессе с формальной его стороны. Немецкие законы разрешают этот вопрос различно. В прусском, а также в баденском законодательстве проведено последовательно то положение, что в каждом административном процессе должны находиться истец и ответчик. В Пруссии к требованиям административно-судебного иска относится и то, чтобы в нем "была точно обозначена личность ответчика" (L. V. G. § 63); из этого положения отнюдь не исключаются те случаи, где иск направляется против распоряжения или постановления государственного учреждения; поэтому в актах судебного производства являются в роли "ответчиков" перед административным судом не только какое-нибудь общество для вспомоществования бедным, к которому другое же общество предъявляет иск о возврате издержек по вспомоществованию, или община, к которой ее члены вчинают иск о понижении коммунального налога, — в такой же роли выступают и правительственный представитель округа, ландрат, правительственный президент, против полицейских распоряжений которых частные лица ищут защиты у административных судов ("судебно-административное дело по просьбе

N. N. , истца, против королевского правительственного президента в X, ответчика, об отмене полицейского распоряжения...”). Таким образом, “спорными делами с участием сторон” в процессуальном смысле по прусскому праву считаются не только такие спорные дела, в которых выступают друг против друга два субъективно управомоченные лица (частные лица или корпорации), но также и те, где подданные являются стоящими в наступательном положении по отношению к какому-нибудь государственному административному ведомству. В противоположность этому, по действующему в Баварии, Виртемберге и Саксонии праву, “спорными делами с участием сторон” называются и считаются только административные процессы первой категории, между тем как там, где какое-нибудь государственное учреждение привлекается к суду за свои действия (в Виртемберге путем обжалования, а в Саксонии — опротестования), государство отказывается от положения процессуальной стороны и предоставляет защиту своих интересов суду. Впрочем, в каждом спорном административном деле и в каждой инстанции процесса для представительства государственных интересов может быть принята еще особая мера, в виде назначения от правительства (высшим государственным учреждением, министром соответствующего ведомства) комиссара, доводы и предложения которого должны быть выслушаны перед постановлением приговора. В Баварии для этой цели, как уже было упомянуто, учреждается при административной судебной палате государственная прокуратура. Третьи лица, интересы которых затрагиваются спорным процессом, могут быть “приглашены” судом с тем последствием, что решение будет иметь законную силу и для приглашенных. Приглашенное лицо — не сторона в процессе, но в некотором объеме пользуется правами стороны; в особенности ему принадлежит право подачи апелляции.

Из общеизвестных основных правил гражданского процесса в процессе по спорным административным делам имеет применение, прежде всего, положение nemo judex sine actore. Административные суды не начинают дел в силу обязанности службы, но всегда только в случае предъявления иска. Затем имеют силу положения об обязательном выслушивании обеих сторон, устности и публичности процесса; процесс по спорным административным делам есть состязательный процесс (поскольку обе роли сторон замещены) с устным публичным производством. Ограничения публичности схожи с соответствующими предписаниями уставов гражданского и уголовного судопроизводства; по

отношению же к применению начала устности отдельные законы об административных судах сильно друг от друга отклоняются. Признается везде безусловно и без всяких исключений необходимым устное производство для вынесения приговора; наоборот, везде предусматривается возможность, при выраженном прямо или молчаливом согласии сторон, постановления решения без устного производства. Сюда же относятся постановления, подобные таким, как следующие: что, при отказе сторон от производства или неявке их в назначенный для производства срок, дело должно быть решено на основании письменных актов и что, при ясном положении дела, процесс может быть решен ранее назначенного для производства срока и без его соблюдения, сейчас же по предъявлении иска, по усмотрению суда или его председателя, посредством "вызова к суду", причем стороны не лишаются права требовать устного производства (срав., напр., прусск. L. V. G. §§ 64, 67).

В спорном административном процессе не имеет силы то основное правило гражданского процесса, которое выражается юридическим афоризмом: quod non est in actis, non est in mundo. Основанием для решения административного суда служат не те данные, которые представили стороны, но фактическое положение дела, установленное судом самостоятельно и независимо от описания его и доказательств сторон. Не везде имеет силу и то положение, которое иногда считается вторым основанием начала состязательности в процессе: ne eat judex ultra petita partium. Напр., оно не имеет силы в баварском и в саксонском праве: здесь административный судья может присудить сторону к большему или иному, чем то, на что она претендовала. Точно так же не только не запрещается, но и прямо разрешается reformatio in pejus — изменение приговора, вынесенного в первой инстанции, в смысле, ухудшающем положение того, кто подал против него апелляцию. Совершенную противоположность этому представляют Пруссия и другие страны, по законам которых постановляемые административным судьей решения должны стоять в соответствии с претензиями сторон. Таким образом, в административном процессе господствует, хотя и не везде, рядом с состязательным, также и следственное или инструкционное начало.

В противоположном к гражданскому процессу, ходом процесса должен заведовать суд и его председатель, а не стороны (начало должностной обязанности). Это имеет силу не только в отношении приглашений на явку в суд, доставления повесток и

т.д., но в особенности при восприятии доказательств. Собрание доказательств совершается, по просьбе или поручению суда, каким-либо правительственным ведомством или учреждением и притом в том объеме, который признан необходимым судом. Доказательства — такие же, как и в гражданском процессе, за исключением присяги сторон. Результаты воспринятия доказательств суд оценивает по собственному свободному усмотрению.

Обыкновенными юридическими способами защиты сторон против неправильных решений административных судов в Пруссии являются апелляции, ревизия и обжалование. Апелляция и ревизия направляются против окончательного приговора первой и второй инстанций, обжалование против распоряжений, управляющих ходом процесса. Характер и отличия этих способов те же, как и в гражданском процессе. Другие государства не знают ревизии, а только апелляцию и обжалование. В качестве чрезвычайного юридического способа защиты повсюду разрешается возобновление процесса, аналогично с гражданским и уголовным процессами.

Исполнение административно-судебных решений совершается путем административного принудительного процесса (административное исполнение судебных решений).

Б. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ ВО ВНЕГЕРМАНСКИХ СТРАНАХ

1. Административная юстиция в Австрии. К немецкой организации административной юстиции ближе всего стоят соответствующие учреждения в Австрии. Это родство далеко, впрочем, не единственное из того, в чем австрийская монархия схожа с государствами Германской империи в области государственного устройства и управления, — не внешнее только и не случайное. Оно свидетельствует, наоборот, о глубоком согласии в политических устоях, в понимании права и государства, управления и административного права; оно основывается на продолжительной общности истории. В описанном выше развитии администрации и юстиции приняло большую долю участия также и монархическое, бюрократическое государство — Австрия. История австрийского государства и управления в этой области является в особенности частью общегерманской. Здесь так же, как в монархиях Германской империи, в продолжении 19-го столетия, совершаются события, которые вызывают у частных лиц сознание полной беззащитности против органов администрации; отсюда возникают те же самые требования, предъявляемые в смысле

устранения вызываемых этим неудобств, и, следовательно, потребность в тех же формах защиты, какие введены были в семидесятых годах прошедшего столетия, в одно и то же время, в Пруссии, Баварии и Виртемберге. Различие же в историческом движении проявляется в том, что в Австрии переход от абсолютизма к конституционализму совершился гораздо позднее, нежели в большинстве германских государств. Конституционный строй окончательно установился в Австрии только благодаря декабрьской конституции 1867 года, т.е. в то время, когда проблема административной юстиции была уже разрешена теоретически. Опыт Германии научил, что конституционное государство не может быть правовым государством без действительной правовой защиты в области управления. Гнейст и другие ученые указали и то, почему эту правовую защиту нельзя передать обыкновенным судам. Поэтому вполне понятно, что Австрия с этого времени приняла в свою конституционную программу введение административной юстиции. Обещание учреждения особого административно-судебного органа дано было в основном государственном законе 21 декабря 1867 года об организации судебной власти. Другой основной государственный закон той же даты — об имперском суде — учреждал под тем же названием высший трибунал, который, по своим строю и компетенции, представляет собой судебно-административное учреждение в смысле немецкого понимания. Учреждение административно-судебной палаты совершилось в силу закона 22 октября 1875 года.

Австрийская административная юстиция характеризуется прежде всего существованием рядом друг с другом двух судебных учреждений: судебно-административной палаты — судебно-административного учреждения в полном смысле этого слова и по названию и по предметам ведомства, и имперского суда, по кругу подлежащих ему дел в существе носящего тот же характер, хотя и в более ограниченном объеме. Оба суда решают всегда в первой и единственной инстанции, — в этом устройство австрийского административного суда существенно отступает от германского. Австрийская административная юстиция обходится без разделения на инстанции. Низших инстанций административной юстиции не существует ни в каком виде. Не существует также особого административного процесса в том даже его виде, что в некоторых административных учреждениях для некоторых целей и случаев предписывается особый порядок производства дел; деятельность административных учреждений не дифференцируется таким образом и в процессуальном отношении. Спорные дела

административного права представляются на решение администрации прежде всего простым административным путем, ходом по начальству. Первоначальный путь защиты заинтересованных лиц в административных делах — это испробовать и исчерпать способы административного обжалования. Только по рассмотрении дела в административном порядке по инстанциям дело это может перейти в судебно-административную палату. Австрийская судебно-административная палата, как и в аналогичных учреждениях в Германии, состоит исключительно из должностных лиц. Во всем, что касается отправления их обязанностей, председатель палаты, председатели советов и члены обставлены всеми гарантиями высшей судейской независимости. Сенаты постановляют решения всегда в заседании из пяти членов, включая председателя.

Судебно-административная палата постановляет решения во всех тех случаях, где кто-либо утверждает, что его права нарушены противозаконным постановлением или распоряжением административных органов. И в Австрии таким образом административному суду поручается вместе с защитой субъективного права в то же время и охрана права объективного. В отличие от большинства германских государств компетенция судебно-административной палаты определяется только что приведенной общей формулой, охватывающей весьма широкую область, так как под органом администрации подразумеваются не только органы чистого государственного управления, но также и самоуправление, в особенности общинное. Из компетенции административной судебной палаты исключаются только дела, обозначенные специально в законе. Среди последних, как во многих германских и других законодательствах, находятся и те дела, в которых и по отношению которых органы администрации уполномочены действовать по свободному усмотрению, — постановление, которое в этой формулировке изъемлет из-под контроля административно-судебной палаты многое, что не должно бы быть у нее изъято в интересах лиц, ищущих защиты. Благодаря ему судебно-административная палата не может расследовать, поскольку поводом к изданию полицейского распоряжения послужили предположения, не соответствующие истинному положению вещей. Поэтому, несмотря на весьма обширный круг компетенции административной судебной палаты, ее воздействие на администрацию в Австрии не так интенсивно, как в Германии. Это стоит в связи и с тем отмеченным уже фактом, что здесь нет низших административно-судебных инстанций. Австрийская адми-

нистративно-судебная палата не составляет вершины здания административных судов, которые в то же время являются и органами управления, но стоит по отношению ко всему управлению в положении изолированной кассационной инстанции. Эта инстанция имеет право отменить или утвердить представленное ей по исчерпании пути обжалования административное распоряжение, но никогда не изменить его. Она никогда не выносит решения по существу самого дела. Она может только установить, прав ли истец в своей жалобе или не права администрация, совершив данное действие, но никогда не может сказать, что́ должна делать администрация в отдельном случае или чем должен удовлетвориться истец. Германские же судебно-административные палаты, в их положении апелляционных и ревизионных инстанций, если дело достаточно выяснено, постановляют решение по существу, в противном же случае возвращают его обратно в низшую инстанцию, которая является вместе с тем и органом чистого управления, — с прибавлением соответствующих направляющих указаний. Одно авторитетное лицо (Унгер) выразилось, что австрийская административно-судебная палата стоит не в связи с управлением, а вне его. Она стояла бы, вероятно, выше управления, если бы входила в его состав.

Президент и вице-президент имперского суда (Reichsgericht) назначаются по усмотрению короля, а остальные члены (двенадцать и четыре кандидата к ним) наполовину — по представлению каждой из обеих палат рейхсрата, следовательно, под преобладающим парламентарным влиянием. Помимо своего постоянного круга дел, разрешение пререканий о подсудности, спорных дел между империей и мелкими государствами или государств между собой и т.д., имперский суд отправляет и административное правосудие, поскольку его решению предоставлены жалобы граждан на нарушение данных им конституцией политических прав. На основании верного широкого толкования понятия “политические права” компетенция имперского суда проникла в область ведения судебно-административной палаты гораздо глубже, чем это имел в виду закон.

2. Административная юстиция во Франции. Политическому мышлению французов с самых ранних времен была присуща склонность к созданию сильной и независимой административной власти. Оба эти качества французского управления достигаются организованной с редкой законченностью централизацией управления и, сверх того, предоставлением администрации несравненно более широкого круга действия, чем какой предо-

ставлен юстиции. Дарест в своем сочинении “La justice administrative en France (2-e ed., p. 202) совершенно справедливо говорит по этому поводу, что “en France, la part de l’administration est plus large que partout ailleurs”. Наконец, в третьих, французская администрация почерпает свою силу в свободе своих действий, т.е. в почти абсолютной независимости от юстиции. Администрация не только живет по своему собственному административному праву — нигде, снова, нет более резко проведенного догматически принципиального различия между административным и гражданским правом, нежели во Франции, — но она также и судья в своих собственных делах. Возможность обращаться к обыкновенному судье в спорных случаях, в которых заинтересована администрация, во Франции всегда, и при старой монархии, и в эпоху революции, и при империи, была ограничена гораздо более, чем где бы то ни было. В этом повидимому неблагоприятном ни для юстиции, ни для индивидуализма смысле понимался всегда во Франции и принцип разделения властей. Великий творец этого принципа, Монтескье, в очерке своего будущего конституционного государства не требует для судебной власти ничего, кроме рассмотрения гражданских и уголовных дел. Судебную деятельность, имеющую целью разрешение спорных вопросов в области административного права, он считал функцией исполнительной, а не судебной власти. Законодательство 1790 и 1795 годов восприняло идеи Монтескье и вывело из них следствие, которое было особенно подчеркнуто, — то, чтобы судьям было запрещено под страхом наказания какое бы то ни было вмешательство в деятельность административных органов, привлечение к ответственности административных должностных лиц за их служебные действия и вообще рассмотрение административных актов (de connaître des actes d’administration), даже и тогда, когда вопрос о законности актов входит случайно в гражданский или уголовный процесс. Французское право с тех пор неизменно держалось этих воззрений относительно границ между юстицией и администрацией. Если теперь, далее, принять в соображение то, что область господства административного права по французским понятиям гораздо шире, нежели по германским, что первым вообще чуждо столь обычное для нас представление государства, как фиска, подчиненного действию частного права, что поэтому во Франции не только та администрация, которая приказывает и принуждает, но также и та, которая владеет, приобретает, заключает договоры, как, напр., правительственные учреждения, от-

чуждающие общественную собственность, организующие общественные работы, сдающие поставки и подряды на общественные постройки, во всех этих операциях, — акты, являющиеся для нас чисто частноправовыми, — совершенно удалена от подсудности юстиции, — то мы получим картину не столько отделения, сколько резкого *обособления* юстиции от всего управления и от всего административного права, благодаря чему из круга ведения юстиции изъемлется еще большая область, по германским воззрениям относящаяся к частному праву.

По окончании революционной эпохи Наполеоном во Франции была введена административная юстиция (le contentieux administrative, la justice administrative) главным образом в интересах расследования спорных дел, которые в Германии назвали бы частноправовыми фискальными делами и которые здесь всегда составляли предмет ведения обыкновенных судов, но эта юстиция обыкновенных судов имела своей задачей отнюдь не защиту частных лиц против распоряжений и принудительных воздействий администрации. Это совершилось вместе с введением новой административной организации путем известного закона, изданного 28-го плювиоза VIII (17 февраля 1800) года, который, продолжая сохранять и до настоящего времени неизменными все существенные пункты своего содержания, является основанием современной французской организации как чистого административного управления, так и административной юстиции.

Великой идеей этого закона является отделение чистой, ведающей непосредственно управление, администрации (administration pure) от администрации, рассматривающей спорные вопросы этого управления (administration contentieux), что достигается путем передачи обеих функций особым органам. Управление поручается отдельным должностным лицам (министрам, префектам, супрефектам, мэрам), стоящим между собою в строго и систематически проведенной иерархической связи. Решение же спорных вопросов — коллегиям, которые, однако, не выделяются из административного организма, но, наоборот, занимают определенное место среди него, как неотъемлемая составная его часть. Таким образом, с самого начала своего существования административная юстиция во Франции сделалась тем, что она представляет собой в настоящее время в Германии: системой контрольных органов над администрацией посредством не чуждой, но имманентной ее власти, с помощью особых, административных органов, сформированных по судебному образцу и решающих дела по определенным правилам процесса.

Главными органами французской административной юстиции, обыкновенными административными судами в этом смысле (известные специальные учреждения с административно судебными атрибутами мы оставляем здесь без рассмотрения), начиная с 1800 года и до настоящего времени, являются советы префектуры (conseils de prefecture), решающие всегда дела только в первой инстанции, и государственный совет (le Conseil d'Etat), имеющий обыкновенно значение последней инстанции, но иногда выступающий в качестве второй и последней, а иногда и первой и последней инстанции. Обе инстанции имеют коллегиальную организацию. Производство дел совершается в форме особого процесса, построенного в основе на инструкционном принципе, но в остальном сходного с упрощенным гражданским процессом. Приговор постановляется после устного и публичного производства и по выслушании представителя государственного интереса (ministère public). В обеих стадиях процесса проявляется тесная и близкая связь административной юстиции с чистой администрацией. В низшей она выражается в том, что начальник департамента, префект, есть в силу закона председатель совета префектуры (хотя и не обязанный вести заседание), а также и в том, что совет префектуры, в виде коллегии, является учреждением, обсуждающим и решающим дела, а отдельные его члены (conseillers de prefecture), как представители и помощники префекта, имеют много обязанностей по administration pure des departaments. В центральной инстанции связь выражается в том, что le Conseil d'Etat, как видно по самому названию, есть не только высший административный суд, но, прежде всего, *государственный совет*, т.е. высшее учреждение, дающее советы главе государства и правительству, с широкой совещательной, но фактически весьма влиятельной компетенцией во всех областях государственного управления и законодательства. Эта органическая связь администрации с административной юстицией даже на самой высоте последней указывает на значительное уклонение французских учреждений от германских.

Подобно некоторым германским государствам участие в отправлении административной юстиции выборных граждан в качестве лиц, занимающих в ней почетные должности, во Франции совершенно исключено. Члены советов префектуры, а также и государственного совета, являются должностными лицами на жалованье, причем они совсем лишены каких-либо законных гарантий своей судейской независимости. Les conseillers de préfecture назначаются министром и могут быть им во всякое вре-

мя “отозваны”, т.е. смещены; членов государственного совета назначает, по выслушании совета министров, президент республики временно, на 9 лет. Хотя установился обычай назначать вновь прослуживших свой срок членов государственного совета на их старые должности и хотя в продолжении этого периода правительство не пользуется обыкновенно своим дискреционным правом на их смещение, но это все-таки не независимость, гарантированная законом, а только установившаяся фактически. Административная юстиция во Франции и по всему своему строю, и по своей организации есть поэтому гораздо более администрация и гораздо менее юстиция, чем в Германии.

Состав и компетенция советов префектур, а также и применяемый в них процесс были вновь упорядочены законами 21 июня 1865 года и 22 июля 1889 года. Они состоят, кроме председательствующего префекта — только в Департаменте Сены эту должность занимает вместо него особый председатель — из 3 или 4, а в названном департаменте из 7 членов. Дела, входящие в круг их компетенции, исчислены подробно в многочисленных законах. Эта компетенция обнимает, прежде всего, ту обширную область фискальных спорных дел, которые, по нашим воззрениям, следует вести путем обыкновенного гражданского процесса, как, напр., процессы о границах общественной собственности, о претензиях к государству по поводу разнообразнейшего рода договоров о покупке, мене и найме, об общественных работах и предприятиях. Затем главным образом она простирается еще на область прямых налогов и на спорные дела о законности выборов в общинах и других самоуправляющихся корпорациях, но совсем не простирается на такие дела, как, напр., правовой контроль над полицейскими приказами и распоряжениями. Против окончательных приговоров советов префектуры допускается апелляция к государственному совету.

Государственный совет был преобразован законом 24 мая 1872 года; постановления этого закона затем были изменены многими позднейшими новеллами. В пределах своей компетенции он решает спорные административные дела (“les recours contentieux”) в двоякого рода собраниях, более тесном и более обширном, — в так называемой “la section du contentieux” и в “l’assemblée du Conseil d’Etat, statuant au contentieux”. La section du contentieux — один из пяти отделов, sections, на которые распадается государственный совет. Один из этих отделов ведает только спорные административные дела, другие четыре заняты чисто административными вопросами и законодательными рабо-

тами. Более обширное собрание (восемь членов, включая председателя) есть la section du contentieux, усиленная привлечением по два члена из каждого из других четырех отделов. Председательство в "la section du contentieux" принадлежит, как и в l'assemblée, statuant au contentieux", обыкновенно вице-президенту государственного совета, а не министру юстиции, который является по закону первоприсутствующим в государственном совете. Все поступающие в государственный совет спорные дела рассматриваются в la section du contentieux и подготовляются здесь к обсуждению, после которого l'assemblée постановляет решение.

Только в некоторых менее важных делах la section du contentieux постановляет решения самостоятельно. Прежде для вступления в законную силу всех решений Conseil d'Etat требовал утверждающие подписи главы государства, следовательно, они были с юридической точки зрения не решениями в собственном смысле этого слова, а только проектами решений. Но законом 24 мая 1872 года это требование было отменено, и только с тех пор государственный совет стал, по выражениям французов, une cour souveraine, exercant une juridiction propre, — судебным учреждением, дающим не советы (avis), а выносящим решения (arrêts).

Как уже упомянуто, государственный совет выносит, прежде всего, решения, касающиеся апелляций, подаваемых против решений советов префектуры. Затем он решает, в качестве первой и единственной административно-судебной инстанции, "sur les demandes d'annulations pour excés de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives", следовательно, относительно кассационных жалоб, возбуждаемых против актов административных ведомств из-за превышения власти. Эта широкая компетенция государственного совета сделала возможным общий правовой контроль его над всей администрацией. До 1872 года это право контроля опиралось гораздо более на молчаливо признанный законодателем судебный обычай, на собственное понимание со стороны Conseil d'Etat своих прав, нежели на формальное законное основание. Последнее создалось только благодаря несколько раз уже упомянутому закону 24 мая 1872 года, из которого и взято приведенное выше положение. Путем la demande d'annulation могут быть привлечены на рассмотрение государственного совета для признания их ничтожности на основании "excès de pouvoir" распоряжения и решения *всех* органов государственного управления, не исключая и министров, а также и органов самоуправления. Это понятие установлено обширной правовой

практикой государственного совета. Согласно этому пониманию, “excès de pouvoir” означает, во-первых, всякое превышение пределов власти и, во-вторых, пренебрежение со стороны органов управления предписанными для их действий формами. В-третьих, признается недействительным всякий административный акт, в котором допущено неприменение или неправильное применение законов, и, наконец, в-четвертых, государственный совет обыкновенно сам кассирует административные акты и тогда, когда они стоят в противоречии не только с буквой закона, но и намерениями законодателя, так как в этом случае органы власти воспользовались административными полномочиями с такими целями, каким они служить не должны по воле даровавшего эти полномочия их закона (“détournement du pouvoir”).

3. Административная юстиция в Англии. Сущность административного управления и его формы в этом островном государстве были всегда совершенно иные, чем на континенте. И в настоящее время, и в особенности в теперешнем своем виде, они совершенно несоизмеримы с континентальными административными учреждениями. Это относится и к тем учреждениям, задача которых состоит в том, чтобы гарантировать граждан, что при осуществлении правомочий общественной власти все совершается правильным образом.

Идея правового государства была воспринята в Англии раньше и решительнее, чем где-либо, и гарантии для ее осуществления в жизни изыскивались и находились путями, далеко отклоняющимися от типично-континентальных. Административные суды и административная юстиция в немецком или французском смысле неизвестны в Англии.

У нас уже несколько столетий господствует представление о противоположности между частным и публичным правом. Решение государственных учреждений связывается у нас с этим представлением, из которого делают тот вывод, что осуществление и охрана публичного права (кроме отправления уголовной юстиции) должно быть делом не судей, а государственного управления. В Англии же и в истории, и в настоящее время исходят из идеи единства права и правосудия. Перешедшее к нам от римлян понимание, что вся юстиция есть принципиально jurisdictio inter privatos, никогда не признавалось в Англии; там поэтому мы не встречаем подобных немецких принципиальных рассуждений относительно возможности распространения компетенции обыкновенных судов на разрешение спорных правовых вопросов, где заинтересованными сторонами являются, с одной

стороны, государство, с другой — частные лица. Издание полицейского приказа и взыскание налога по английским воззрениям факты общего права, точно так же, как приобретение собственности, наследование, нарушение владения и договора. Разрешение юридических вопросов, связанных с теми и другими, одинаково принадлежит обыкновенному судье. В Англии не было никогда администрации с собственным судопроизводством для всех касающихся ее и интересующих ее вопросов; не допускалось также никогда разрешения спорных вопросов публичного права административным путем. Отсюда понятно, что в Англии не существует оснований, а следовательно, и потребности в назревшей на континенте реформе административной юстиции в направлении сближения ее форм с формами обыкновенного суда и процесса.

В Англии не существовало также никогда тех политических условий, которые создавали у нас потребность в постановке проблемы административной юстиции, а затем введении в жизнь этого института. Наша административная юстиция, как было показано выше, является противовесом тому избытку власти, которой обладает континентальная администрация (с ее административной иерархией и министерским управлением) в государстве. Англия же не нуждается в таком уравновешивающем факторе, так как указанного избытка власти у ее администрации не существует, и бояться его нет никаких оснований. Там и в разделении властей никогда не заходили так далеко, как в Германии или даже во Франции.

Поскольку администрация самостоятельна, и ее функции не предоставлены законодателю (т.е. парламенту) или не переданы судье, она, в качестве органа внутреннего и финансового управления, является собственно не “начальством”, а стороной, которая стоит на равной ноге не с судьей, а с частным лицом.

Управление в Англии ведется и осуществляется на практике в объеме, о котором на континенте невозможно составить себе приблизительно правильного представления (сравн. объяснительное изложение у Redlich’a Eng. Lokalverwaltung, стр. 682 и след.), самим законодателем, следовательно, в сущности посредством парламентских постановлений, путем Private Bill Legislation. В этой области, разумеется, совсем нет места для чего-либо похожего на административную юстицию.

На низших же и средних ступенях государственной организации существовало до последнего времени, а именно: в городах до городского устава 1835 года, а в графствах — до Local

Government Act 1888 года полное единство юстиции и администрации, причем организация учреждений и порядок производства дел в них определялись не по административному, а по судебному образцу. Носителем этого единства был институт *мировых судей*. В отличие от всех встречающихся на континенте типов этого института, мировые судьи в Англии, назначаемые на эту должность, считавшуюся почетной, короной из знатнейших землевладельцев местности, заведовали, в качестве правительственных властей, начиная с позднейших средних веков до конца 19-го столетия, всем английским Local Government, без различения функций юстиции и администрации. Юстиция мировых судей была и есть, — в этом ничто не изменено в компетенции мировых судей, — по преимуществу гораздо более уголовная, нежели гражданская. Последняя раньше почти всецело концентрировалась около высших королевских судов, и теперь еще, в сущности, находится в их руках. Создание в графствах, начиная с 1846 г., судов для мелких и средних гражданских дел, country courts, ничуть не затронуло подсудности мировых судей. Административная компетенция мировых судей, согласно со средневековыми пределами административной деятельности, в течение целых столетий ограничивалась, в сущности, только охранением мира, следовательно, только полицейскими функциями. Только позднее, в силу особых законов, в число обязанностей лиц, занимающих эти должности, присоединилась и административная деятельность другого рода, а именно попечение о благосостоянии и финансах. В графствах на обязанность мировых судей было в особенности возложено управление имуществами графства, распределение налогов, управление ими и обращение их к их назначению. Таким образом, мы встречаемся в Англии с судьями, охраняющими мир, которым сверх того поручаются еще и особые административные дела не полицейского характера. Перед нами государственное управление, совершаемое вместе с юстицией обыкновенными судьями государства, осуществляемое посредством судейских приказов, запретов, наложения обязанностей, решений, в процессуальных формах, с которыми, по самому существу судебного строя, связывается и путь правовой защиты в высших государственных судах, — учреждения, которые основаны на начале единства юстиции и администрации, соединении в одной должности дел текущего управления и разрешения спорных юридических вопросов, возникающих при этом управлении. Мы здесь не можем обсуждать деталей этой организации. Мировые судьи функционируют или

каждый отдельно, или коллегиально по два члена, либо в целом своем составе; полные коллегии периодически собираются в “sections”, причем различаются special sessions (для каждой division) и quarter sessions, заседания в каждую четверть года всех мировых судей графства. Quarter sessions обсуждают и решают частью в первой инстанции, частью во второй, дела по апелляциям, принесенным на решения отдельных судей и special session. Мы сделали бы ошибку и сказали бы слишком мало, если бы стали говорить при определении характера этой системы о правовом контроле юстиции над администрацией. Обычный путь правовой защиты служит здесь не для контроля над администрацией, но для ведения самих административных дел; мировой судья стоит не вне и не выше администрации, но он сам администрация.

Мировой судья и теперь еще является администратором, несмотря на то, что многое из его административной компетенции было изъято новым и новейшим законодательством и передано избранным представителям плательщиков налога, новообразованным городским советам и советам графств, town councils и country councils (у отдельных мировых судей этих изъятий сделано, впрочем, меньше, чем у сессий, в особенности у quarter sessions). Лежащее в основании этой реформы начало отделения юстиции от администрации неполно и непоследовательно. Местный административный закон 1888 года предписывает, правда, чтобы “administrative business” графства передана была отныне от quarter sessions мировых судей country councils, но надо при этом принять во внимание, что эта “административная деятельность” далеко не имеет того значения, как “администрация” в немецком или французском смысле. Речь идет здесь главным образом о хозяйственном управлении, управлении имуществом и учреждениями графств, далее о заведовании налогами, и притом только об отдельных отраслях внутреннего управления (напр., надзор за коммунами, концессии), а не о всех. Полицейское управление не было перенесено на эту новейшую систему ведомств, составленных исключительно из элементов по избранию населения; мировые судьи, кроме того, удержали за собой множество чисто административных дел; напр., дела дорожные, о призрении о бедных, промышленно-полицейские дела (распределение концессий на продажу питей, учреждение частных лечебниц), дела по сбору налогов и т.д.

В настоящее время старая административная система стоит пока рядом с новой; они координированы друг с другом и прин-

ципиально друг от друга независимы. Ведомство мировых судей по преимуществу судебное, а советов графств и городов по преимуществу административное, но между судьями и администрацией сделано так же мало глубокого, принципиального различия, как между отправлением текущего управления и решением спорных вопросов, при нем возникающих. В состав административной компетенции и новых учреждений включено также и право на разрешение правовых вопросов в спорных случаях управления. Таким образом, следует сказать, что quarter sessions еще и теперь представляют собой уголовный суд, местное полицейское учреждение и административный суд в континентальном смысле, но что также и county councils отправляют вместе и чисто административную, и административно-судебную деятельность.

От мировых судей путь правовой защиты идет, и притом без различия между делами юстиции и административными, к высшим королевским судам, в особенности к тому сенату высшего королевского суда (His Majesty's High Court of Justice), который носит название King's Bench Division. Нет ничего удивительного в самом факте такого пути правовой защиты, так как ведомства мировых судей, несмотря на свою широкую административную компетенцию, все-таки формально только *суды*, низшие суды; поэтому здесь речь идет не о контроле юстиции над администрацией, но о контроле высших судов над низшими. Контролю высшего королевского суда, контролю, касающемуся всегда только вопросов права, а не целесообразности, подчинены также и новейшие ведомства, городские советы и советы графств. Здесь можно уже говорить о подчинении администрации юстиции. Для осуществления этого правового контроля выработаны особые юридические средства, имеющие своей целью, по постановлению высшего суда, изъять дело от рассмотрения в низшей инстанции (посредством writ of certiorari) или (посредством writ of mandamus) указать заинтересованной стороне соответствующую ее делу низшую инстанцию.

Административными реформами последнего десятилетия созданы новые центральные ведомства, и среди них в особенности Local Government Board, в некотором отношении подобное континентальным министерствам внутренних дел, но эти ведомства не имеют свойств административных судов. Они, во всяком случае, высшие инстанции современной системы администрации, но совсем не имеют кассационных функций, являясь лишь наблюдательными органами. Это, в сущности, учрежде-

ния центральной инспекции без исполнительной власти. Они наблюдают над подчиненными им присутственными местами, руководят их деятельностью, помогают советами, поддерживают их; они могут разрешать и запрещать государственные добавочные сборы, но не могут ничего приказывать, ни исполнять.

4. Административная юстиция в Италии. Италия имеет два "административных закона": legge sul contenzioso amministrativo 20 марта 1865 года и legge sul'ordinamento della giustizia amministrativa 1 мая 1890 года. Первый закон упраздняет существовавшие до его издания учреждения административной юстиции, скопированные с французских (советы префектур и государственный совет), а второй восстанавливает ее в новых формах и с своеобразной компетенцией. Закон 20 марта 1865 года передает всю правовую защиту в административных делах обыкновенным судьям, которым принадлежит компетенция в обыкновенном инстанционном порядке, во всех делах, где представляется спорным вопрос о наличности нарушения гражданского или публичного субъективного права, независимо от того, заинтересована ли и насколько заинтересована администрация в том или ином разрешении спорного вопроса, и совершено ли нарушение субъективного права частного лица или права государственного органа. Мы видим, таким образом, что то учение, которое мы выше охарактеризовали боевым словом "государство юстиции" и которое смотрит на всю административную юстицию, как на неправильное вторжение в область обыкновенных судов, как на несправедливую специальную административную привилегию, — в Италии одержало победу в то самое время, когда Гнейст нанес ему в Германии решительное поражение. И эта победа оказалась настолько прочной, что закон 1865 года, не будучи позднее отменен, составляет и в настоящее время действующее право. Итальянская администрация поэтому должна, без предоставления ей привилегированного судебного положения в высшем суде (как в Англии), подвергаться правовой ответственности перед обыкновенными судами во всех тех случаях, где ее действия по показаниям в forum'е стороны являются противозаконными посягательствами на гражданские права, напр., на право собственности. Эта победа позднее стала еще более полной благодаря закону 31 марта 1877 года, который перенес разрешение пререканий о компетенции между судами и правительственными учреждениями с высших административных учреждений на высшие судебные учреждения, с государственного совета на кассационный суд (римский). С этого времени юстиция сделалась суверенной в вопросах соб-

ственной компетенции по отношению ко всем спорным случаям административного права, и между прочим относительно преюдициального вопроса о допустимости в том или ином случае обыкновенного пути судебной защиты.

Новейшее законодательство, завершенное упомянутым выше законом 1 мая 1890 года, точно так же не вносит собою какого-либо нового ограничения в отношении допустимости в столь широкой мере обыкновенного пути судебной защиты. Сохраняя, наоборот, в полной мере существующую компетенцию юстиции, в том ее виде, в каком ее установил закон 1865 года, оно создает рядом с нею и независимо от нее новую организацию охраны права в пределах самого управления, которая является вторым регулятором администрации и нисколько не сталкивается с компетенцией юстиции. Эта новая организация делится на две ступени. Низшую инстанцию составляет Giunta provinciale amministrativa, одна для каждой провинции; Giunta состоит из префекта провинции, двух назначаемых министром внутренних дел советников префектуры, следовательно, административных должностных лиц, и четырех граждан, избираемых провинциальным советом. Это почти такой же состав, как и в прусских областных комитетах, с которыми Giunta имеет и то сходство, что она является одновременно и административным ведомством, и административным судом. Высшую инстанцию составляет основанное законом 31 марта 1889 года четвертое отделение государственного совета (Quarta sezione del Consiglio di Stato). Последнее, состоящее подобно другим (совещательным) отделениям государственного совета, из президента и восьми членов (все назначаются пожизненно королем и с гарантиями судейской независимости), разрешает дела, с одной стороны, в качестве апелляционной инстанции по отношению к Giunta, а с другой — в первой и единственной инстанции. Дела, подлежащие компетенции Giunta, перечислены законами, а подлежащие компетенции секции государственного совета перечислены и определены в общей формуле.

В этой компетенции дело идет сплошь о спорных делах, относительно которых обыкновенный путь правовой защиты исключается, все равно основывается ли это исключение на отдельных предписаниях положительного права или на принципе закона 1865 года, т.е. на том, что в данном случае не затрагивается ни гражданское, ни публичное субъективное право или, вообще, никакое право, а только *интерес* стороны, потерпевшей вред благодаря административному действию. Таким образом, допуще-

ние апелляции в IV секции государственного совета простирается в особенности на все случаи, где административная власть выходит из пределов своей компетенции, на случаи превышения власти, нарушения закона; затем на те случаи, где сторона докажет нарушение своих интересов административными действиями. Защита интересов и составляет главнейшую задачу этой современной итальянской giustizia amministrativa, рядом с защитой административного порядка, как такового.

В. ПРЕРЕКАНИЯ О КОМПЕТЕНЦИ

I. Понятие пререканий о компетенции. Пререканиями о компетенции (франц. conflicts d'attributions) называются споры юстиции с администрацией о подведомственности тех или других дел. К администрации в смысле этого противоположения причисляется также и административная юстиция: споры о компетенции между обыкновенными судами и административными также считаются пререканиями о компетенции и рассматриваются, как такие.

Следует различать положительные и отрицательные пререкания о компетенции. Случай положительного пререкания бывает тогда, когда каждая из сторон претендует на то, что данное дело подлежит ее компетенции; об отрицательном же пререкании речь идет тогда, когда и юстиция, и администрация отрицают свою компетентность в разрешении данного дела.

С пререканиями о компетенции не следует смешивать те пререкания, которые происходят в самой юстиции или администрации, следовательно, не между судами и административными органами, но споры судов административных органов между собою. Эти пререкания о *подсудности* (франц. conflits de juridiction) решает стоящий непосредственно над спорящими местами суд или административный орган (относительно случая пререканий судов срав. уст. гражд. проц. § 37, уст. угол. проц. § 14).

Споры о компетенции только тогда и возможны, когда юстиция и администрация разделены органически. Но и при проведенном в жизнь разделении властей законодательство по отношению к целому ряду возможных и, судя по опыту, нередких случаев сомнительности компетенции может встать на ту точку зрения, что такие сомнительные вопросы должны также решаться всегда обыкновенными судами, в обыкновенном процессе и с соблюдением обычного инстанционного порядка. В таком случае не существует особого судьи для решения вопросов о компетенции между юстицией и администрацией. *Обыкновенный* судья,

следовательно суд с обычным порядком процесса, должен установить и доказать свою компетенцию по обязанности; он должен также соответственно признать ее существование или несуществование в спорном случае, безразлично, будет ли этот спор, возбужден стороной, занимающей в процессе роль ответчика, путем возражения против недопустимости правовой защиты, или административным учреждением. Ясно, что в описанной выше системе не существует пререканий о компетенции в специфическом смысле: конфликт обсуждается и устраняется не иначе, как всякое пререкание относительно наличности процессуальных предположений. Эта система действует в Англии, институт пререканий о компетенции там неизвестен ни по имени, ни по существу. Но ему замечательным образом соответствует также и германское имперское право, в котором закон 27 января 1877 года о судоустройстве, § 17, ставит принцип: решение вопроса относительно допустимости правовой защиты в отдельных случаях принадлежит судам. Однако это положение действует только как вспомогательное, вопреки правильному отношению имперского права к местному праву; оно может быть вытеснено другого рода нормами, местного права, о которых мы сейчас будем говорить. Такое вытеснение и произошло действительно в большой части Германии.

О существовании пререканий о компетенции, как специально созданного правового института, можно говорить только там, где эти пререкания могут или должны быть изъяты из ведения суда, в который поступило дело, и отданы на решение другой, особой инстанции.

II. Различные системы разрешения пререканий о компетенции. Относительно выбора состава этой особой инстанции существуют весьма различные системы.

Редко (только в некоторых швейцарских кантонах) допускается передача роли судьи при пререканиях между судебной и исполнительной властью третьей власти: *законодательной власти* и ее носителям.

В историческом развитии встречается другой способ: разрешение пререканий о компетенции *главою государства*, следовательно, в монархиях монархами, безразлично с обязательным обсуждением спорного случая государственным советом или советом министров, или заинтересованным министром надлежащего ведомства, или без него. Так было во французском праве в 1800—1848 и 1852—1872 годах (решал глава государства на основании мнения государственного совета), в Пруссии в 1828—1847

годах (королевское решение по докладу государственного министерства), в Баварии с 1850 года, в Виртемберге в 1819—1879 годах (королевское решение по выслушании государственного или тайного совета). От этой системы в сущности не отличается практически и та, которая дает высшему совещательному административному органу, государственному совету не только обсуждающий, но и решающий голос, как, напр., в итальянском праве 1865—1877 годов (разрешение пререканий о компетенции государственным советом).

Компетенционная судебная власть главы государства или государственного совета, в сущности, означает не что иное, как разрешение пререканий о компетенции одной из участвующих в споре сторон — администрацией. Некоторые законодательства, наоборот, передают решение другой стороне, юстиции, но, конечно, не суду в обычном процессуальном порядке, а высшей судебной инстанции. Это имеет место в Италии на основании закона 31 марта 1877 года (кассационный суд в Риме), в Бельгии — на основании конституции 1831 года, ст. 106 (кассационный суд). Эта система может быть проведена в жизнь также и в германских отдельных государствах, так как закон о введении в действие германского учр. суд. уст. § 17 постановляет, что разрешение вопросов о компетенции может быть предоставлено *имперским судам* императорским указом, по предложению отдельного государства и с согласия союзного совета (осуществилось в Бремене посредством имперского указа 26 сентября 1879 года).

Наконец, пришли к той мысли, чтобы поручить разрешение пререканий о компетенции особым ведомствам, которые пользуются судейской независимостью, но составленным не только из судей, но вместе и из административных должностных лиц. Благодаря такому составу получается гарантия в том, что при разрешении пререкания с обеих сторон будут участвовать люди, обладающие в данной области и специальными знаниями, и служебным опытом, и что при этом не может быть поэтому ни односторонности, ни стремлений к узурпации ни с той, ни с другой стороны, и что вообще будет отсутствовать всякого вида ведомственное пристрастие.

Эта система, система особых судов для разрешения пререканий о компетенции, действует в Пруссии со времени учреждения законом 6 апреля 1847 года такого рода суда в Баварии со времени издания закона 28 мая 1850 года. Франция приняла ее временно в 1848—1852 годах и окончательно законом о государственном совете 24 мая 1872 года. Она может быть далее прове-

дена в отдельных германских государствах местным законодательством, под условием соблюдения постановлений § 17 абз. 2 имперского учреждения судебных установлений, которые, в общем, требуют следующего. Суды для разрешения вопросов о компетенции пользуются судейской независимостью; по своему составу они должны состоять, по меньшей мере наполовину, из высших должностных лиц судебного ведомства; они решают в публичном заседании, по меньшей мере с 5 членами, по приглашении в заседание сторон; их решения могут быть обжалованы лишь до тех пор, пока судебное решение о допустимости или недопустимости судебной защиты не вошло в законную силу. Согласно этим предписаниям существующие в Германии суды для разрешения пререканий о компетенции были преобразованы или вновь учреждены, как это имело место в Пруссии, Баварии, Саксонии, Виртемберге, Бадене и других местах. В Гессене разрешение вопросов о компетенции предоставлено образованному, соответственно указанным нормам учр. суд. уст., высшему административному суду. Везде суд для разрешения вопросов о компетенции постановляет решения только по прямому предложению, которое исходит, в случае положительного пререкания, только от центрального или высшего административного ведомства (“заявление спора о компетенции”), в случае же отрицательного спора — и от заинтересованной стороны. То же самое имеет силу и по французскому закону 24 мая 1872 года, согласно которому суд для разрешения пререканий (tribunal des conflits) составляется, под председательством министра юстиции, из 3 членов государственного совета и 3 советников кассационного суда, избираемых их коллегами, и из 2 членов и 2 кандидатов, избираемых самим tribunal des conflits.

В. А. ГАГЕН

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ

Глава первая
ОБЩИЕ ПОНЯТИЯ

§ 1. В наше время администрация выполняет самые разнообразные и многочисленные функции на благо общества и отдельных лиц, причем она имеет в виду прежде всего публичный интерес, а иногда интерес и частных лиц. Она заботится о безопасности государства и каждого из своих граждан, об образовании, призрении бедных и пр. В деятельности администрации или, вернее, в том способе, каким действует администрация, заинтересовано не одно государство, но каждый из граждан. Последнего может интересовать не то, что данным действием администрации затронуто публичное благо, а то, что администрация, действуя или воздерживаясь от известного действия, в данном случае презрела или нарушила его личные *интересы*. Так, например, гражданин может предполагать, что администрация не выполнила тех обязательств, которые падают на нее, или совершила действие, которого она должна была воздержаться. Возможен и такой случай — администрация признает существование известной обязанности для гражданина, а последний отвергает эту обязанность. Таким образом, между администрацией и частными лицами могут возникнуть несогласия, число которых растет благодаря тому, что администрация не может выполнить свою задачу, не посягая на интересы частных лиц, их имущество, свободу и другие права. Столкновения между администрацией и частными лицами, вероятно, исчезли бы, если бы интерес общества *совпадал* с интересом отдельного гражданина. Но этого на самом деле нет: так, гражданин заинтересован в уменьшении налога, а общество — в его увеличении.

§ 2. А раз интерес общественный не совпадает с индивидуальным интересом, то вполне естественно возникает вопрос, *каким же способом надо разрешить спор, возникший между администрацией и частными лицами*. Прежде всего, надо иметь в виду, что современное государство стремится сократить число та-

ких споров, издавая *административные законы*. В них законодатель устанавливает пределы или границы притязаний администрации по отношению к частным лицам, определяя те случаи, когда администрация имеет право посягать на частные интересы или права. Эти законы сдерживают администрацию, заставляют ее сообразоваться с нормами закона, хотя бы она и полагала, что публичный интерес требует в данном случае нарушения законодательной нормы. Нужно, впрочем, признать, что администрация далеко не скована по рукам и ногам, так как законодатель не в силах дать правила о том, как следует поступать администрации во всех случаях, когда ей приходится сталкиваться с гражданами. Стремление законодателя положить законную границу деятельности администрации получает реальное выражение лишь в эпоху правового государства (Rechtsstaat), когда господствующая доктрина признала право существенным элементом государства. Эта доктрина (нашедшая себе выразителя в лице Шталя в его «Rechts-und-Staatslehre») признает, что осуществление публичной власти во всех сферах деятельности, где она дает себя чувствовать, не является произвольным и действительно стремится к поддержанию права и притом таким образом, что частные права граждан оказываются неприкосновенными, и посягательство на них со стороны публичной власти возможно лишь тогда, когда оно соответствует действующему праву.

Административные законы определяют то, что администрация может требовать от частных лиц, а последняя — от администрации. Законы определяют соответствующие сферы права администрации и права частных лиц. Они устанавливают те права, которые государство может осуществлять по отношению к подданным, и те права, которые принадлежат им по отношению к государству. Всякая норма публичного права, изданная в интересе частных лиц, создает *публичное субъективное право этих частных лиц*.

Итак, если дело идет о правовом государстве, то, конечно, отношения между ним и подданными должны быть урегулированы законами, и в них администрация и должна искать правила для своей деятельности, когда зайдет речь о нарушении индивидуальных прав. Но ведь возможно, что в положительном законодательстве и не найдется ответа на данный случай. Тогда возникает вопрос, может ли администрация посягать на собственность и другие права индивида. В законе иногда можно найти указание на то, что администрации дается общее полномочие на принятие мер, необходимых в интересах общего блага (в случае

эпидемий, волнений и пр.), но может случиться и так, что закон будет отрицать такое право.

В этом пункте столкнулись две доктрины. Одна в лице Георга Мейера (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts) признает, что право государства приказывать гражданам и распоряжаться тем, что им принадлежит, настолько тесно связано с существом государства, что оно прекращается только там, где закон определенно высказывается по данному случаю. Эта теория, провозглашающая неограниченность власти государства в обеспечении публичного блага, опровергается другой теорией, имеющей своими представителями Иеллинека и Лабанда. Иеллинек, например, говорит: «властвование может только определить общее обязательство, которое уже существует в силу юридической нормы. Нет такого властвования, которое бы носило первичный характер, было бы praeter legem. Признание такого права противоречило бы высшему принципу, положенному в основание отношений между подданными и современным государством, в силу которых всякий должен повиноваться только закону».

§ 3. Одного существования законов, регулирующих полномочия администрации в ее отношениях к подданным, еще не достаточно, нужно, чтобы эти законы еще *соблюдались*. Само собой разумеется, прежде всего нужно подобрать людей, пригодных для администрации, следовательно, нужно создать подходящий административный механизм. Затем необходимо организовать *административный контроль*, т.е. предоставить высшей власти право пересмотра решений низшего органа по соображениям незаконности и неудобства. Конечно, тот, кто считает себя вправе жаловаться, может подавать жалобу высшей власти. Наконец, есть еще *парламентский*, *политический контроль*, когда лицо, считающее свои права нарушенными, может прибегать к законодательным собраниям. Последние различными средствами, которые имеются в их распоряжении, могут воздействовать на администрацию и даже привлекать министров к ответу перед палатами.

Возникает вопрос, нет ли еще более действительной гарантии. Нельзя ли найти ее в том, что лицо, считающее свои права нарушенными, могло не только обращаться к высшей власти, но и перенести разрешение своего спора на усмотрение *власти, независимой от администрации*? Дело в том, что порядок *окончательного* разрешения споров самой администрацией, хотя бы и высшей, встречает массу возражений. Прежде всего, администрация имеет своей главной задачей охрану интересов об-

щества, а не индивида, и потому она легко может оказаться повинной в пристрастной интерпретации законов, регулирующих противоположные интересы, тем более что законы не в силах дать определенный и бесспорный ответ во всех случаях. Администрация в служебном рвении склонна поставить публичный интерес выше частных интересов. Далее, низшая администрация очень часто действует по инструкциям высшей. Поэтому если частное лицо подает жалобу на низший административный орган, то оно, в сущности, жалуется высшему органу на него самого, и таким образом последнему приходится быть судьей в собственном деле. Наконец, нужно считаться с тем, что в большинстве государств Западной Европы разрешение, и притом в окончательной форме, вопроса о законности актов администрации признается невозможным ею самою, и вместо нее выступают такие органы, которые от нее более или менее независимы. Конечно, есть страны, где такими органами являются и обыкновенные суды.

Но ввиду общего правила действуют особые органы, устроенные различным образом и отличающиеся как от обыкновенных административных властей, так и от обыкновенных судов. Эти органы называются *административными судами*. Функции таких судов несут иногда обыкновенные суды и административные органы, если им поручено разрешение вопроса о законности административного решения.

§ 4. Однако не все споры с администрацией должны непременно разрешаться обыкновенными судами или административными судами. Некоторая часть таких споров должна решаться *самой администрацией*. А в таком случае является деление на спорные административные дела и просто административные дела, причем только первые рассматриваются судами. Какое дело относится к той или другой категории, определить трудно. Если дело судебно-административное, то жалобщик может обратиться одновременно к двум органам — к высшей административной власти и к судье, а если оно чисто административное, то у него остается лишь один путь обращения к высшей власти. На этом различии органов построено и различие жалоб, способов обжалования: обжалование перед судом (административным или обыкновенным) носит в Германии название «Klage», а во Франции «recours par la voie contentieuse», а обжалование перед высшей властью — «Beschwerde» и «recours par la voie gracieuse».

Так разрешается формально вопрос о границе между административной юстицией и администрацией.

Но нас может и даже должен интересовать еще один вопрос, а именно вопрос об *организации тех учреждений*, которым будут вверены судебно-административные дела. Следует их передать обыкновенным судам или административным и в этом случае, как их следует организовать? Ответ на этот вопрос можно найти в законодательстве западноевропейских государств. Но прежде чем дать такой ответ, надо предварительно выяснить еще один вопрос, имеющий важное значение для существования административных судов, а именно вопрос о том, *по каким принципам должны разрешаться вопросы публичного права*, и не отличаются ли способы решения дел, смотря по тому, относятся ли они к публичному или частному праву. Если способы решения в публичном праве существенно отличаются от таких же решений в частном праве, то, понятно, решение первых должно быть изъято из ведения обыкновенных судов. Но если спорные административные дела нужно решать только по нормам права, то такие дела должны быть поручены обыкновенным судам. Ответ на этот вопрос дает, с одной стороны, теория разделения властей, а с другой — исторический процесс развития независимости судов от администрации в различных государствах.

§ 5. Процесс развития независимости судов от администрации прошел в общем своем развитии следующие стадии. Прежде всего надо остановиться на *Англии*. В Великой Хартии 1215 г. имеется целый ряд распоряжений, которые стремятся охранить граждан от произвола правительства. Но эта охрана оказалась нелегким делом. Обыкновенно суды ограничивались тем, что разрешали споры отдельных частных лиц и ведали уголовные дела. Институт мировых судей, созданный в 1360 г., внес немало изменений в рассматриваемый вопрос. Их задачи были двоякого рода: они являлись высшими полицейскими чиновниками и уголовными судьями низшей инстанции. В их лице совмещались функции административные и судебные. При этом, что особенно оригинально, административные решения (orders) мировых судей имели внешний вид приговоров, постановленных при соблюдении судебных форм. Их административная и судебная власть обозначалась одним и тем же термином «jurisdiction».

Такое совмещение административных и судебных функций наблюдалось еще недавно в высшей инстанции — съездах мировых судей (quarter sessions). С 1888 г., когда по Local Government Act этого года административные функции съездов были уничтожены, они сделались апелляционной инстанцией для «orders» и «convictions» мировых судей и уголовным судом первой инстан-

ции. Однако четвертные сессии мировых судей являются апелляционной инстанцией не только по вопросу о юридической стороне решений мировых судей, но и об их удобстве.

С 1640 г. суды получили юрисдикцию в административных делах. С этого момента они превратились в настоящих судей, призванных судить о законности административных актов. Апелляционной инстанцией по приговорам мировых судей являются четвертные съезды (quarter sessions), а также Высший Суд (High Court), если жалоба основывается на нарушении закона.

В последнее время административные функции мировых судей отошли, в некоторой своей части, к выборным общинным властям (local boards), над которыми стоит Министерство местного управления (Local Government Board). Но когда общинные советы принимают меру, противоречащую праву страны, тогда открывается обычный судебный порядок.

В заключение можно определенно сказать, что в Англии исковой порядок перед обыкновенными судами открыт всякий раз, как административное решение нарушает законное право частного лица.

§ 6. *Франция*. Мысль о необходимости уничтожения зависимости администрации от судов и запрещение последним вмешиваться в дела администрации можно встретить в королевских ордоннансах еще до появления труда Монтескье «Esprit de lois». Монтескье явился ярым сторонником независимости судов от администрации: в одном месте своей работы он говорит, что «нет налицо свободы, если власть судебная не отделяется от власти законодательной и исполнительной».

Можно установить в виде правила, что во Франции никогда обыкновенные суды не были компетентными в разрешении споров, касающихся администрации. Решение административных дел являлось частью «justice retenue», которую король обеспечил за собой. Однако граница между компетенцией короля и судов была проведена так неясно, что при Ришелье распря между судами и администрацией из-за компетенции достигла наивысшего напряжения и получила значение политического конфликта. Борьба была начата интендантами короля, у которых явилась чрезвычайно обширная юрисдикция по административным делам. Парламенты, т.е. суды, жаловались королю, но без результата: Ришелье поддерживал интендантов в борьбе с парламентами. Парламенты приказывали интендантам не вмешиваться в такие-то и такие-то дела. А на это интенданты отвечали уничтожением запретов и прибегали для этого к помощи совета короля

(Conseil du roi). Парламенты возобновляли запреты, но они снова уничтожались королем. У Лаферрьера (Traité de la Juridiction administrative. Tome I, p. 156) упоминается случай, когда королевский совет приказал судьям г. Тулузы лично явиться в совет, а парламент ответил, что обязанности, возлагаемые на него его функциями, препятствуют явиться по этому приказу. В 1641 г. является эдикт St. Germain, формулирующий то самое правило, которое существует в настоящее время. Этот эдикт объявлял, что благо народа требует соблюдения судами границ вверенной им власти и невмешательства их в правительственную деятельность, которая принадлежит исключительно государю. В заключение эдикт говорил: «по этим причинам мы категорически воспрещаем парламентам на будущее время ведать все те дела, которые могут касаться государства, администрации или правительства». Однако после смерти Людовика XIII власть парламентов возросла, хотя они продолжали подчиняться требованиям короля. При Людовике XIV значение судов окончательно пало.

Революция ничего не изменила в создавшемся порядке вещей. Учредительное Собрание было проникнуто тем же недоверием к судам, какое питали к ним абсолютные короли, поскольку, конечно, дело шло о решении административных дел. По мнению Собрания, естественной функцией судов является постановление решения по спорам между частными лицами и в области уголовного права, расширение же их компетенции поведет к тому, что администрация будет парализована в своей деятельности. В законе 16/24 августа 1790 г. основной принцип независимости администрации от судов был формулирован следующим образом: «судебные функции отличны от административных функций и останутся впредь отделенными от них: суды, под угрозой наказания за преступление по должности, не могут никоим образом вторгаться в действия административных органов, ни привлекать к ответу администраторов по поводу исполнения ими своих функций». Инструкция 8 января 1790 г. прибавляла: «всякий акт судов, стремящийся противодействовать или приостановить деятельность администрации, является неконституционным, не будет иметь действия и не должен удерживать административные органы при исполнении их функций». В то же время административная юрисдикция королевской власти была уничтожена и решение всякой жалобы против администрации было вверено самой администрации. Критика административного акта, по взгляду революционных собраний, принадлежала исключительно администрации, причем совершенно не имело значе-

ния соображение о том, идет ли дело о нарушенном праве или интересе.

Но с эпохи Консулата и Империи сложилась иная картина. Старые административные суды были восстановлены в VIII году, хотя и под другой формой. Чисто административные функции администрации были отделены от функций судьи: «administrer doit être le fait d'un seul homme et juger le fait de plusieurs». Затем получила признание независимость административных судов при осуществлении юрисдикции. Наконец, по отношению к Гос. Совету был признан если не юридически, то фактически принцип несменяемости судей. В конце концов сложился такой порядок, при котором вопросы административного права были подчинены действительному контролю, не зависимому от администрации.

§ 7. *Германия.* В этой стране уже давно было установлено, что жалобы на административные акты не могут быть подаваемы в обыкновенные суды. А так как раньше административных судов в Германии не было, то администрация в конце концов должна была взяться за решение спорных административных дел. Однако в старой Германской Империи было исключение из принципа некомпетентности судов в области управления, и это исключение составляли два суда — Рейхскаммергерихт (Reichskammergericht) и Рейхсгофрат (Reichshofrath), которые могли рассматривать жалобы на административные органы различных государств, входивших в состав Империи. Эти суды появились вследствие того, что главы этих государств и их подданные были подчинены власти Империи, законы которой связывали их при осуществлении правительственной деятельности. Юрисдикция имперских судов была очень ограничена, и тем не менее главы государств, входивших в состав Империи, не могли освоиться с этим контролем. Поэтому в конце XVI в. было установлено правило, что имперские суды могут рассматривать жалобы на органы администрации различных государств лишь в более важных случаях и что раньше, чем приступить к их рассмотрению, они должны выслушать объяснения местной власти, чтобы признать, имеет ли иск какое-нибудь серьезное основание. После Вестфальского мира и укрепления власти Имперского сейма значение имперских судов упало еще больше: например, в целом ряде административных дел, объединяемых термином «Polizei», этим судам было предписано не издавать никакого распоряжения, ни запрещения, но, напротив, отсылать

дело местной власти. После распадения Германской Империи эти имперские суды, конечно, исчезли.

Пятьдесят с лишком лет тому назад Германия, следуя примеру Франции, создала административные суды, организованные несколько отлично от французских адм. судов в смысле большей независимости их от центральной администрации. Такой суд впервые появился в Бадене (1863 г.), затем в Пруссии (1875 г.), а потом они были учреждены и в других государствах.

Австрийские административные суды возникли благодаря конституции 1867 г. В 1869 г. был учрежден Рейхсгерихт (Rechsgericht), который одновременно является судом для разрешения конфликтов и специальным административным судом. Закон об административной юстиции вступил в силу в 1875 г.

§ 8. Для административной юстиции имеет громадное значение определение публичного и частного права, потому что споры частного права должны отойти в ведение обыкновенных судов, а споры публичного права, казалось, следовало бы отнести к ведению иных судебных учреждений (административных судов) или администрации. Но наиболее употребительное в теории определение этих прав нисколько не разъясняет дела. Оно включает в публичное право все отношения между частными лицами и государством, которое верховенствует над ними, а в частное — отношения между частными лицами, в том числе и самим государством, когда оно является субъектом частного права. Это определение является не вполне удачным. В самом деле, государство, играющее в публичном праве роль высшей социальной власти, которая в каждом случае дает себя чувствовать отдельному лицу, не проявляет этой власти безгранично, ибо она ограничена законом. Приказывать оно может лишь в известных пределах и при известных условиях. Таким образом во всяком вопросе публичного права оказываются налицо *два* притязания: государство требует, чтобы частное лицо подчинилось его требованиям, а частное лицо настаивает на том, чтобы в данном случае сфера свободы индивида была изъята от воздействия суверенитета государства. Таким образом, в конце концов вопрос сводится к тому, действовало ли государство суверенно или нет. Но ведь область публичного права не ограничивается теми случаями, когда государство обращается с требованиями к частному лицу, оно, кроме того, охватывает еще и те случаи, когда частное лицо само обращается с требованием к государству.

Нельзя утверждать также, что *характер сторон*, участвующих в споре, непременно является решающим моментом в отнесении

того или иного спора к публичному или частному праву. Взаимоотношения между государством и индивидом могут входить в сферу то публичного, то частного права, смотря по тому, играет ли государство роль государства или лица частного права. Даже отношения частного лица к частному лицу не предрешают вопроса о принадлежности данного спора к частному праву. Между частными лицами могут возникнуть отношения публичного права, что особенно часто встречается там, где государство прямо заинтересовано, хотя и не выступает стороной в процессе. Поэтому в сферу публичного права вовлекаются не только отношения между государством и индивидами, но и отношения частных лиц между собою, а также отношения органов публичной власти друг к другу. А в сферу частного права относятся отношения индивидов друг к другу и к государству, если последнее действует как частное лицо. При этом нужно заметить, что, говоря о государстве, под ним нужно подразумевать и местные автономные управления, и другие корпорации и учреждения, преследующие государственные цели.

§ 9. Таким образом, ни по одному из вышеуказанных критериев нельзя провести границу между сферой публичного и сферой частного права. Нельзя признать удачной мысль найти такой критерий в свойствах самого государства, в том, выступает ли оно как государство или как *частное лицо*. Я говорю о *теории частно-правового титула*. Одно время в германской и австрийской доктрине господствовала своеобразная теория частно-правового титула. Эта теория провозглашает, что права и обязанности, касающиеся частных лиц и государства, должны быть относимы к частному праву и, следовательно, к компетенции обыкновенных судов, когда они основываются на титуле частного права. Эта теория исходит из того, что известные акты, рождающие права, принадлежат исключительно к частному праву и, следовательно, когда дело идет об одном из этих актов, то он регулируется частным правом. Титулами частного права являются контракт, давность, привилегия, старый обычай, res judicata, negotiorum gestio, condictio indebiti, деликт. Но эта теория в настоящее время уже брошена просто потому, что перечисленные выше титулы не носят специфически частно-правового характера и не могут определить, что́, собственно, относится к публичному и что́ к частному праву. Если налогоплательщик утверждает, что его обязанность погашена давностью, или что он получил от администрации, по соглашению, отсрочку или

скидку, то он не делается вследствие этого должником государства в смысле частного права.

В законодательстве и практике можно встретить следы этой старой теории. Так, в саксонском законе 28 января 1835 г. о компетенции прямо говорится, что судебный порядок при разрешении административных дел применяется тогда, когда ссылаются на титул частного права — привилегию, res judicata. Подобное постановление встречалось в законе Пруссии 1842 г., хотя оно теперь и отменено. Но тем не менее до сих пор в Пруссии, как и в других германских государствах, в делах о налоговом обложении допускается обращение к обыкновенным судам, когда приводятся ссылки на привилегию, давность или обычай. Прусский закон 1861 г. допускает обращение к судам для получения обратно налога, когда доводом выставляется двукратный платеж его или погашение его давностью. Даже практика австрийских судов, особенно Рейхсгерихта, проникается этой теорией, когда она утверждает, что отношения государства или общины к частным лицам носят частно-правовой характер, если имеют своим основанием договор или, вообще говоря, «титул частного права».

§ 10. Таким образом, из предыдущего несомненно вытекает, что частное право не может регулировать отношения между государством и частным лицом только потому, что в основании их лежит договор. Последний, как творец права, встречается в публичном и частном праве и, соответственно этому, является разделение контрактов частного права и контрактов публичного права или административных. Провести различие между ними трудно. Лабанд, напр., определяет контракты публичного права как такие, последствием которых является поставление договаривающихся сторон в положение административной субординации, а частные как такие, которые касаются денежных интересов. Во франц. администр. праве также различаются договоры частного права, заключаемые государством (они принципиально выдаются судами), и договоры чисто администр., изъятые из ведения судов. Лаферрьер (Juridiction admin. T. I, p. 549) определяет административные договоры, как «настоящие акты публичной власти, к которым присоединяется договорный элемент».

Делаются попытки найти другой критерий для различия между публичным и частным правом и находят его в *праве распоряжения*. Так, утверждают, что это право присуще частному праву и его нельзя встретить в публичном праве. В частном праве за-

интересованные лица могут сами определить, желают ли они воспользоваться своим правом и в каком объеме, а в публичном праве такого распоряжения нет — всякое право есть в то же время и обязанность. Эта попытка также неудачна. Прежде всего надо проводить различие между правами частных лиц и правами администрации. Частные лица и в публичном и в частном праве вполне свободно могут пользоваться или не пользоваться своим правом: но едва ли утвердительно можно сказать относительно их отказа от своего права по отношению к государству. Еще более сомнительно, чтобы администрация, обладающая правами по отношению к частным лицам, тем самым уже обязывалась непременно их осуществить. Полиция управомочена запрещать собрания, представляющие какую-нибудь опасность для общественного мира, но она вовсе не обязана делать этого: она имеет право наблюдать за собраниями, но может от него и освободиться. Конечно, администрация не вполне свободна от оценки того, следует ли ей в данном случае пользоваться таким правом или нет.

§ 11. Есть сторонники различия этих двух отраслей права по нормам, правилам, которые действуют в них. Одни различают эти правила по их *объекту*. Нормы частного права имеют своим непосредственным объектом интересы частных лиц, а посредственным — интересы общества; напротив, нормы публичного права имеют в виду прежде всего благо общества, а уже затем и благо индивидов. На это можно возразить, что благо общества играет далеко не второстепенную роль в сфере частного права и что законодатель, устанавливая нормы частного права, имеет в виду главным образом интерес государства.

В публичном праве законодатель стремится определить, чего именно требует общественный интерес. Вопрос сводится, однако, не к тому, какой индивидуальный интерес должен уступить общественному интересу, а к тому, требует ли общий интерес жертвы со стороны индивидуального интереса. Норма может признать существование общественного интереса, перед которым индивидуальный интерес должен уступить, или, наоборот, она может определить, что общественный интерес не оправдывает посягательства на частный интерес: в таком случае частное лицо имеет право по отношению к администрации. И это право, несомненно, создано в интересах частного лица, и если оно принесено в жертву, то только для этого интереса. Индивидуальное право признается только в интересах общества.

§ 12. Между публичными властями могут также возникнуть

споры, вытекающие из публичного права. Спрашивается теперь, могут ли *эти вопросы быть признаны настоящими вопросами права, аналогичными тем, которые возникают между государством и подданными и предполагают взаимные права и обязанности*. Если мы признаем такую аналогию, то разрешение споров, возникающих между публичными властями, следует передать обыкновенным судам, в противном случае их роль сводится к разрешению вопросов о компетенции между различными властями, иначе говоря, им приходится играть роль судов для разрешения конфликтов.

Взаимные права и обязанности могут явиться в данном случае только тогда, когда власти оказываются органами *различных интересов*, например, если один орган является властью государства, а другой — властью коммунальной или властью автономной корпорации. Если же налицо имеются органы, представляющие *одни и те же интересы*, то дело сводится только к точному определению их компетенции, а не к определению принадлежащих им прав. Между чиновниками государства — высшими и низшими — может возгореться спор о законности или незаконности данного приказа. Но низший чиновник, отказывающийся исполнить приказ, не имеет права, которое бы ему принадлежало лично: обе спорящие стороны действуют от имени государства и в качестве его органов. В таком случае отказ подчиненного чиновника выполнить приказ высшего чиновника является поводом для обращения к судам, которые и решают вопрос о том, нужно ли приводить в исполнение приказ или не нужно.

Если низший орган власти представляет интересы, отличные от тех, которые охраняет высшая власть, то он может выдвинуть свой интерес или право. Как частное лицо может утверждать, что обязанность, возложенная на него администрацией причинила ему вред, так и муниципалитет может утверждать, что возложенная на него административная обязанность не вытекает из закона.

Особое место среди таких споров занимают те, где дело идет о том, что повинность, возложенная государством или высшим органом, посягает на *независимость* местной администрации, на ее право самой решать данный вопрос. Нельзя решение такого спора передать на усмотрение органов государства, принявших такую меру, так как это было бы равносильно отрицанию права автономной администрации. Поэтому муниципальная администрация стремится передать разрешение дела на усмотрение судьи.

Там, где нет административных судов, решение этого вопроса передается обыкновенным судам, а там, где они есть, административным судам. Такой порядок сложился в Пруссии, где, на основании недавних законов, административные суды компетентны выносить решение в тех случаях, когда муниципалитет жалуется, что государственные органы надзора приостановили исполнение принятого им решения под предлогом превышения власти или нарушения закона.

Споры могут возникнуть между властями одного и того же ранга и предметом их могут быть взаимные права и обязанности. Два местных административных органа могут спорить о том, кто из них обязан призревать нуждающегося или обязаны ли они помогать один другому в поддержке дороги и пр. Кому поручить разрешение таких споров — администрации, администрат. судам или обыкновенным судам? Вопрос этот трудно разрешим, потому что нельзя определить точно, в какой роли выступает орган — как публичная власть или как юридич. лицо частного права.

§ 13. Остановлюсь *на совпадении вопросов публичного и частного права*. Встречаются такие случаи, когда в отношениях между частными лицами можно заметить присутствие вопросов публичного права или когда эти отношения предполагают существование таких вопросов. Здесь возможны *два случая*.

В *первом случае* вопрос частного права только по видимости соединен с вопросом публичного права, и каждый из них может быть решен *отдельно*. Публичная власть решает дело с точки зрения общего интереса, а в то же время суды решают вопрос частного права. Возможно, что оба решения могут находиться в противоречии друг с другом. Например, администрация разрешает устроить фабрику, а суды запрещают. В таких случаях необходимо для исполнения проектированного предприятия, чтобы оно не противоречило ни публичному интересу, ни правам частных лиц. Административное разрешение дается только под тем условием, чтобы предприятие не нарушало прав третьих лиц. А это бывает всегда, когда устройство фабрик, занятие известными промыслами подчинено разрешению администрации: последняя же должна исследовать только *один* пункт, а именно примиримо ли предприятие с общим интересом, но ни в каком случае не вопрос о том, могут ли соседи по основаниям, почерпнутым из частного права, представлять возражения против его устройства.

Во *втором случае* вопрос частного права может получить разрешение лишь после того, как *предварительно был разрешен* воп-

рос публичного права, и наоборот. Тогда один из вопросов имеет для другого значение т.н. *преюдициального вопроса*. И вот возникает вопрос, компетентны ли суды, решающие тот или другой вопрос, решать и преюдициальный вопрос. В отдельных странах эта проблема разрешается различно. В *Германии*, по правилу, обыкновенные суды, имеющие компетенцию по данному предмету, могут разрешать все вопросы, необходимые для постановления приговора по спору, который им приходится рассматривать, *даже* если эти вопросы относятся к публичному праву. Само собой разумеется, администрация и административные суды имеют право разрешать преюдициальные вопросы частного права, возникающие во время рассмотрения дела, подлежащего их рассмотрению. В последнем случае, даже если суды постановят решение по преюдициальному вопросу, администрация может его решить *по-своему*. Однако правило, дающее судам право решать преюдициальные вопросы публичного права, не имеет абсолютного характера, когда преюдициальный вопрос затрагивает законность административного акта.

Во *Франции* положение вопроса представляется в ином виде. Там господствует правило, по которому решение дела, подведомственного судам, должно быть приостановлено, раз в нем возникает вопрос об интерпретации или действительности административного акта, и эта приостановка должна быть сделана для того, чтобы вызвать решение администрации или административных судов. Для оправдания этой приостановки следует иметь в виду те случаи, когда административный акт создает для частных лиц права, которые могут быть защищены перед судами. В этих случаях деятельность административной власти может быть парализована приговором, игнорирующим смысл или законную силу этих актов и тем самым лишающим стороны тех прав, которые были им переданы административной властью. И наоборот, если во время административного разбирательства возникают вопросы, которые должны быть рассмотрены судами (местожительство, возраст и пр.), то администрация должна приостановиться рассмотрением дела до решения судов.

§ 14. Разрешение всех вопросов, о которых была речь выше, возлагается на административные суды. Последние в некоторых странах играют скромную невидную роль и функционируют лишь в исключительных случаях, в других они образуют видную часть судебной организации. Под *административными судами* разумеются такие органы власти, которые имеют своей исключительной или существенной задачей разрешение административных

споров по своему убеждению и для той цели, которая им кажется наиболее соответствующей. А под *административными спорами* разумеются такие, в которых администрация является стороной или которые особенно интересуют ее, следовательно, споры публичного права, возникающее между администрацией и гражданами или между различными административными властями. Лишь в виде исключения на рассмотрение административных судов идут споры частно-правового характера, где администрация является стороной (как во Франции), или споры между частными лицами, примыкающие к публичному праву (напр., в Германии).

Административные суды могут быть *организованы как обыкновенные суды*, т.е. в них могут быть отведены особые отделения для разрешения административных споров. Однако в действительности административные суды далеко не организуются так, *как обыкновенные суды*. Даже тогда, когда административные судьи приравниваются, по своему назначению или личному положению, к другим обыкновенным судьям, всегда есть различия то в процедуре, то в юрисдикции, то в чем-нибудь другом. Есть административные суды, где судьями являются чиновники, назначенные пожизненно правительством и не зависимые от него. Есть такие административные суды, члены которых ставятся в известную зависимость от администрации и по отношению к которым проводится тот взгляд, что они не могут пользоваться той независимостью, какая обеспечена обыкновенным судьям. Другая система, напротив, требует, чтобы административные суды были во всех отношениях не зависимы от правительства и парламентских партий и чтобы они были составлены не из чиновников, а из людей, выбранных местными советами. Эта система несколько видоизменяется, когда административные суды составляются отчасти из нечиновников, выбранных местными собраниями, отчасти из несменяемых чиновников, назначаемых правительством (Прусские административные суды 1-й инст.). Все члены судов, организованных по последним образцам, нередко несут одновременно административные и судебные функции. Тогда, конечно, и формальная сторона деятельности представляется иной, смотря по тому, приходится ли принимать решение в чисто административном деле или постановлять решение в качестве суда. Административная власть выступает как орган административной юстиции тогда, когда разрешает административные споры при соблюдении *особых форм*. Однако, например, в Австрии нет внешнего отличия между чистой адми-

нистрацией и административной юстицией, причем особенно резко это заметно в низших инстанциях: здесь решение административных дел вверяется самой администрации и нет никакой процедуры для «спорных дел» (streitige Sachen) и неспорных дел (nicht streitige Sachen), для Verwaltungsrechtssachen и «reine Verwaltungssachen». В *Германии дело обстоит иначе*. Административная юстиция даже в первой инстанции вверяется властям, имеющим административные полномочия, но они могут выступать как административные суды, соблюдая известные формальности, предписанные для решения известных споров (Verwaltungsstreitverfahren *в противоположность* Beschlussverfahren).

§ 15. Может возникнуть сомнение относительно того, в *качестве чего* действует данный орган — административной власти или административного суда. Где искать характерный признак? Его нельзя искать в положительном законодательстве. Например, во Франции различается власть судебная (autorité judiciaire) и власть административная (autorité administrative), и тем не менее административные суды относятся не к первой власти, а ко второй. Органами же администрации являются агенты, советы, судьи. В Австрии административные суды рассматриваются как элемент, чуждый администрации, но доктрина не включает их в число судебных учреждений.

Лабанд ищет существенный признак суда в *его независимости от правительства*, в том, что он при применении и истолковании закона не вынужден руководствоваться приказами главы государства или его чиновников.

Лабанд говорит, что нельзя понимать независимость как гарантию судей от смещения с должности или произвольных дисциплинарных мер со стороны администрации. Важно то, что *судьи в постановлении каждого из своих решений вполне свободны и связаны только законом*. О суде может быть речь только тогда, когда власть может судить по своему убеждению и решать то, что́ она считает справедливым. Если администрация может предписать власти, призванной судить, то, что́ она должна присудить, то решение в *действительности выносится администрацией*, а не властью, которая имеет совещательный или подготовительный характер, следовательно, налицо нет судьи. То же самое можно сказать и про тот случай, когда решение становится окончательным *лишь после одобрения его администрацией*.

Однако в этой независимости по отношению к правительству еще нельзя видеть *единственный существенный признака суда*. Ведь в среде администрации могут оказаться такие власти, которые *не*

зависимы от высших властей в интерпретации и применении закона в отдельных случаях: так, например, обстоит дело в Англии с его Selfgovernment и во Франции с ее децентрализацией. Нужно еще что-нибудь кроме независимости, и это *нечто* заключается в том, что всякий суд должен иметь дело *со спором, который подлежит разрешению, с противоположными притязаниями, требующими удовлетворения*. Когда публичная власть постановляет решение по тому делу, которое она хочет предпринять, например, отдает распоряжение, выдает разрешение или отказывает в нем, тогда она является административной властью даже тогда, когда ее решение *не может быть изменено высшей властью*. Совсем иначе обстоит дело в том случае, когда возникает предположение, что принятое решение несправедливо, когда возникает *спор* между администрацией и частным лицом: тогда налицо *две стороны*, имеется спор, и для разрешения его выступает суд.

Но, по-видимому, и этих признаков *еще недостаточно* для того, чтобы власть могла быть признана судьей. Если иск основывается не на факте нарушения права, а на том, что административная мера противоречит *справедливости, оказывается неудобной или бесполезной*, тогда представляется *сомнительным*, чтобы административная власть действовала в качестве *суда*: ведь споры, которые должны рассматриваться ею, по природе должны быть *те же самые, что и споры, разрешаемые обыкновенными судами*. И вот таким образом выставляется требование, чтобы споры касались *вопросов права*. Но все дело в том, что очень трудно определить демаркационную линию между *вопросами права и чисто административными вопросами*, о чем речь будет дальше.

§ 16. Теперь надо определить *компетенцию административных судов* и отграничить ее от *компетенции обыкновенных судов* и *компетенции администрации*. Что касается разграничения компетенции обыкновенных судов от компетенции административных судов, то первые, по правилу, разрешают споры частного права и уголовные дела, а вторые — вопросы публичного права, т.е. те дела, где администрация является стороной, или те дела, в которых вопросы публичного права особенно интересуют администрацию.

Но, конечно, из этого правила есть много исключений. Например, во *Франции* административные суды ведают целый ряд споров частного права, где государство, департаменты или коммуны являются сторонами, а с другой стороны, и ряд известных полицейских правонарушений. Наоборот, обыкновенные суды компетентны разрешать различные административные спо-

ры особенно в сфере косвенных налогов. В *Германии*, по учреждению судебных установлений, обыкновенные суды компетентны решать гражданско-правовые споры (т.н. «bürgerliche Rechtsstreitigkeiten») и затем уголовные дела, поскольку, конечно, они не отнесены к компетенции административной власти или административных судов и поскольку Имперский закон не ввел специальной юрисдикции. Что́ нужно разуметь под гражданско-правовыми спорами? На это Имперский закон не дает ответа и разрешение этого вопроса передано законодательству отдельных государств. Но вообще различие между гражданскими (bürgerliche) спорами и негражданскими покоится на различии между частным и публичным правом. Следовательно, в виде общего правила, обыкновенные суды компетентны разрешать споры частного права, а административные суды — споры публичного права. Но законодательства отдельных государств Империи отнесли некоторые споры частного права к ведению администрации, а известные споры публичного права — к ведению обыкновенных судов. Когда были учреждены административные суды, то никаких существенных перемен не произошло, и новые суды взяли на рассмотрение те частные споры, которые разрешались раньше администрацией, а обыкновенные суды продолжали ведать те вопросы публичного права, которые они ведали и раньше.

§ 17. Нелегко провести границу между *компетенцией административных судов и компетенцией административной власти*. Дело в том, что на административные суды было возложено окончательное разрешение жалоб на решения администрации. Но администрация до сих пор имеет такую свободную сферу деятельности, в которой нет и речи о контролировании или критике ее актов. Поэтому учреждение административных судов не помогло выяснению границы между администрацией и административной юстицией. Трудность выяснения этого вопроса обнаруживается из последующего изложения.

Во Франции, Германии и Австрии, т.е. в странах, которые ввели административную юстицию, можно констатировать, что правила или нормы, положенные в основание разграничения компетенции администрации и административной юстиции, почти одни и те же и в сущности совпадают с принципами, на которых покоится различие администрации и административных судов. В странах же, где административных судов нет (в Бельгии, Голландии, Скандинавских государствах), эти правила сводятся к принципам, на которых покоится разграничение сферы

деятельности администрации и обыкновенных судов. Англия составляет исключение из этой группы государств благодаря тому, что в руках мировых судей сосредоточиваются судебные и административные функции.

Итак, в государствах Западной Европы действуют почти одинаковые принципы для отграничения компетенции администрации от компетенции административных судов, где они есть, и обыкновенных судов, где административных судов нет. Казалось бы, из этого можно сделать тот вывод, что сфера деятельности администрации повсюду одна и та же. Но, к сожалению, такое утверждение представляется несколько рискованным, потому что сами принципы, на которых покоится это разграничение, слишком неопределенны и неясны, чтобы можно было говорить о твердо установленных пределах, положенных усмотрению администрации.

§ 18. Сначала остановлюсь на тех странах, где введены административные суды, и прежде всего на *Франции*. Напрасно мы стали бы искать в ее законодательстве какого-нибудь общего правила о распределении компетенции. Вместо него мы сталкиваемся с отдельными указаниями на особые случаи. Практика и доктрина согласны установить границу таким образом, что административные суды признаются компетентными тогда, когда административный акт нарушил право, а администрация — тогда, когда фигурирует не нарушенное право, а нарушенный интерес. Такую точку зрения развивает целый ряд выдающихся французских ученых-административистов, как то Дарест, Даллоз, Дюкрок, Окок. По словам Дареста, «всякий акт, нарушающий право, может быть оспариваем перед административным судом» и «простой интерес не достаточен для того, чтобы оправдать жалобу в судебно-административном порядке».

По мнению Лаферрьера, основным критерием для разграничения является различие между правом и интересом. Вот место из его классического труда об административной юстиции: «если граждане терпят нарушение только своих интересов, то администрация оценивает то противоречие, которое создается между общим и частным интересом, и склоняет весы в ту сторону, куда, по-видимому, притягивает справедливость и хорошая администрация (juridiction gracieuse). Но ведь случается и так, что сопротивление лица основывается на праве, которое нарушено администрацией, на ошибке фактической или законной, которую она совершила в своих отношениях с гражданами или местной администрацией и которая имела своим результатом нару-

шение или ложное применение закона и приобретенных прав. Если потерпевшая сторона считает возможным противопоставить свое собственное право тому праву, на которое опирается администрация, то в данном случае налицо имеется спор, тяжба и для разрешения этих пререканий нужен акт административной юстиции. Другими словами, если нарушенный интерес вызывает идею пользы, удобства или идею решения путем жалобы, то нарушенное право вызывает идею справедливости, законной санкции и административной юстиции.

§ 19. В *Австрии* мы встречаем закон 22 октября 1875 г. относительно учреждения Административного Суда, где о компетенции говорится следующее: «Высший Административный Суд (Verwaltungsgerichtshof) должен принимать к рассмотрению все те случаи, когда кто-нибудь утверждает, что противозаконное решение или распоряжение органа администрации нарушило его права». Затем этот Суд не признается компетентным в разрешении тех предметов, поскольку в них административные органы управомочены действовать по свободному усмотрению (nach freiem Ermessen)». Судя по мотивам к этому закону, компетенция Высшего Суда определяется постольку, поскольку истец утверждает, что притязание его, основанное на законе и вытекающее из публичного права, не получило удовлетворения или что на него была возложена обязанность того же рода, не основанная на законе. Напротив, Суд является не компетентным во всех тех случаях, когда дело идет об осуществлении не прав, а интересов, и не о законности административного решения, а об его удобстве. Далее в мотивах говорится, что «ни один суд не может высказаться по поводу «удобства». Таким образом, когда власть отвергает просьбу о концессии только потому, что она считает ее вредной для публичного интереса, тогда она только осуществляет свое право; решению административной власти представляется только один пункт, который и может быть оспариваем, а именно вопрос о том, правильна ли или нет та оценка, которая была дана администрацией при разрешении вопроса об удобстве. Об обращении к Административному Суду здесь, конечно, не может быть и речи, потому что нет права, которое могло бы быть нарушено этим отказом. Если, наоборот, дело идет о констатировании известных фактических условий или условий тех лиц, которым положительный закон дарует право по отношению к администрации, и если они утверждают, что эти условия существуют и что администрация отказывается признать

это право, тогда Административный Суд компетентен разрешать дело.

§ 20. В *Германии* законодательства обыкновенно подробно перечисляют те дела, которые могут быть переданы административным судам. Так, напр., Вюртембергский закон 15 декабря 1878 г. об административной юстиции заявляет, что Высший Административный Суд является судьей во второй инстанции для всех тех предметов, которые перечисляются им и подлежат рассмотрению в первой инстанции окружными властями. А затем закон говорит: «кроме того, Высший Административный Суд (Verwaltungsgerichtshof) решает жалобы на решения или распоряжения административных органов, если кто-нибудь утверждает, что решение или распоряжение, основанное на публичном праве, юридически не обосновано и что он терпит нарушение принадлежащего ему права или обременяется обязанностью, которая на нем не должна лежать. Эта жалоба не может быть подана, если и поскольку административные органы уполномочены законом распоряжаться по своему усмотрению». Аналогичные постановления можно встретить в Прусском законе об административном устройстве 30 июля 1883 г. и Баденском законе об административной юстиции 14 июня 1884 г.

§ 21. Теперь спрашивается, какие же общие правила стараются установить германские ученые.

Сарвей в своем сочинении «Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege» разделяет нормы административного права на два класса: во-первых, на те, которые содержат только инструкции или служебные приказы, обращенные к различным органам государства и касающиеся интересов государства, а затем, во-вторых, на те, которые определяют неприкосновенную сферу права индивидов, другими словами, те, которые определяют юридически отношения частных лиц и администрации. Когда дело идет об исполнении простых инструкций, то, конечно, нет и намека на правосудие (Rechtssprechung), потому что под последним автор понимает «функцию, которая состоит в выяснении соответствия административного акта праву в том случае, если частное лицо отрицает это соответствие, утверждая, что это нарушение права имело своим последствием нарушение его личного права». Таким образом, компетенция органов административной юстиции налицо тогда, когда существует индивидуальный интерес, пользующийся покровительством закона. Конечно, об обращении к административному суду не может быть и речи тогда, если нельзя сослаться на юридическую нор-

му, которая, как утверждают, нарушена администрацией, потому ли, что ее вовсе нет, или потому, что посягательство на индивидуальное право предоставлено оценке, усмотрению администрации.

Штенгель относит к компетенции административных судов «все те вопросы, которые имеют своим предметом споры о правах и обязанностях, относящихся к публичному праву, и должны решаться по юридическим мотивам; к области же чистой администрации — те вопросы, в которых нет и речи о правах и обязанностях и где решение предоставлено оценке, усмотрению администрации. Если, однако, германские административные суды и имеют дело с такими вопросами, решение которых покоится единственно на мотивах удобства, целесообразности и справедливой оценки, то причиной таких исключений является или полезность разрешения таких вопросов в состязательном порядке, или чрезвычайная сплетенность вопроса об удобстве с вопросом права».

§ 22. Теперь посмотрим, как разрешают вопрос о разграничении компетенции администрации и административной юстиции или обыкновенных судов те страны, где нет административной юстиции, или где она существует в исключительных случаях. Среди таких стран надо прежде всего остановиться на *Бельгии*. Статья 107 Бельгийской конституции гласит: «Высшие и низшие суды применяют общие, провинциальные и местные распоряжения и регламенты лишь постольку, поскольку они соответствуют законам». Таким образом, суды компетентны разрешать вопрос о законности или незаконности административного решения, но не могут исследовать того, должен ли быть издан административный акт, может ли он дать хорошие результаты. Таким образом, их право исследования распространяется только на вопрос о законности. Один из бельгийских административистов Жирон (Giron) указывает, что административные решения могут вызвать жалобы двоякого рода: одни основываются на том, что эти решения нарушили интересы, а другие на том, что ими нарушены приобретенные права. Администрация может, не выходя из пределов своих полномочий, не нарушая приобретенных прав, использовать незаконным образом свою дискреционную власть, вверенную им. Например, она может без достаточного основания отказать в концессии или выдаче иного разрешения: тогда она пользуется своей свободой в оценке, и суды не могут признать ее акты ничтожными. Если жалобщик ограничивается критикой акта, на который он жалуется, с точки

зрения пригодности его, удобства, целесообразности, если он только утверждает, что администрация не сохранила нужного равновесия между интересами, которые она должна была примирить, то в этом случае нет суда, даже тогда, когда различные заинтересованные стороны являются для того, чтобы отстаивать свои претензии в состязательном порядке. Но совсем иначе обстоит дело в том случае, если администрация применяет закон ложным образом, нарушает права и, следовательно, выходит за пределы своих полномочий: тогда выступает суд.

§ 23. Таковы те принципы, которые предлагаются в разных странах законодателем и учеными для отмежевания компетенции администрации от компетенции судов. И что́ же оказывается? Повсюду замечается тождество таких принципов. Администрация компетентна выступать тогда, когда дело идет о нарушенных простых интересах, а суды — обыкновенные или административные — компетентны выступать тогда, когда дело идет о нарушенных правах. Посягательство на право наблюдается тогда, когда закон, обязательный для администрации, нарушен, когда административная власть превысила границы своих полномочий. Напротив, нарушенный интерес будет тогда, когда администрация дурно воспользовалась своей свободой в оценке, когда ее акт может быть критикуем с точки зрения справедливости, удобства или необходимости, хотя он сам по себе и не противоречит закону.

§ 24. Интересно остановиться на этих признаках различия. Итак, суды (обыкновенные и административные) компетентны тогда, когда администрация посягнула на право. Но когда является право, в какой момент интерес становится правом? Конечно, нельзя ответить, что право будет налицо тогда, когда интерес гарантируется иском. Нельзя ответить и так: администрация нарушает право, когда она действует незаконно, нарушая юридическую норму, которая ее обязывает, и просто нарушает интересы, когда, не действуя против закона, она может рассматриваться, как ошибочно действующий орган. Этот ответ не правилен в том отношении, что в известных случаях администрация может действовать против закона, однако частное лицо, интересы которого нарушены, все-таки не может по этому мотиву обращаться к судье. В самом деле, закон, обязывающий администрацию, может быть издан исключительно в интересах общества, которые в каждом случае совпадают с интересами кого-нибудь из членов общества. Если бы каждому, чей интерес в данном случае является тождественным с нарушенным соци-

альным интересом, было дозволено вчинать иск в судебном порядке, тогда всякое пренебрежение обязанностью со стороны администрации могло бы быть передано судье на рассмотрение. Но ведь этого в действительности нет. Есть ряд случаев, когда закон попран, интересы частного лица нарушены, и тем не менее ему нет возможности вчинать иска, потому что иск принадлежит не ему, а общественной корпорации.

§ 25. Во всяком случае при разрешении поставленной проблемы надо иметь в виду две категории случаев. В первой категории обжалование судебным порядком оказывается недоступным потому, что сам жалобщик не имеет права действовать, а во второй категории это обжалование недоступно потому, что административный акт считается законным, но в то же время «несправедливым», «неудобным» и «нецелесообразным».

Рассмотрим сначала случаи *первой категории*, когда индивид-жалобщик не имеет права действовать судебным порядком ввиду отсутствия нужных для того качеств. Всякий закон, обязывающий администрацию действовать известным образом, не создаст непременно права на стороне частного лица. Мера может быть принята в интересах общества, и тем не менее может создаться такое положение, когда ни один член этого общественного организма не получит уполномочия на предъявление иска об исполнении этой меры. Частный человек может быть очень заинтересован в проведении данной меры, и тем не менее его попытка выступить в пользу ее проведения потерпит крушение и именно ввиду того соображения, что администрация обязывается не по отношению к нему, а по отношению к обществу. Для того, чтобы данное лицо могло вчинить иск, нужно, чтобы та норма, которая предполагается нарушенной, давала этому частному лицу права против администрации, а не ограничивалась одним определением отношений между администрацией и социальным организмом. Если дело идет о нарушении пределов власти, то нужно, чтобы такими границами были те, которые законодатель положил деятельности администрации по отношению к частным лицам, а не только те, которые определяют его поведение по отношению к обществу. Задача судов состоит только в том, чтобы исследовать, причинила ли администрация ущерб частным лицам, а не в том, действовала ли она ошибочно. Для иллюстрации можно привести следующий пример. Таможня упустила случай потребовать с данного лица покровительственную пошлину. Это упущение может нарушить частные права, и тем не менее ни одно частное лицо не имеет права иском, предъявлен-

ным в судебном порядке, добиваться взыскания этой пошлины. Единственно, что́ оно может сделать, это обратиться к высшей власти и известить ее о случившемся факте.

Таким образом, частное лицо может утверждать, что его право нарушено только в том случае, если оно установит, что нарушение права затронуло *лично его самого*, а не только *ту общественную организацию, членом которой оно состоит*, что администрация не выполнила той обязанности, которая падает на нее по отношению к нему, а не по отношению к обществу в его целом. Вопрос о том, когда будет такой случай, разрешается в зависимости от обстоятельств и прежде всего от норм закона.

§ 26. Перехожу ко *второй категории случаев*, т.е. к тем, когда судебное обжалование недоступно потому, что административный акт, законный сам по себе, оказывается *нецелесообразным, несправедливым* и, следовательно, подвергается *оценке* со стороны администрации.

Во всех государствах Западной Европы можно заметить чрезвычайно большое число таких вопросов, которые *подвергаются оценке* и в то же время *предоставлены усмотрению и решению администрации*. Таковы, например, случаи, когда приходится решать вопрос о том, требует ли общественная польза в данном случае отчуждения имущества (экспроприация), есть ли у новобранца такие дефекты, которые делают его неспособным к военной службе, нужно ли оказать призрение нуждающемуся, требует ли эпизоотия зарывания трупов животных и пр. Все эти вопросы почти всюду разрешаются самой администрацией, не прибегая к помощи обыкновенных или административных судов. которые могли бы контролировать акты администрации. Суды обыкновенно разрешают вопросы права.

Но тем не менее различие между вопросами права и вопросами оценки провести довольно трудно, хотя в этом направлении и делаются кое-какие попытки.

Так, некоторые ученые утверждают, что решение вопроса может потребовать *технических знаний*, которыми суды не обладают: это случай т.н. *административной технической оценки*, производить которую суды не компетентны. Таковы, например, вопросы о том, опасно ли для целости государства данное собрание, заслуживает ли доверия лицо, которое просит дать ему разрешение на открытие питейного заведения, представляет ли здание опасность в пожарном отношении, представляет ли данная мера опасность в санитарном отношении, для общественного

спокойствия и пр., вообще если она вынуждается или разрешается в интересах общественного блага, и пр.

Нередко пытаются провести границу между компетенцией судов и администрации таким образом, что администрация призывается решать суверенно *вопросы пользы и удобства*, а суды решают также суверенно *все вопросы права*. Такова точка зрения Лабанда, которая вызывает некоторые сомнения. Дело в том, что заранее, a priori, совершенно невозможно решить, входит ли данный вопрос в ту или другую категорию. Ведь нельзя искать различия компетенции в том, должно ли основываться принимаемое решение на «соображениях удобства» или на «юридических основаниях». Вопросы удобства — это вопросы, предоставленные администрации, а вопросы права — вопросы, предоставленные судам. Прежде чем имеет возможность сказать, что данный вопрос входит в ту или иную категорию, нужно знать, как происходит определение компетенции. Один и тот же вопрос, смотря по особенностям данного случая, может принять обе формы, несмотря на тождественность мотивов решения. Например, вопрос о том, является ли данное лицо заслуживающим доверия, может рассматриваться как вопрос права, когда решение принадлежит судам (напр., в избират. праве), и как вопрос удобства или целесообразности, когда решение передано администрации (напр., при разрешении на устройство промышленного предприятия).

§ 27. На очереди стоит вопрос *о контроле судов над решениями администрации в области административной технической оценки.*

Итак, возникает вопрос, должны ли суды быть признаны совершенно некомпетентными в тех вопросах, решение которых предоставлено администрации. Быть может, есть такие случаи, когда суды могут ведать данный спор, даже если администрация должна произвести административную техническую оценку. Если решение принято некомпетентной властью или если не соблюдены формы, предписанные законом, тогда, конечно, должен выступить судья, а не администрация. Но если решение принято компетентной властью, и притом соблюдены все законные формальности, то спрашивается, *неужели судьям может быть предоставлен известный контроль над решением только что приведенных вопросов.* По-видимому, надо было бы дать отрицательный ответ, потому что странно говорить о власти оценки, дарованной администрации, и в то же время признавать за судами право критиковать ее акты.

Но этот отрицательный взгляд не находит себе поддержки в

практике административных судов, а именно Французского Гос. Совета, Высшего Прусск. Адм. Суда, Австр. Адм. Суда и Первого Департамента нашего Правительствующего Сената. Эти суды принципиально признают ненарушимость технической административной оценки и тем не менее считают возможным отменить решение, когда им кажется, что оценка, примененная в данном случае, совсем не та, которую имел в виду закон, другими словами, что те соображения, которыми руководствовалась администрация, явно не имеют под собой основания и что решение, следовательно, нарушает закон. Спрашивается, почему же суды получают такой контроль? Причиной его является то, что администрация в вопросах оценки вовсе не пользуется полной свободой действий. Административное посягательство на интересы частного лица или отказ администрации действовать в его пользу допускаются лишь при наличности известных определенных условий. Имеются ли налицо такие условия, это — дело администрации, потому что она обладает нужными специальными административными знаниями, да, кроме того, нет решительно никаких оснований предполагать, что суды могут дать лучшую или более справедливую оценку. Но могут быть такие случаи, когда администрация такой требуемой оценки вовсе не сделала или произвела ее, но явно неправильно, так что подобная оценка оказывается, пожалуй, даже опороченной. Например, факты, на которых основывалась администрация, оказались неточными, или она упустила из виду необходимость освещения тех фактов, которыми она непременно должна была воспользоваться для своего решения. Во всех этих случаях ясно видно, что посягательство на интересы частного лица совершенно не оправдывается законом.

§ 28. В перечисленных выше случаях мы и встречаемся с вмешательством судов. Но спрашивается, до каких же пределов оно допустимо или, вернее, в каких случаях? Ответ на это может дать только практика указанных выше судов западноевропейских стран и России.

Если взять *Францию*, то мы увидим, что всякий административный акт может быть передан на рассмотрение Государственного Совета для отмены ввиду наличности *превышения власти* (excés de pouvoir). А жалоба по поводу превышения власти может быть подана тогда, когда жалобщик утверждает, что административный акт нарушил закон, что он недействителен ввиду некомпетентности, упущения законных форм или «извращения власти» (détournement de pouvoir). Спрашивается, чтó же нужно

разуметь под détournement de pouvoir? Это «извращение власти» налицо тогда, когда административный орган пользуется своей дискреционной властью для такого предмета, который должен быть признан чуждым намерению законодателя. По форме такое решение или акт безукоризненны, но нарушение закона становится явным, как только мы обратимся к намерению законодателя, к мотивам закона. Так, например, принципиально администрация должна действовать в интересах общества, а не частного лица. А между тем из процедуры рассмотрения дела ясно видно, что административное решение имело своей целью содействовать не публичному интересу, а интересу частного лица. Тогда власть, постановившая такое решение, оказывается виновной в détournement de pouvoir, и отмены такого решения перед Государственным Советом могут требовать те лица, чьи интересы оно нарушает. Приведу несколько примеров. Префекту, в интересах общества и для предупреждения наводнений, предоставлено право устанавливать уровень воды на мельницах и других предприятиях в несудоходных реках. Прибрежный владелец утверждает, что уровень воды вредит его предприятию и просит префекта понизить его. Префект, снисходя к его просьбе, предписывает понизить уровень воды и вследствие этого оказывается виновным в злоупотреблении своей властью. Тогда подается жалоба в Государственный Совет. Другой пример. Префекту дано право издавать правила для поддержания порядка во дворах железнодорожной станции, а именно определять те места, в которых должны стоять извозчики и куда они могут въезжать. Если префект пользуется этой властью для того, чтобы удалять экипажи, не принадлежащие определенному предприятию, с которым железная дорога заключила соглашение относительно перевозки пассажиров со станции в город, то тем самым префект совершает détournement de pouvoir.

Нельзя упускать из виду одного обстоятельства, а именно что во Франции пользование жалобами (recours) по поводу dét. de pouvoir поставлено в сравнительно узкие границы. Государственный Совет не имеет права требовать, чтобы чиновники осведомляли его о мотивах своих решений, и не может предписывать производство расследований относительно мотивов решений.

§ 29. *В Пруссии и других государствах* наблюдается то же явление. Прусский Высший Административный Суд и другие административные суды исходят из принципа, что они не являются судьями о необходимости и целесообразности административных распоряжений или решений, и что есть такие правила, приме-

нение которых должно быть предоставлено технической оценке самой администрации. Но тем не менее встречается немало таких решений, которые противоречат этому принципу, так как судьи берутся за пересмотр административной оценки. В каких же случаях применяется такой пересмотр? Суды допускают его тогда, когда администрация совершила юридическую ошибку, игнорировала юридический принцип, выраженный законом, и когда у административного решения совершенно нет фактического основания, которое бы его оправдывало, следовательно, когда оно являлось произвольным актом. Вот любопытный пример. Берлинская полиция издала распоряжение относительно охраны национального монумента, воздвигнутого в Крейцберге близ Берлина в память победы во время войны за независимость и восстановленного в 1878 г. Это распоряжение предписывало, чтобы собственники того квартала, где находится этот монумент, не строили зданий свыше известной высоты, определяемой полицией в каждом частном случае, для того, чтобы строения не мешали смотреть на монумент и не портили его общего вида. На основании этого распоряжения одному собственнику было воспрещено строить дом в 4 этажа, потому что он в значительной мере вредил виду монумента и в сущности обезобразил бы этот квартал города. На это запрещение собственник принес жалобу в окружной административный суд Берлина. На решение этого суда, удовлетворявшее ходатайство собственника, администрация принесла жалобу в Высший Административный Суд. Тогда этот Суд приступил прежде всего к исследованию вопроса о том, соответствует ли это распоряжение закону. Администрация ссылалась на Земское Право, дающее полиции право принимать меры, нужные для поддержания общественного спокойствия, безопасности и порядка и для устранения опасности, грозящей публике или отдельным ее членам. По-видимому, в разбираемом случае речь могла идти только о «поддержании публичного порядка». И Высший Суд выразил мнение, что полиция исходила из ошибочных предположений, так как под этим выражением никоим образом нельзя понимать всего того, что́ касается публичной пользы, и поддержание публичного порядка имеет вполне точный и определенный смысл. Затем, по мнению Суда, совершенно несостоятельна ссылка полиции на Земское Право, где говорится, что не следует возводить построек «во вред обществу или его безопасности или обезображивая города и публичные места». Как широко ни толковать термин «ущерб обществу», нельзя применять его в том случае, когда опасность состоит только в том,

что будет страдать вид памятника. Не может быть речи и об обезображении, потому что закон должен пониматься в том смысле, что недостаточно того, чтобы город или площадь каким-нибудь образом были обезображены, а нужно еще, чтобы неустройство оскорбляло глаза. Администрация, установив принципиально, что закон запретил сооружения, не отвечающие всем требованиям эстетики, тем самым игнорировала смысл закона, а потому ее отказ выдать разрешение на постройку здания должен быть признан незаконным.

Практика Австрийского Административного Суда также дает нам примеры, подобные приведенным. Суд признает, что он принципиально имеет право расследовать, поступала ли администрация при производстве дела так, как это требуется от нее по закону, например, выслушала ли экспертов по тем вопросам, в которых она сама, по общему признанию, не имеет нужных сведений, собрала ли администрация все те объяснения, которые она должна была бы потребовать прежде, чем принять свое решение, и пр. Когда закон предписывает администрации соблюдать известные формы при разбирательстве дела, то она должна следовать этому указанию, а иначе ее решение, постановленное без соблюдения предписанных форм, может быть отменено Высшим Административным Судом.

§ 30. Наконец, в *России*, в практике Сената, мы встречаем также отмену административного акта в силу dét. de pouvoir. В самом деле, Сенат осуществляет за дискреционными распоряжениями администрации *надзор двоякого рода: во-первых*, он может ограничиваться лишь проверкой того, был ли в наличности фактический состав, которым закон обусловливает пользование данным дискреционным полномочием, или, иначе говоря, правильно ли администратор подвел обнаруженный им факт под действие закона, и, *во-вторых*, он мог проверять дискреционные распоряжения с точки зрения соответствия их тем целям, ради которых создано данное дискреционное полномочие, т.е. удостоверяться в том, применяется ли закон для тех именно категорий дел, которые имелись в виду законодателем при его издании.

Именно Сенат и начал в конце XIX ст. все чаще и чаще входить в рассмотрение вопроса о соответствии принятого администрацией дискреционного распоряжения тем целям, ради которых издан закон, послуживший для него основанием, т.е. Сенат стал прибегать ко второму способу надзора за дискреционной властью. Особенно резкое тяготение Сената ко второй системе выразилось в двух категориях дел: по жалобам на распоря-

жения, состоявшиеся на основании положения об усиленной охране, и об открытии типографий, литографий и т.п. заведений. Что касается *первой категории* дел, то надо вспомнить, что генерал-губернаторы и губернаторы, пользуясь правом, предоставленным им по Положению 1881 г., стали издавать множество обязательных постановлений, за неисполнение которых виновные подвергались административным взысканиям. Конечно, в Сенат была подана масса жалоб, которые выяснили разнообразие целей и предметов обязательных постановлений и выдвинули вопрос о том, все ли они соответствуют намерениям законодателя, создавшего акт 1881 г. для борьбы с крамолой. Сенат начал входить в проверку каждого обязательного постановления с точки зрения соответствия его тем целям, ради которых было издано положение об усиленной охране. Поэтому он признал, что санитарные правила или постановления, относящиеся до порядка торговли, не имеют никакого отношения к охранению государственного порядка. А потому Сенат признавал неправильным издание подобных обязательных постановлений на основании усиленной охраны и преследование административным порядком за их неисполнение.

Та же точка зрения стала проводиться Сенатом и по второй категории дел *об открытии типографий, литографий и т.п. заведений*. Закон разрешает их открытие лишь при условии получения дозволения от губернатора, но ничего не говорит о том, по каким причинам может быть отказано в выдаче этого дозволения. Сначала Сенат толковал полномочия губернаторов в самом широком смысле, все основания отказа считал достаточными и оставлял домогательства жалобщиков без уважения. В конце 80-х годов XIX ст. взгляд Сената начинает меняться, он не признает достаточными все основания, которые приводятся губернаторами, на первый план выдвигает знание личных свойств просителя, а в конце концов признает единственным законным основанием для отказа в открытии типографии отсутствие личной благонадежности. Поэтому Сенат постоянно отменяет распоряжения губернаторов, обоснованные на каких-либо иных соображениях, как, например, на том, что данная местность не нуждается в новой типографии, или что нет чиновника в данном пункте, которому можно было бы поручить надзор за нею. Мало того. В 1895 г. Сенат признал недостаточным простое заявление губернатора о неблагонадежности просителя и, войдя в рассмотрение по существу представленных о его личности дан-

ных и не находя в них основания к установлению неблагонадежности, отменил распоряжение губернатора.

§ 31. Теперь уместно остановиться на попытках одного из тех ученых теоретиков, которые хотят еще более *расширить сферу действия административной юстиции*, а именно *Гнейста*. Из предыдущего изложения можно было видеть, что нет абсолютно точного правила для определения компетенции администрации и даже вопросы административной оценки входят в компетенцию судов. Два же ученых — Гнейст и Тецнер — считают ошибочным воспрещение административным судам осуществлять контроль над административной оценкой. По их мнению, эти суды, напротив, должны исследовать не только вопрос права, но и вопрос о необходимости и целесообразности административного акта. Компетенция административных судов в том виде, как она теперь существует, является ограниченной и представляется системой неполной и, кроме того, скорее кажущейся, чем реальной гарантией индивидуальных прав.

Такого взгляда держится Гнейст, который настаивает на расширении сферы действия административной юстиции и выходит при этом из следующих соображений. Он говорит, что конституционный режим лишил администрацию возможности в последней инстанции решать споры с ней отдельных граждан. Правительство ставится в зависимость от большинства национального представительства и подвергается опасности стать партийным правительством. По словам Гнейста, непрерывное сотрудничество с представительными палатами по вопросу об изменении законодательства и по бюджету заставляет правительство постоянно считаться с различными партиями и входить с ними в компромисс не только при издании законов, но и при их применении, а также при решении спорных вопросов административного права. В конституционном государстве нет абсолютного нейтралитета публичной власти, нет его ни в теории, ни на практике. С другой стороны, и органы исполнительной власти не могут быть не зависимы от правительства. Ведь для обеспечения единства в управлении нужно, чтобы правительство имело право увольнять чиновников, которых оно не считает возможным держать на службе, а при таких условиях партийное правительство становится партийной администрацией. А благодаря этому администрация рискует не выполнить самой существенной своей обязанности, а именно одинакового отношения ко всем без различия гражданам, так как здесь могут примешиваться политические интересы. Понятно, что администрация стремится уго-

дить вкусам и потребностям господствующей партии. Но эта партийность противоречит существу государства, которое желает, чтобы все подданные трактовались совершенно одинаково при исполнении обязанностей и получении прав.

Это печальное явление может быть устранено передачей решения административных спорных дел обыкновенным судам, потому что нельзя публичное право приравнивать к частному и нельзя рассматривать спор, имеющий своим предметом законное осуществление публичной власти, как конфликт между правами одного и того же характера, той же природы. Жалобы на акты администраций не могут разрешаться по частному праву. Нельзя далее передавать разрешение вопросов права судам, а вопросов факта — административным властям, потому что обе эти категории вопросов тесно связаны друг с другом. Поэтому необходимо, наряду с обыкновенными судами, создать еще и административные. Гнейст не признает удачной мысль составить эти суды, как во Франции, из чиновников, назначаемых правительством. То зависимое положение, в котором находятся чиновники, получающие жалованье, а еще более корпоративный дух и солидарность чиновников делают из всей совокупности их замкнутую корпорацию, которая повинуется единому импульсу.

Судейский контроль может быть организован только при посредстве самоуправления (Selfgovernment).

Контроль над низшим административным персоналом должен осуществляться почетными должностными лицами, не зависимыми по своему общественному положению. Даже решение спорных административных дел в первой инстанции должно быть почетной функцией. Высший контроль должны осуществлять административные суды, составленные отчасти из чиновников, а отчасти из нечиновников, исполняющих административные функции и потому достаточно опытных в технических вопросах. Высший административный суд разрешает только принципиальные вопросы и составляется из платных чиновников, имеющих юридическое образование и назначаемых пожизненно.

Таким образом, административные суды не должны ограничиваться вопросами права, а их задача состоит в рассмотрении жалоб на неправильные и необоснованные административные акты. По взгляду Гнейста, во всяком административном споре вопросы права и вопросы оценки тесно сплетаются друг с другом. Однако не всякая жалоба на нецелесообразное применение закона может быть подана в административные суды. Нужно еще, чтобы имел известное значение и частный интерес. По

мнению Гнейста, должен ставиться вопрос, «достаточно ли важен и тот интерес, которому грозит злоупотребление административной власти, и то искушение, которое будет испытывать власть к его совершению, для того, чтобы конденсировать этот интерес в судебный иск, осуществляемый при состязательном процессе. В противном случае заботу об охране интереса можно предоставить администрации, которая и будет осуществлять свой контроль».

Такова доктрина Гнейста, воспроизводящая, собственно говоря, *английскую организацию*. В его представлении неизбежным элементом администрации современных государств должен явиться институт бесплатных мировых судей, назначаемых правительством и принадлежащих к состоятельным классам. Его концепция административной юстиции совпадает с английской концепцией: ведь в Англии жалобы на решения мирового судьи разрешаются, при соблюдении судебных форм, четвертной сессией мировых судей, т.е. судом, составленным из независимых и компетентных нечиновников. Эти суды не ограничиваются рассмотрением вопросов права, в том смысле, как это понимается на континенте, а распространяют свое исследование и на вопросы необходимости и целесообразности. Такое расширение контроля над административными актами является естественным последствием того факта, что четвертные сессии составлены из администраторов, т.е. мировых судей. Напротив, в случае подачи апелляционной жалобы на решения четвертных сессий, уже проводится различие между вопросами административной оценки, разрешаемыми принципиально и окончательно мировыми судьями, и вопросами права, которые могут быть переданы на рассмотрение Высшего Суда (High Court).

Нельзя обойти молчанием того, что доктрина Гнейста оказала влияние на Прусскую административную систему. Администрация в первой инстанции является отчасти независимой и вверена чиновникам, несущим эти обязанности в качестве почетной должности; выборные корпорации рассматривают не одни дела общин, но и дела государственные; административные суды составлены отчасти из административных чиновников, а отчасти из нечиновников, призванных совместно работать с администрацией. Но взгляд Гнейста на расширение сферы действия административных судов не нашел себе места в Прусском законодательстве. Вопросы об административной оценке не входят в компетенцию административных судов, и они решаются в порядке Beschlussverfahren, а не Verwaltungsstreitverfahren. Конечно,

есть и несколько исключений, напр., различные вопросы о дозволении заниматься промыслами могут разрешаться и в административно-судебном порядке и пр.

§ 32. Против этих двух теоретиков и их взглядов был выдвинут целый ряд *возражений* со стороны многих знатоков вопросов административной юстиции.

Наиболее серьезным является возражение, которое не признает, чтобы опасность влияния политических соображений на разрешение административных вопросов была настолько существенной, чтобы могла оправдать устройство контрольных учреждений, специальных и независимых, наряду с обыкновенными административными учреждениями. Гнейст предполагает, что администрация будет лишена нравственного чувства, так как не только центральное правительство будет руководствоваться политическими мотивами, но и низшие чиновники будут слепо исполнять инструкции, предписывающие покровительство тем, кто принадлежит к господствующей партии, и преследовать всех остальных. Но ведь такая моральная развращенность должна проникнуть и в те суды, которые, по Гнейсту, выбираются народом или коммунальными советами.

§ 33. Если теоретики спорят относительно объема компетенции административных судов, зато среди них не возникает никакого спора относительно невозможности передачи административно-спорных дел обыкновенным судам. Против такого расширения компетенции обыкновенных судов выдвигаются очень веские возражения.

Прежде всего следует заметить, что существование административных судов оправдывается причинами *двоякого рода*: во-первых, неудобством предоставления окончательного решения административных споров обыкновенным административным властям и, во-вторых, неудобством предоставления такого решения обыкновенным судам, уже ведающим частно-правовые дела и репрессивную юстицию.

В основании этих соображений лежит главным образом страх, как бы индивидуальные интересы не были принесены в жертву публичному интересу. И вот средством для устранения такой пристрастности является юрисдикция беспартийного контроля, который главной своей целью ставит исследование вопроса о том, соблюдается ли закон, определяющий права администрации и индивида, а не о том, как проявляет администрация свою деятельность, которая ставит главной своей целью публичный интерес. Из этого можно было бы сделать тот вывод,

что членам таких контрольных инстанций можно вверить только спорно-административные полномочия, исключив чисто административные. Но в действительности, и чаще всего, дело обстоит как раз наоборот. Власть, действующая в качестве административного суда, может играть роль и чисто административной власти. Различие между спорно-административными и административными полномочиями вытекает из соблюдения органом известных форм вроде, напр., состязательного процесса. Когда административная власть функционирует в качестве суда, то она постановляет решение, не обращая внимания на инструкции и приказы сверху и основываясь только на одном законе. Ведь совершенно непонятно учреждение такого беспристрастного суда, какой бы соблюдал формальности, охраняющие индивидуальные интересы, и в то же время дозволял другим влиять на его решение.

§ 34. *Возражения против компетенции обыкновенных судов в разрешении спорных административных дел сводятся к следующему.*

Первое возражение, формулированное такими видными юристами, как Шталь, Гербер и Унгер, состоит в том, что обыкновенные суды, решая споры публичного права, займут положение выше государства, которое к тому же нельзя считать стороной в споре. Так, Унгер прямо заявляет, что «государство никогда не может быть стороной в споре, когда дело идет об осуществлении его права верховенства (суверенитета). Право государства и право частного лица — права не одинакового характера. В этой области нет споров между правами одного и того же значения, по которым суд мог бы вынести решение как в споре общего права». Эта теория, по-видимому, построена на отождествлении администрации с государством.

Второе возражение сводится к тому, что в сфере администрации решение принимается по таким соображениям и с такой точки зрения, которые отличаются от соображений и точки зрения, господствующих в частном праве. Это возражение представляется одним из самых главных. В самом деле, оно сводится к тому, что нельзя решать вопросы публичного права такими способами, которые служат для разрешения вопросов частного права. Если применять одинаковые методы, то получатся нежелательные результаты, не отвечающие ни нуждам администрации, ни потребностям общества. Решение спора публичного права должно основываться на такого рода соображениях, которых нельзя встретить в частном праве.

Подобное возражение мы встречаем в Германии (у Шталя, Гербера и Блюнчли) и во Франции (у Окока и Вивьена). Любопытно остановиться на взглядах Гербера. Он говорит, что характерной чертой функции судьи является то, что она имеет своим предметом реализацию абсолютного права. Судья рассматривает переданные ему дела именно с этой точки зрения. Он не должен проникаться такими соображениями, как публичное благо, польза или целесообразность, нравственность, но только исключительно принципами права. Следовательно, сфера деятельности судов сводится к уголовному и частному праву. Публичное право не подходит к этим отраслям правоведения. Конечно, когда в области публичного права встречаются темные или спорные пункты, то публичная власть и должна их разрешить: но для этого она не должна рассматривать дело только с специальной точки зрения, а именно применения абсолютных правовых норм; нет, она считается в то же время с требованиями публичного блага, с тем, что может быть полезно или целесообразно для интересов общества. Публичная власть, определяя положение индивида под углом этих соображений, в то же время не поступает произвольным образом, потому что применение соображений, даже чуждых сфер абсолютного права, регулируется отчасти законами, ордоннансами или принципами права.

§ 35. Все перечисленные выше ученые согласны в том, что споры публичного права не могут разрешаться, подобно спорам частного права, логической интерпретацией и применением закона к данным фактам, но что решение должно быть проникнуто публичным интересом, тем, чтó действительно полезно или целесообразно для общества. Следовательно, для разрешения споров публичного права менее пригодны обыкновенные суды, которые не должны руководствоваться подобными соображениями.

Но нельзя закрывать глаза на то, что изложенная теория далеко несвободна от серьезных недостатков. В публичном и частном праве может идти речь о законе, о правах и обязанностях и тогда один только закон должен быть положен в основание решения. Законы, касающиеся администрации, также обязательны и имеют то же значение, как и законы, регулирующие частное право. В обоих случаях дело идет о применении действующего права. Даже интерпретация административных законов, вопреки мнению Блюнчли, должна следовать тем же принципам, что и интерпретация норм частного права. Возьмем хотя бы такой пример. Община протестует против распоряжения министра,

которое принуждает ее построить новую школу; она утверждает, что по букве закона она может быть принуждена к этому только тогда, когда число детей, достигших школьного возраста, превысит известную цифру. А министерство утверждает, что в законе нет такого правила или что число детей превышает эту цифру. Едва ли в данном случае допустимо иное толкование, чем то, которое применяется в частном праве: здесь право не может уступить соображениям целесообразности.

§ 36. Наконец, *третье возражение* заключается в том, что для разрешения большинства спорных административных дел требуются *специальные знания, а особенно знания административных законов и вопросов*. Конечно, судьи, опытные в науке управления, весьма желательны. Опыт Западной Европы показывает, что судья, игнорирующий эту науку, проявляет постоянную тенденцию передавать на разрешение администрации такие вопросы, которые не должны ускользать от контроля судов, благодаря чему частные лица лишаются гарантии, на которую они имеют право.

Если нельзя отрицать необходимости специальных знаний, то, с другой стороны, нельзя делать того вывода, что административная юстиция должна быть поставлена вне судебной организации. Административные судьи должны иметь такое же независимое положение, освобождающее их от влияния администрации и других учреждений, как и обыкновенные судьи. Равным образом необходим и высший суд, который бы стоял над административными судами. Но вовсе нет необходимости в том, чтобы административная юстиция осуществлялась судами.

§ 37. После рассмотрения этих возражений против компетенции обыкновенных судов в административно-спорных делах уместно остановиться на компетенции обыкновенных и административных судов в одной категории таких дел, а именно в *исках о возмещении ущерба и убытков, предъявляемых к чиновникам*. Сначала остановлюсь на *тех исках, которые к ним предъявляются частными лицами*.

По общему правилу, такие иски выдаются обыкновенными судами. Они затрагивают непосредственно преследуемого чиновника, а не администрацию, против него выдвигается обвинение, что он нарушил свою обязанность, что он действовал не как представитель государства или его орган, одним словом, действовал вопреки своему мандату. Центральным пунктом дела является личный акт чиновника, а не акт государства, а потому и спор между чиновником и потерпевшей стороной относится к

частному праву. Но администрация весьма заинтересована в разрешении одного *преюдициального вопроса* публичного права о том, законны ли акт или упущение, совершенные чиновником. Приговор, состоявшийся по такому делу, непосредственно не обязывает администрацию к совершению известного акта или воздержанию от него, но, конечно, оказывает значительное влияние на ее свободу действий, так как он как бы определяет на будущее время поведение администрации. Приговор, присуждающий чиновника к возмещению ущерба и убытков, является для администрации уважительной причиной для того, чтобы взять обратно то приказание, которое вызвало осуждение чиновника. Наконец, несомненно, администрация на будущее время откажется издавать подобные приказы при таких же точно обстоятельствах. Ввиду важного значения разрешения этого преюдициального вопроса, законодательства отдельных западноевропейских стран поспешили разрешить его довольно однообразно, хотя несколько и уклонились от того порядка, который был установлен вообще для разрешения преюдициальных вопросов. Мне уже приходилось говорить раньше, что в отдельных государствах действуют различные правила о компетенции судов в разрешении преюдициальных вопросов публичного права. Так, во *Франции* действует правило, согласно которому всякое дело, разбираемое в судах, приостанавливается рассмотрением, раз возникает вопрос об интерпретации или действительности административного акта, причем такая приостановка длится до тех пор, пока администрация или административный суд не решат этого преюдициального вопроса. В *Германии*, напротив, суды, раз они компетентны разрешать данное дело, компетентны разрешать все преюдициальные вопросы, даже в том случае, если они входят в компетенцию другого учреждения. По преюдициальному вопросу о законности упущения или акта чиновника, причинившего убыток, прусское и французское права единодушны, передавая его на разрешение администрации.

§ 38. Во *Франции* до падения последней Империи действовало правило, согласно которому против чиновника нельзя было возбудить ни иска о возмещении ущерба и убытков, ни уголовного преследования, без разрешения правительства. Это правило покоилось на конституции VIII года, статья 75-я которой гласила: «агенты правительства, кроме министров, могут быть привлекаемы к ответственности за действия, касающиеся их функций, лишь в силу решения Государственного Совета; в таком случае преследование ведется перед обыкновенными судами».

Итак эта конституционная гарантия применялась к агентам правительства, под понятие которых не подводились члены генеральных и муниципальных советов, низшие полицейские агенты, жандармы и тюремные надзиратели. В 1870 г. этот порядок был изменен декретом 19 сентября, который гласил, что «статья 75 конституции VIII года отменяется. Отменяются и все другие постановления общих или специальных законов, имеющих своей целью затруднять преследование публичных чиновников всякого рода».

На первых порах это постановление толковалось в том смысле, что суды компетентны исследовать основательность (во всех отношениях) исков о возмещении ущерба и убытков, предъявляемых к публичным чиновникам. Но вскоре выяснилось, что такое толкование противоречит принципу французского публичного права — независимости администрации от судов. Тогда установилась новая точка зрения, развитая впервые трибуналом для разрешения конфликтов. Согласно решению последнего от 27 июля 1873 г. различаются правила, воспрещающие судам вмешиваться в деятельность администрации и, следовательно, устанавливающие абсолютные границы их компетенции, и правила, имеющие своей целью охранять чиновников от плохо обоснованных преследований. Трибунал указывает, что отменены только последние правила, но не первые. Из этого нельзя делать того заключения, что ни один иск о возмещении ущерба и убытков, предъявляемый к чиновнику, не может быть передан суду без предварительного исследования вопроса о законности административного акта администрацией или административным судом. Напротив, проводится различие между «административным актом» и «личным актом» чиновников, и только в первом случае суды должны быть признаны некомпетентными и отсылать дело к администрации. Если же требование о возмещении ущерба и убытков опирается на фактах, рассматриваемых как личный акт чиновника, то компетентны суды. Конечно, все затруднение заключается в том, как определить административный акт и административную ошибку, личный акт и личную ошибку чиновника. Лаферрьер пытается провести различие в следующих словах: «если вредоносный акт — безличен, если выступает администратор, мандатар государства, а не человек с его слабостями, страстями, неосторожностью, то акт остается административным и не может быть передан на рассмотрение судов; если, напротив, личность агента выясняется общеправовой ошибкой, фактическим действием, dolus'ом, тогда ошибка

должна быть вменена в вину чиновнику, а не занимаемой им должности; акт утрачивает свой административный характер». Лаферрьер приводит и примеры. Личная ошибка будет тогда, когда почтальон по небрежности передаст письмо, адресованное известному лицу, совсем другому человеку, когда чиновники телеграфа опоздают с отправкой телеграмм в желаемое время, когда государственный инженер допускает ошибку при постройке моста, и последний обрушивается, раня и убивая рабочих.

Что касается министров, то иски к ним могут быть предъявляемы в обыкновенных судах, когда парламент или, во всяком случае, палата, имеющая право обвинять, дала на это свое согласие. Но такая постановка допускается лишь в случае «личной ошибки». Если же налицо административная ошибка, то вопрос должен быть передан на рассмотрение администрации или административных судов.

§ 39. В *Германии* закон о приведении в действие устава о судоустройстве сохраняет в силе постановления различных стран, которые требуют, чтобы до предъявления всякого иска к чиновнику (как уголовного, так и гражданского) о возмещении ущерба и убытков по поводу актов, входящих в его функции, последовало решение особого органа власти. Это предварительное решение может касаться и вопроса о том, оказался ли чиновник виновным в превышении своих служебных функций или в упущении возложенного на него служебного действия. Если этот вопрос решается отрицательно, то иск не может быть предъявлен, а если утвердительно, то разрешается обращение к судам, которые, однако, не связаны содержанием предварительного решения. Последнее выносится не самой администрацией, а высшим административным судом данной страны.

Такие постановления встречаются в Пруссии и в большинстве крупных государств, но зато их вовсе нет в мелких государствах и нет соответствующих постановлений относительно имперских чиновников. Следовательно, в мелких германских государствах и когда дело идет об имперских чиновниках, то суды рассматривают иск во всей его совокупности и им не нужно добиваться предварительного решения другой власти. Но в Пруссии и крупных государствах суды обязаны приостановиться разрешением дела, пока не последует решения органа административной юстиции или высшего суда. Требование, исходящее от администрации и имеющее в виду отсылку дела этим властям, называется «возбуждением конфликта» (Erhebung des Konflikts).

§ 40. До сих пор речь шла об исках, предъявляемых частны-

ми лицами, но есть еще *иски о возмещении ущерба и убытков, которые предъявляются к чиновнику от имени государства*. Дело в том, что между чиновником и государством могут возникнуть споры по исправлению счетов, могут явиться вопросы, касающиеся точности счетов, составленных счетными чиновниками. Вопросы счетоводства нередко дают повод к применению специальных правил о компетенции, так как в различных странах существуют особые суды, счетные палаты, имеющие своей задачей исследование и даже разрешение таких вопросов.

Есть *два типа* таких счетных палат. Палаты одного типа не только исследуют счета, но и регулируют окончательно, приговором, положение счетного чиновника по отношению к государству; следовательно, если в кассе или по счетам оказывается недочет, то чиновник присуждается к уплате недостающей суммы. Так поставлено дело во Франции, Бельгии и Италии. Совсем иначе регулирован этот вопрос в Германии и Австрии. Счетные палаты не постановляют приговоров в собственном смысле. Их роль сводится к пересмотру счетов и сообщению администрации о результатах своего исследования. Если палата признает счета правильными, то пропускает их; если найдется основание критически отнестись к ним, то палата сообщает свои замечания администрации, которая, однако, нисколько ими не связывается. Окончательное решение постановляется или администрацией, или обыкновенными, а то и административными судами.

В Пруссии и в Германской Империи существует особая административная процедура против счетных чиновников в случае замеченного дефицита (Defektenverfahren), которая имеет целью отыскать и определить дефицит и покрыть его. Против решения администрации (Defektbeschluss) чиновник может подать жалобу высшей власти или обратиться в обыкновенном порядке в суд. Если суд полагает, что жалобщик не подлежит ответственности, то он отменяет решение администрации.

§ 41. Из ведения административных судов ускользают *акты правительства*. Во Франции и Италии обыкновенным административным актам противополагаются т.н. акты правительства или политические акты (actes de gouverment, actes politiques, atti di alta politica). Обыкновенные административные акты и политические акты исходят от исполнительной власти, которая имеет две задачи — управлять и правительствовать. Когда исполнительная власть правительствует, то ее акты не могут рассматриваться ни обыкновенными, ни административными судами. О законности таких актов может судить одно правительство и те па-

латы, перед которыми оно ответственно. Но что́ же значит управлять и правительствовать? Лаферрьер определяет эти термины следующим образом: «управлять — это значит обеспечивать ежедневное применение законов, наблюдать за отношениями граждан к центральной или местной администрации и различных органов администрации между собой. Правительствовать — это значит удовлетворять потребности политического общения в его целом, наблюдать за его конституцией, функционированием крупных публичных сил, отношениями государства к иностранным державам, а также внутренней и внешней безопасностью».

Характерной чертой «актов правительства» является их политический характер. При этом Лаферрьер утверждает, что для включения в категорию таких актов важен не мотив акта, а его особая природа. Если, например, правительство по политическим мотивам посягает на личную свободу или свободу печати, то о законности акта могут судить обыкновенные суды. Но мнение Лаферрьера далеко не разделяется всеми. Многие полагают, что политические мотивы нередко являются поводами к отрицанию компетенции судов.

§ 42. Переходя к подробному рассмотрению правительственных актов, прежде всего нужно остановиться на *чрезвычайных мерах безопасности*. Под ними разумеются осадное положение в случае внутренних беспорядков, меры, принимаемые против членов свергнутых династий, меры для воспрепятствования проникновению в страну заразительных болезней, против голода или других общественных бедствий и вообще чрезвычайные меры, принятые правительством в интересах публичной безопасности. Таким образом, под правительственными актами разумеются два типа мер: одни — меры безопасности — находят себе оправдание в законе, а другие принимаются вопреки закону по соображениям, чуждым ему.

Меры первого рода нет нужды включать в разряд «актов правительства», изъятых из компетенции судов. Например, вопрос об установлении карантина и пр. подлежит окончательному решению администрации. Но все-таки и они не ускользают совершенно от контроля суда. Например, вопрос о том, выполнили ли санитарные власти меры безопасности, предписанные законом, входят в компетенцию судов.

Совсем иначе обстоит дело в том случае, когда чрезвычайные обстоятельства могут уполномочить правительство на нарушение индивидуальных прав вопреки существующим законам. Тогда о компетенции судов не может быть и речи. Эта точка

зрения поддерживается теорией и практикой французских и итальянских судебно-административных учреждений, которые отрицают компетенцию судов в таких случаях. Во Франции эта точка зрения проводится по отношению к членам свергнутых династий. Требования о возмещении ущерба, иски по поводу конфискации предприятий, предъявляемые этими лицами, отвергаются судами под тем предлогом, что меры, принятые правительством, имели политический характер. Такие случаи отказа встречались в эпоху Реставрации, Июльского правительства и Империи. Аналогичный случай имел место в Италии в 1890 г. Наследники Иоахима Мюрата начали дело против итальянского правительства и стали требовать возвращения различных недвижимых имуществ, принадлежавших Мюрату и конфискованных неаполитанским правительством в 1817 г. И вот возник вопрос о том, компетентны ли суды разрешать это дело. Римский Кассационный Суд решил, что эта собственность была конфискована по политическим мотивам и потому суды некомпетентны рассматривать это дело: последним нужно судить по закону, а рассматриваемый акт не может быть обсуждаем с этой точки зрения.

Во Франции, по-видимому, юриспруденция начинает оставлять теорию, которая позволяет правительству по политическим соображениям посягать на права частных лиц, хотя оно и не уполномочено на то законом. Новая доктрина основывается на решении трибунала для разрешения конфликтов (Tribunal des conflits), которому пришлось высказаться по поводу мер, принятых правительством для исполнения декретов о закрытии разрешенных религиозных конгрегаций. Администрация пыталась рассматривать свои решения как акты правительства, не подлежащие рассмотрению судов, но эта точка зрения была отвергнута трибуналом. Напротив, эти акты были признаны такими актами администрации, которые не подлежат рассмотрению судов на общем основании. Та же самая точка зрения была проведена и в делах, начатых членами семейств Орлеанов и Мюратов в 1887 г. против французского правительства по поводу их исключения из рядов армии по распоряжению военного министра. Эти лица утверждали, что они носят свои воинские звания на основании закона и что звания являются их собственностью. На этом основании они и обжаловали решение министра перед Государственным Советом в форме иска об отмене этого решения. Министр утверждал, что его решение есть акт правительства, который не подлежит рассмотрению Государ. Сов. Но

последний отверг это соображение и принял дело к своему рассмотрению.

§ 43. В разряд актов правительства входят далее *трактаты и акты по их выполнению.* Во Франции и Италии многие вопросы, касающееся трактатов, изъяты из ведения обыкновенных и административных судов на том основании, что они признаются некомпетентными разрешать споры между двумя правительствами. Они могут судить международные споры только в качестве арбитров.

Понятие акта правительства распространяется не на одни трактаты, но также и на акты, связанные с ними. Трактат, текст которого вошел в закон или ордоннанс, исходящий от правительства, и получил обязательную силу для носителей публичной власти и подданных государства, может создать права или наложить на подданных обязательства по отношению к государству: напр., правительство берет на себя обязанность уплатить известные суммы частным лицам, получать известные таксы по определенному тарифу и пр. Может случиться так, что частные лица станут утверждать, что они потерпели ущерб вследствие заключенного трактата, и подают жалобу на администрацию. Тогда возникает вопрос: могут ли споры между частными лицами и правительством по поводу прав и обязанностей, вытекающих из заключенного договора, быть передаваемы на рассмотрение судов?

Если в германских странах суды признаются компетентными разрешать такие дела, зато в латинских странах дело обстоит иначе. Притязания, которые основываются частным лицом на трактате, в большинстве случаев будут отвергаться судами, как такие, которые предоставлены решению правительства.

По-видимому, в этих случаях нужно руководствоваться взглядами, развитыми Лаферрьером. Он проводит различие между истолкованием и применением трактата. Первое совершенно недоступно судам. Если во время производства дела в судах возникнет затруднение относительно смысла или действительности трактата, то дело должно быть приостановлено рассмотрением до разрешения спорного вопроса правительством или, вернее, двумя договорившимися сторонами. Если судам различных стран предоставить полную свободу в истолковании, то тогда создастся и различная судебная практика, а в таком случае одни и те же интересы не будут пользоваться одинаковой охраной.

Что касается применения трактатов, то нужно различать трактаты политические и трактаты частно-правовые. Суды компетент-

ны применять только трактаты второго рода. Поэтому если частные лица утверждают, что политические трактаты (о мире, о союзе, о протекторате и пр.) своими постановлениями причинили им ущерб, то административные и обыкновенные суды не имеют права рассматривать притязания этих лиц. Таков случай, когда часть страны занята войсками иностранной державы в силу договора, заключенного с этой страной, и частные лица, потерпевшие от такого занятия, требуют возмещения убытков. Совсем иначе обстоит дело, когда речь идет о трактатах, касающихся исключительно частного права, напр. о наследстве лиц, умерших за границей, о литературной и художественной собственности, о таможенных трактатах, торговых договорах, трактатах о выдаче. Здесь уже компетентны суды, безразлично от того, идет ли спор между частными лицами или между ними и государством.

Итальянские суды в настоящее время стремятся расширить свою компетенцию и в новейших своих решениях принимают к своему рассмотрению вопрос о том, создает ли данная статья трактата права для частных лиц и лежит ли на государстве обязанность выдать вознаграждение.

§ 44. Наконец, следует остановиться на третьей категории актов правительства — *военных действиях*. Французское право освещает принцип, согласно которому суды не могут принимать к рассмотрению тех просьб о вознаграждении, которые основываются на убытках, причиненных во время войны врагом или вследствие необходимости в защите. Следовательно, ни суды, ни администрация не компетентны выдавать вознаграждения потерпевшей стороне. Этот вопрос должен разрешаться законодателем, который определяет и выдачу вознаграждения и обыкновенно намечает те власти, которым поручается распределение суммы.

Французские и итальянские ученые стремятся дать точное определение «военным действиям». Лаферрьер понимает под ними необходимые и непосредственные следствия войны, тогда как меры подготовительного характера, по его мнению, не исключают возможности права на вознаграждение. Что касается военных реквизиций, то французский закон 1877 г. определяет, что потерпевшие могут требовать вознаграждения перед обыкновенными судами, когда реквизиции были произведены в интересах французской армии.

Глава вторая
ОРГАНИЗАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ

I. Франция

§ 45. Во французском праве издавна освещен принцип воспрещения судам обсуждать вопрос о законности административных актов, который, по крайней мере теоретически, подлежит исключительно рассмотрению администрации. Но старый режим уже создал под разными наименованиями немало административных судов, которые разрешали споры, возникавшие между частными лицами и администрацией. Эти суды находились в некоторой зависимости от короля (вроде Chambredes comptes, Cour des aides и пр.). Должности судей были продажными, а сами судьи — несменяемыми. Но более новые суды, вроде интендантов и королевского совета, уже находились в тесной зависимости от королевской власти.

В эпоху революции все эти специальные суды исчезли. Однако учредительное собрание не было склонно передавать решение спорных административных дел обыкновенным судам, и потому административная юстиция была передана во время революции окружным и департаментским собраниям. Но такое смешение администрации и юстиции дало отрицательные результаты, и административные суды были восстановлены в VIII году, хотя и под другой формой, чем раньше. Разрешение различных споров было передано в первой инстанции советам префектуры, а во второй и последней — Государственному Совету. Решения последнего долгое время имели характер мнений или проектов, нуждавшихся в санкции главы государства для того, чтобы превратиться в настоящие решения. Такой порядок был изменен законом 24 мая 1872 г., и в настоящее время Государственный Совет уже постановляет решения самостоятельно. Французские административные суды страдают тем недостатком, что их члены — сменяемы. Но следует иметь в виду, что члены Государственного Совета фактически, но не юридически, несменяемы. На основании закона несменяемы только члены Счетной Палаты (Cour des comptes).

§ 46. Есть ученые, которые признают судьями в области администрации некоторых административных чиновников, а именно *министров*. Но Лаферрьер, Окок и новейшая практика Государственного Совета отрицают за решениями министров ха-

рактер юрисдикционных актов. Этот вопрос имеет важное практическое значение, особенно когда министры признаются административными судьями первой степени: это значит, что всякий административный спор, который определенно не отнесен к компетенции какого-либо органа, входит в компетенцию министра и не может быть передан на рассмотрение Государственного Совета раньше, чем министр не постановит своего решения. Лаферрьер отвергает такую точку зрения.

В действительности обыкновенными административными судами первой инстанции являются советы префектуры, которые разрешают главные административные споры. Государственный Совет является апелляционной инстанцией для советов префектуры и первой инстанцией для решений министров и других решений, которые не могут быть обжалованы перед советами префектуры. Наряду с этими судами действуют и специальные, среди которых первое место принадлежит Счетной Палате (Cour des comptes).

§ 47. Административная юстиция принимает различные формы. Так, судья может рассматривать вопрос во всей его совокупности, решать зараз о фактической и юридической стороне его, изменять, если нужно, решение администрации и вместо него постановлять свое собственное. Здесь мы имеем дело с разбирательством на праве полной юрисдикции (contentieux de pleine juridiction).

Иногда весь вопрос сводится исключительно к тому, чтобы узнать, должно ли быть уничтожено (отменено) административное решение или нет. В этом случае административный суд не может постановить своего решения вместо решения администрации, но только отменяет последнее в случае его противоречия закону. Это называется разбирательством с целью отмены решения (contentieux d'annulation) или жалобами по поводу превышения власти (recours pour excés de pouvoir).

Иногда предметом жалобы в административный суд является исключительное желание добиться от него интерпретации, истолкования административного акта. Тогда мы имеем дело с разбирательством с целью истолкования (contentieux d'interprétation).

Наконец, административные суды в известных сферах деятельности (contraventions de grande voirie) имеют право устанавливать наказания. Тогда налицо разбирательство с целью репрессии — так называемое contentieux de repression.

После этих вступительных замечаний следует остановиться: 1) на определении сферы деятельности административных и

обыкновенных судов и выяснении тех вопросов, в которых административные суды имеют «pleine juridiction», 2) на специальных правилах, касающихся жалоб по поводу превышения власти (recours pour excés de pouvoir) и интерпретации административных актов, и 3) на организации различных административных судов и на конфликтах.

§ 48. *Сфера деятельности обыкновенных и административных судов* была определена еще в законе 1790 г., который гласил, что «судьи не могут, под угрозой наказания за преступление по должности, мешать каким-нибудь способом действиям административных органов, ни привлекать к ответственности администраторов по поводу их функций». Такое же обязательство возлагается и на администрацию, так как она не может вторгаться в сферу компетенции, предоставленной судам. Этот принцип проводится настолько далеко, что даже преюдициальные вопросы, возникающие во время разбирательства дела и подлежащие, будь они самостоятельны, рассмотрению другой власти, подлежат решению последней.

В основании разграничения компетенции лежит различие актов публичного управления или распорядительных (actes de gestion) и актов публичной власти (actes de puissance publique). Это различие приблизительно соответствует различию тех случаев, когда государство действует как лицо частного права и как государство. Если данный акт является acte de puissance publique, то компетентными признаются административные суды, если, конечно, закон не передает вполне определенно данного акта в ведение обыкновенных судов. Если акт является распорядительным, то он выдается обыкновенными судами, и нужно вполне определенное указание закона на то, чтобы он подлежал ведению административного суда.

Суды ведают, прежде всего, вопросы о гражданском состоянии и гражданской правоспособности (включая и вопросы о национальности и месте жительства), которые обыкновенно являются в административном разбирательстве преюдициальными вопросами. В этом случае административный судья должен приостановиться рассмотрением дела до разрешения судом преюдициального вопроса. Примеры можно привести следующие: 1) лицо, изгнанное из Франции, как иностранец, утверждает, что оно — французский гражданин, и подает в Государственный Совет жалобу, добиваясь отмены приказа о высылке; Государственный Совет, которому вопрос о национальности покажется не совсем ясным, может передать его на рассмотрение суда;

2) если во время разбирательства дела о выборах в совет префектуры подымается вопрос о месте жительства избранного, то этот вопрос является преюдициальным и должен быть разрешен судом.

Вопросы о собственности принципиально должны ведаться судами. Исключение составляют дела, касающиеся продажи государственных имуществ, которые подлежат ведению администрации. Это исключение ведет свое начало от эпохи революции и вызвано было страхом, как бы суды не отказались признать законной продажу имуществ эмигрантов и духовенства, практиковавшуюся в эту эпоху в большом масштабе.

В области экспроприации (отчуждения) суды решают вопросы о передаче собственности и определении размера вознаграждения. Суды имеют право расследовать, соблюдены ли те формальности, которые должны предшествовать экспроприации, и, напротив, не могут судить о целесообразности или удобстве проектированного отчуждения.

Что касается договоров, заключаемых администрацией, то Лаферрьер намечает следующие правила. Когда администрация действует в качестве «управляющего собственным имуществом», т.е. как заведующий имуществами, дающими доход государству, то контракты, заключаемые ею, относятся в ведение обыкновенных судов: исключения встречаются редко.

Если администрация действует для «отправления публичных служб» (pour la gestion des services publics), то принципиально признаются компетентными обыкновенные суды, хотя это правило имеет массу исключений. Так, например, административные суды ведают договоры относительно исполнения публичных работ, о поставках, разные вопросы, касающееся государственного долга.

Когда администрация действует в качестве публичной власти, то компетентными являются административные суды. Таковы концессии копей, концессии публичных работ, уступка, в видах публичного интереса, государственных имуществ общинам, вопросы о содержании и пенсиях чиновников.

Административные суды имеют pleine juridiction в следующих вопросах или делах: в договорах публичных работ, поставках и других контрактах, заключаемых государством, в вопросах о содержании и пенсии, вопросах касательно публичного долга, делах о прямых налогах, по вопросам, касающимся избирательного права.

§ 49. Остановлюсь далее на *административном разбирательстве*

стве в целях отмены (contentieux d'annulation). Французская юриспруденция придерживается того взгляда, что всякое административное решение, независимо от того, кто был его виновником, может быть обжаловано перед Государственным Советом с целью отмены его, когда чиновник, постановивший такое решение, совершил превышение власти (excés de pouvoir). В таких случаях Государственный Совет не постановляет ничего взамен оспариваемого решения, а ограничивается его отменой. Но для отмены важно одно, чтобы был нарушен закон: никогда не может быть жалобы по поводу превышения власти, если налицо имеется только ложная или неточная оценка фактов и обстоятельств.

Эта жалоба допускается на решения административных чиновников и на приговоры административных судов. Однако в обоих случаях различны условия для осуществления жалобы и различны результаты отмены. Общими условиями являются некомпетентность, нарушение форм и «извращение власти» (détournement de pouvoir), а при обжаловании решения административных чиновников — еще нарушение или ложное применение закона. Отмена приговоров административных судов влечет последствия только для сторон, а отмена решения административного чиновника касается всех лиц, затрагиваемых этим решением, даже если они не являются сторонами в процессе.

Останавливаясь на отмене административных решений (а не приговоров административных судов), нужно прежде всего заметить, что она не распространяется на решения, принятые государством в качестве частного лица: *налицо должен быть акт публичной власти*. Конечно, если акт принадлежит к числу актов чистой администрации, там нет жалобы к административному суду; но если заинтересованное лицо утверждает, что административная власть некомпетентна или нарушила предписанные формы или совершила «dйtournement de pouvoir», то вполне возможна жалоба в Государственный Совет для отмены этого решения.

Тот, кто желает воспользоваться жалобой об отмене вследствие превышения власти, *должен быть лично и непосредственно заинтересован в процессе*, причем этот интерес не должен быть общим и безличным интересом, который можно заметить у всякого гражданина и который состоит в том, что администрация должна поступать законно: этот интерес охраняется специальными органами, а не частными лицами, которые заменили бы эти органы. Но что же разумеется под личным и прямым интересом? Поясню на примерах. Хозяин трактира, расположенного

непосредственно вблизи того места, где обыкновенно бывает рынок, может обжаловать из-за превышения власти административное распоряжение о переносе рынка, которое уменьшает тем самым его доход. Торговцы, живущие поблизости от вокзала и благодаря этому сберегающие на перевозке товаров, могут таким же порядком обжаловать административное решение о переносе вокзала.

Итак, поводами к подаче жалоб вследствие превышения власти являются некомпетентность, нарушение предписанных форм, нарушение закона и извращение власти. Нарушение форм потому признается превышением власти, что оно являются весьма существенной гарантией против несправедливых и скороспелых решений, и нарушение их обыкновенно влечет за собой ничтожность самого решения. Что касается нарушения закона, то требуется наличность нарушения права, а не одного только интереса. Нарушение закона налицо тогда, когда закон ложно толкуется и ложно применяется. Об извращении власти уже было говорено выше.

Кроме отмены административных решений есть еще отмена или кассирование приговоров административных судов. Если приговор постановляется административным судом, и притом окончательно в последней инстанции, то он может быть обжалован в Государственный Совет с целью его отмены ввиду некомпетентности или упущения существенных форм. Для предъявления такой жалобы непременно нужно, чтобы приговор был постановлен в последней инстанции. Если же приговор может быть еще обжалован в апелляционном порядке перед высшей властью, тогда приговор не может быть кассирован. Вот почему эта жалоба не допустима по отношению к решениям советов префектуры, которые всегда могут быть обжалованы в апелляционном порядке перед Государственным Советом. Далее, жалоба может основываться на некомпетентности того учреждения, которое постановило приговор, или на упущении форм и, в очень редких случаях, нарушении закона. Применяется кассация по отношению к решениям счетных палат, ревизионных палат и Высшего Совета общественного образования.

§ 50. Далее идет *административное разбирательство с целью интерпретации*. Когда обыкновенные суды разбирают какое-нибудь дело и во время разбирательства возникает вопрос об интерпретации административного акта или об его действительности, тогда они должны приостановиться разрешением дела, пока администрация не выскажется относительно истолкования или

действительности акта. Принципиально толковать административное решение или исследовать его действительность должно то учреждение, которое его постановило. Поэтому право толкования решений принадлежит советам префектуры и министрам. Это истолкование дается после известной процедуры.

Однако допускаются и исключения. Например, если идет спор относительно толкования или действительности договора, заключенного с администрацией, то та власть, которая компетентна разрешать затруднения, вытекающие из договора, компетентна и истолковывать его. Так, совет префектуры толкует договоры, заключаемые префектом для выполнения публичных работ. Его решение может быть обжаловано в апелляционном порядке перед Государственным Советом. Наконец, Государственный Совет компетентен толковать акты, исходящие от главы государства.

§ 51. Обращаясь *к органам административной юстиции*, нужно заметить, что ими являются прежде всего советы префектуры (conseils de prefecture). Но кроме судебно-административной функции они еще исполняют совещательную функцию, так как в известных случаях префекты обязаны выслушивать их мнения. Совет префектуры состоит из председателя-префекта и известного числа членов — от 3 до 8, назначаемых и смещаемых президентом республики. Для получения должности члена совета префектуры необходимо выдержать испытание по юридическим наукам и прослужить не меньше 10 лет в администрации или судах. Когда совет префектуры играет роль административного суда, тогда префект редко председательствует в нем; это и вполне понятно, так как странно видеть председателем суда то лицо, решение которого рассматривается в суде. Производство носит письменный характер. Когда после обмена записками, расследований и пр. выяснится достаточная подготовка дела, тогда назначается день для публичного разбирательства. Советник, которому поручено дело, докладывает, а стороны — администрация и частное лицо — развивают устно то, что они считают необходимым добавить к письменным материалам; прокурор дает свои заключения, а затем суд произносит приговор и притом всегда в открытом заседании. Характерной чертой административного процесса является то, что судья руководит сторонами. Затем она очень проста и дешева, так как издержки сведены к минимуму.

Компетенция советов префектуры слагается из дел о налогах, о публичных работах, о продаже государственных имуществ, о

выборах в окружные и муниципальные советы, в советы примирительных палат (conseils de prudhommes), из жалоб на решения муниципальных советов, признающие жилище нездоровым и воспрещающие жить там или предписывающие санитарные меры.

Государственный Совет является высшим административным судом. Но он не только суд, он, кроме того, дает свои заключения о законопроектах, препровождаемых к нему, и административных регламентах и других вопросах, предлагаемых ему президентом республики или министрами.

Государственный Совет является судом первой и последней инстанции, апелляционным и кассационным судом. В первой и последней инстанции он рассматривает жалобы на решения президента республики или министров, когда жалобщики утверждают, что оспариваемое решение нарушило их права. Он является апелляционной инстанцией для решений министров, имеющих характер приговоров, и решений советов префектуры. Как кассационный суд он рассматривает: 1) приговоры административных судов, постановленные в последней инстанции (например, счетных палат), в случае нарушения предписанных форм или закона, и 2) всякий приговор или решение какого-нибудь административного суда, совета или чиновника, когда констатируется превышение власти.

Наконец, Государственный Совет разрешает вопрос о подсудности, когда различные административные суды заявляют о том, что они компетентны или некомпетентны разрешать дело, а также жалобы министров на решения органов административной юстиции, которые стали окончательными ввиду истечения апелляционных сроков, при этом такие жалобы не имеют ввиду изменять решение, а лишь указать судье, как ему нужно поступать в следующий раз.

§ 52. Такая обширная и разнообразная компетенция французского Государственного Совета дает повод проф. Покровскому в его интересной специальной работе «Государственный Совет во Франции как орган административной юстиции» прийти к следующему заключению. По организации Государственного Совета невозможно произвести разграничение между его административными полномочиями и полномочиями в сфере административной юстиции, так как «те же самые лица, которые сегодня являются высшими судьями министра, могут на другой же день стать его советниками... Таким образом, четыре отделения и общее собрание Государственного Совета, приготовляя проекты декретов и давая мнения президенту республики или министрам,

могут быть понимаемы как часть этого Совета, который составляет совет правительства, как помощник исполнительной власти. Рядом с этой административной его частью существует другая, полномочие и функционирование которой являются совершенно отличными от первой. Эта административно-судебная часть, представленная отделением административной юстиции и общим собранием Государственного Совета, постановляющим по тяжебным делам, и составляет высшее выражение французской административной юстиции» (стр. 205).

Согласно последнему закону 8 апреля 1910 г. и декрету 31 мая того же года, состав Государственного Совета, занятого разбором судебно-административных дел, образуется, во-первых, из должностных лиц, на обязанности коих лежит исследовать, совещаться и решать дела, и, во-вторых, из должностных лиц, производящих подготовительные работы к прениям. Первый элемент представлен двоякого рода членами Совета: постоянными государственными советниками, из среды которых и избирается вице-президент Совета, являющийся председателем судебной его части. Элемент второго рода представлен целым рядом докладчиков и аудиторов. Что касается министров, в частности министра юстиции и прочего преходящего персонала Государственного Совета, каковы, напр., экстраординарные советники, то они в настоящее время совершенно исключены из состава Государственного Совета по делам административной юстиции. Таким образом, в настоящее время разбором административно-судебных дел занят только постоянный элемент. Министры же, как представители административной власти, удалены от участия в их решении. Они участвуют в решении вопросов только административного свойства. Лица, входящие в состав Государственного Совета, попадают в него или путем свободного избрания правительства или путем конкурса. Конкурс имеет то важное значение, что только для наиболее талантливого, способного, юридически хорошо образованного молодого человека эта система дает возможность, занимая постепенно целый ряд должностей, пройти в государственные советники. Путем конкурса молодые аспиранты, удовлетворяющие четырем условиям записи в таковые[1], подвергаясь испытаниям в комиссии, состоящей из 3 го-

[1] Аспирант должен быть: 1) французом, обладающим всеми правами, 2) быть в возрасте не моложе 21 года и не старше 25 лет, 3) иметь диплом об окончании курса юридического или другого факультета, кроме медицинского, и 4) выполнить обязанности, требуемые законом о рекрутском наборе.

сударственных советников и двух докладчиков, получают должности аудиторов 2-го класса.

Дальнейшая карьера их заключается в том, что аудиторы второго класса назначаются аудиторами первого класса и никто не может быть назначен аудитором первого класса, если он не был аудитором второго класса; затем они назначаются докладчиками, три четверти мест которых сохраняются за аудиторами первого класса; наконец, из докладчиков назначаются государственные советники, причем половина мест при замещении сохранена за докладчиками. Из этого видно, что правительству не запрещается и самому без конкурса назначать советников государства, право, которым оно широко пользовалось прежде, но в последнее время, в особенности с 1908 г., наблюдается сильная тенденция к тому, чтобы всячески усилить пропорцию советников, попадающих путем конкурса (Покровский, цит. соч., стр. 213). Назначение советников без конкурса происходит главным образом в административные отделения Совета, но не в ту часть Государственного Совета, которая является административным судом.

Далее нужно заметить, что при всех режимах, сменявшихся во Франции в течение прошлого столетия, аудиторат Государственного Совета рассматривался не только как учреждение, обязанное приготовлять членов Государственного Совета как по судебной, так и по административной части, напротив, назначение этого института было гораздо шире. На это учреждение при Государственном Совете смотрели как на настоящую школу администрации, приготовляющую не только к обязанностям докладчиков, но также и на все другие государственные должности, и главным образом к должностям по управлению департаментскому, для замещения должностей генеральных секретарей префектуры, супрефектов и т.п.» (Покровский, ц. с., стр. 219 и 220).

Таково важное значение аудитората во Франции. Между аудиторатом первого и второго класса имеется только одно принципиальное различие: в то время как для аудитора первого класса продолжительность его функций не ограничена временем, аудитор второго класса может исполнять свои обязанности только 8 лет. Функции аудиторов заключаются в том, что они должны производить следствия по делам, а при необходимости и делать доклады о них. При этом аудиторы имеют решающий голос в их отделениях и совещательный в общих собраниях только по делам, по которым они являются докладчиками. Аудиторы первого класса назначаются декретом президента республики по представлению вице-президента или президентов отделений. Они

избираются между аудиторами второго класса или между прежними аудиторами, вышедшими из совета, имеющими четыре года службы в исполнении обязанностей аудитора или других государственных функций. Аудиторы второго класса, назначенные на 8 лет, после четырех лет службы могут быть, однако, назначены на административные должности правительственного комиссара при совете префектуры, генерального секретаря префектуры первого или второго класса, супрефекта и т.п.

Что же касается аудиторов первого класса, то они являются той частью Государственного Совета, которая более прочно связана со службой в нем и является как бы переходной ступенью для замещения должностей докладчиков, а затем и государственных советников.

Декретом 11 июля 1806 г. была учреждена должность докладчиков, которые назначаются и отстраняются от своих обязанностей индивидуальным декретом президента республики по представлению вице-президента и президентов отделений. Впрочем, теперь сохраняет свое значение необязательная традиция, а именно министр юстиции спрашивает мнение своих коллег в совете министров относительно назначения докладчиков. Докладчики имеют решающий голос как в общем собрании, так и в отделении административной юстиции, в делах, по которым они докладывают, и совещательный во всех других.

Статьей первой декрета 31 мая 1910 г. из среды докладчиков при общем отделении административной юстиции выделены комиссары правительства, в числе не менее шести и не более восьми, и четыре помощника их. Правительственные комиссары, функции которых сходны с функциями нашей прокуратуры, являются представителями государственного интереса и справедливости. Они не организованы на началах непосредственного подчинения и надзора высшего начальства. Каждый из них действует под своей индивидуальной ответственностью. Вообще, комиссары скорее являются представителями самой республики, чем правительства, скорее органами социального интереса, чем выразителями взглядов правительства.

Кроме правительственных комиссаров, к докладчикам приравнен генеральный секретарь Государственного Совета.

Самой последней ступенью карьеры аудиторов, как было указано выше, является назначение докладчиков государственными советниками, для чего правительство ставило единственное условие — достижение тридцатилетнего возраста. Ни предельного возраста, ни предельного срока службы установлено не было: они

могут отправлять свои обязанности до того момента, когда недуг или преклонный возраст сделают их неспособными к их выполнению.

Ознакомившись с составом Государственного Совета, следует указать, что разбор дел административной юстиции Государственным Советом производится или в его административно-юрисдикционных отделениях, или в его общем специальном административно-судебном собрании, причем дела, входящие в судебную компетенцию Государственного Совета, с процессуальной стороны могут быть разделены на две категории, из которых одна требует так называемого большого процесса (grand contentieux), а другая — малого (petit contentieux). Различие между этими двумя процессами состоит в том, что дела по малому процессу исследуются и судятся одним из отделений административной юрисдикции или одной из секций этих отделений, между тем как большой процесс требует, чтобы дело сначала рассматривалось в отделении или же какой-либо его секции, которое и должны приготовить проект решения дела. Затем это дело разбирается судебно-административным собранием Государственного Совета. Административные же отделения Государственного Совета резко отличаются от судебно-административных собраний отсутствием публичных заседаний.

При рассмотрении состава Государственного Совета во Франции видно, что он обладает всеми качествами, требуемыми от судей, а особенно независимостью, которую обеспечивают несменяемость и материальная обеспеченность.

§ 53. Есть еще и *специальные административные суды*, которые разрешают споры при наборе иностранцев (conseils de revision), в школьном и университетском деле (департаментские советы, академические советы, высший совет публичного образования), определяют вознаграждение, следуемое администрации с собственников ввиду увеличения стоимости их недвижимости вследствие публичных работ (комиссия прибавочной стоимости), и пр.

Самый важный специальный административный суд — это *Счетная Палата* (Cour des comptes). Ее состав очень велик — в ней 4 президента, 18 начальников отделений (maotres des comptes), 84 советника-референдария и 25 аудиторов. Референдарии проверяют счета и подготовляют решения при помощи аудиторов. Решения постановляются президентами и начальниками отделений. Все члены этой Палаты, кроме аудиторов, несменяемы. Нужно заметить, что публичными деньгами во Фран-

ции распоряжаются две категории чиновников, т.н. ordonnateurs, предписывающих производить уплату из этих денег, и comptables, записывающих деньги на приход и производящих платежи по приказу первых. И вот Счетная Палата имеет юрисдикцию лишь по отношению к comptables. Последние ежегодно посылают свои счета в Палату, раз дело идет о государственных средствах; если же, напротив, имеются в виду счета общин или публичных учреждений, то первой инстанцией для разбора таких жалоб или дел являются советы префектуры, а апелляционной для них — Счетная Палата.

Палата исследует присланные счета, рассматривает, получил ли comptable то, что он должен был получить, уплатил ли то, что следует, и произведены ли платежи по правильному приказу. Затем она постановляет свое решение, в котором и высказывается о правильности или неправильности счета. Если счет признается неправильным и comptable'ю нужно внести некоторую сумму, то Палата присуждает его к ее уплате в срок, установленный законом. Если счет правилен, то Палата его пропускает.

Палата не имеет юрисдикции по отношению к министрам и ordonnateurs. Министры представляют свои счета законодательной власти, а ordonnateurs по расходам департаментов и общин — генеральным и муниципальным советам.

§ 54. Между судами и администрацией (включая и административные суды) могут возникнуть *пререкания (конфликты)* относительно пределов или границ компетенции. Эти пререкания разрешаются, согласно закону 24 мая 1872 г., особым судом. До 1872 г. господствовал принцип, согласно которому подобные конфликты разрешались главой государства по выслушании мнения Государственного Совета. Закон 1872 г. создал особый суд — Tribunal des conflits, состоящий из министра юстиции (председатель) и нескольких членов Государственного Совета и Кассационного Суда.

Что нужно разуметь под конфликтом? Под ним разумеется та процедура, при помощи которой администрация утверждает, что спор входит в ее компетенцию, а не в компетенцию судов. Предметом спора является гарантирование независимости администрации от вмешательства судов. Этой процедурой пользуется префект для того, чтобы добиться решения этого трибунала; при этом он выступает тогда, когда полагает, что спор, рассматриваемый судами, или частный вопрос, поднятый по поводу этого спора, входят в компетенцию администрации. Принципиально

установлено что сначала суды призваны высказаться по вопросу о компетенции; префект прежде всего побуждает суд признать свою некомпетентность (déclinatoire); если déclinatoire будет отвергнут, то он принимает решение о возбуждении конфликта (arrête de conflit). Последствием этого распоряжения является то, что суд должен приостановиться решением до постановления Tribunal des conflits своего решения.

На основании закона 1872 г. отделение административной юстиции (section de contentieux) Государственного Совета может заняться вопросами, входящими в сферу дискреционной власти администрации, и тогда министры могут требовать от Tribunal des conflits, чтобы он высказался относительно компетенции.

Этот суд разрешает не только положительные конфликты (conflits positifs), когда администрация и суд принимают к своему рассмотрению данное спорное дело, но и отрицательные (négatifs), когда они отказываются его рассматривать. В последнем случае решения могут добиваться стороны, заинтересованные в процессе, посторонние лица и администрация.

II. Германия

§ 55. Административная юстиция в германских государствах организована различно, но общей чертой ее является то, что административная юстиция, по крайней мере в последней инстанции, отделяется от администрации и вверяется специальным учреждениям, отличным от обыкновенных судов. Административная юстиция была введена впервые в Бадене в 1863 г., затем по закону об уездном управлении (Kreis-Ordnung) 1872 г. она появилась и в Пруссии. Затем примеру Пруссии последовали Гессен, Бавария и Вюртемберг. Саксония составляет исключение, так как ей неизвестны специальные административные суды, хотя некоторые административные дела и разрешаются в особом порядке.

Германская административная юстиция имеет своим предметом разрешение споров, касающихся прав и обязанностей, входящих в сферу публичного права. Какие именно дела рассматриваются административными судами, то этот вопрос разрешается в германских государствах путем перечисления.

Что касается разграничения компетенции административных и обыкновенных судов, то здесь царит тот принцип, что споры частного права ведаются обыкновенными судами, а споры публичного права — административными судами или администрацией. Конечно, это правило, но проводится до конца. Очень редко

споры частного права рассматриваются административными судами, зато гораздо чаще встречаются случаи разрешения споров публичного права обыкновенными судами.

Обыкновенные суды компетентны разрешать такие споры публичного права, в которых дело идет о денежных требованиях чиновников к государству, хотя эти требования вообще рассматриваются как такие, которые относятся к публичному праву. Компетентны эти суды и тогда, когда тот, кто оспаривает административное решение, ссылается на специальный титул или утверждает, что его частные права нарушены. Компетентны суды в некоторых случаях, когда к государству предъявляется требование о вознаграждении, относящееся к публичному праву.

Что касается разграничения компетенции органов административной юстиции и администрации, то теоретически граница проводится так, что первые ведают все вопросы, касающиеся прав и обязанностей, т.е. все вопросы права, а вторая — вопросы удобства или целесообразности, вообще все вопросы, разрешение которых зависит от администрации, производящей их оценку. Эти теоретические принципы с трудом могут быть проведены на практике, чтó было указано мною раньше, и допускают немало исключений. И единственным правильным выходом из этого положения является метод перечисления предметов, входящих в компетенцию администрации и административных судов.

Итак, административные суды иногда призываются решать такие вопросы, которые основываются исключительно на соображениях удобства или целесообразности или на административной оценке. Эти исключительные случаи объясняются отчасти теми выгодами, которые представляет разрешение споров между администрацией и частными лицами в состязательном порядке (напр., в делах относительно промышленности), а отчасти тесной связью, существующей между вопросами оценки и права. Так, например, по прусскому закону о компетенции (Zuständigkeitsgesetz, § 47) административные суды решают не только тогда, когда дело идет об обязанности нести расходы по постройке школы, но и тогда, когда надо решать вопросы о том, необходимо ли или целесообразно производить такую постройку. Баварский и гессенский законы гласят, что административные суды, в первой инстанции, решают вопросы административной оценки, возникающие по поводу переданных им споров административного права.

§ 56. Интересно выяснить, как разрешаются в Германии *кон-*

фликты по поводу компетенции. Имперское законодательство устанавливает тот принцип, что суды решают вопросы о том, входит ли данный спор в компетенцию судов или в компетенцию администрации (ст. 17 устава о судоустройстве). Та же статья прибавляет, что законы каждого государства могут передать разрешение данного спора специальным властям, но при условии соблюдения известных правил. Какие же это правила? Перечислю наиболее существенные: 1) члены, входящие в состав трибунала или суда для разрешения конфликтов, назначаются пожизненно или если в момент назначения они исполняют другую функцию, то на все время осуществления этой функции; их увольнение поставлено в зависимость от исполнения тех же правил, какие установлены для членов Высшего Имперского Суда (Reichsgericht); по крайней мере, половина членов должна принадлежать к составу высших судов, 2) процедура определена законом, 3) решение выносится в публичном заседании, по выслушании сторон, 4) жалоба в трибунал допускается только тогда, когда по данному делу состоится решение. Почти все германские государства воспользовались этим разрешением и вверили споры о компетенции между судами и администрацией или административными судами специальным смешанным судам. Конфликт начинается с момента заявления администрации, что вопрос о компетенции должен быть передан на решение трибунала конфликтов (Erhebung des Kompetenzkonfliktes). Тогда процесс по данному делу немедленно приостанавливается. Конфликт может быть возбужден с того момента, как началось дело; в Германии, в отличие от Франции, нет правила, по которому прежде возбуждения конфликта суду должна быть дана возможность высказаться по поводу компетенции (déclinatoire). Споры о компетенции могут возникнуть также между администрацией и административными судами: конфликты этого рода разрешаются в Пруссии и в других государствах высшим административным судом, а в южной Германии — обыкновенным судом для разрешения конфликтов.

§ 57. Перехожу к рассмотрению *организации административной юстиции, причем сначала остановлюсь на имперских административных судах и таких же судах отдельных государств*. Что касается имперских учреждений, то в Германии нет имперского административного суда, который бы имел общую компетенцию в сфере публичного права. Есть несколько имперских учреждений, которым поручено разрешение известных категорий административных споров. В этой сфере деятельности такие учреж-

дения действуют независимо от имперского канцлера и других административных властей, и играют роль специальных административных судов. Таковы напр., «βundesamt für Heimalhwesen», разрешающий в сфере публичного призрения споры между округами призрения бедных различных государств, а в известных случаях одного и того же государства; таково Имперское Железнодорожное Бюро, являющееся в роли судьи, когда решение, принятое имперской администрацией железных дорог, оспаривается ввиду его противоречия законам; таково Имперское Страховое Бюро, Патентное Бюро и пр.

§ 58. Что касается организации административной юстиции в отдельных государствах Империи, то я остановлюсь на *Пруссии*. Здесь, как и в других германских государствах, организация административной юстиции тесно связана с административной организацией в ее целом.

Роль административных судов играют *уездная комиссия* (Kreisausschuss) и *окружная комиссия* (Bezirksauschuss). Первая комиссия является судом первой степени, а вторая — главным образом судом 2-й степени и в известных случаях судом 1-й степени. Высшая юрисдикция принадлежит *Высшему административному суду* — Oberverwaltungsgericht в Берлине, компетенция которого распространяется на всю Прусскую монархию.

В *организации* административных судов 1-й инстанции можно заметить следующие три особенности. Во-первых, те корпорации, которые выполняют функции этих судов, являются не только судами, но и административными органами; однако когда они играют роль судов, то их деятельность ограничена определенными формами, которые и являются гарантиями надлежащего отправления правосудия. Во-вторых, такие корпорации имеют смешанный состав, так как они состоят отчасти из государственных чиновников, а отчасти из членов, выбранных местными советами. Наконец, в-третьих, члены таких корпораций более или менее не зависимы от публичной власти, а члены окружной комиссии — даже вполне независимы.

Высший Административный Суд является исключительно судебным учреждением. Члены его назначаются пожизненно королем; половина их должна удовлетворять условиям, требуемым для исполнения судебных функций, а другая — условиям, предъявляемым для занятия высших административных мест. В отношении дисциплинарной ответственности члены этого Суда приравнены к членам Имперского Суда (Reichsgericht). В некоторых, впрочем довольно редких, случаях Высший Администра-

тивный Суд является судом 1-й и последней инстанции. Принципиально он разбирает только те дела, которые уже рассматривались окружной комиссией, и притом в качестве то кассационного, то апелляционного суда.

Прусские административные суды рассматривают следующие споры в порядке спорного административного разбирательства: 1) споры, касающиеся прав и обязанностей, вытекающих из публичного права, причем значительную часть таких споров составляют те, которые вызываются жалобами на полицейские меры и основываются на нарушении права жалобщика, 2) споры, где дело идет не о гарантии индивидуальных прав, но о поддержании принципов объективного права. К этой категории примыкают те случаи, когда местная автономная организация протестует против отмены его решений государственной контролирующей властью, заметившей в нем нарушение закона. Затем сюда же можно отнести тот случай, когда провинция, уезд или община протестует против официального внесения в их бюджет теми же самыми властями издержек, предполагаемых обязательными, 3) далее, судам вверяются дела о дисциплинарных взысканиях с чиновников местной, автономной администрации, 4) затем различные дела, которые по своей природе относятся к делам чистой администрации (Beschlussachen), но которые тем не менее вверены органам административной юстиции в силу ясно выраженного предписания закона, напр., по жалобам на отказ в разрешении промышленного предприятия, и 5) наконец, есть целый ряд дел, которые относятся к области частного права.

Что касается других германских государств, то организация административной юстиции не представляет существенных уклонений от Прусской системы. В первой инстанции юрисдикция вверена корпорациям, несущим в то же время и чисто административные обязанности. Высшей инстанцией являются в большинстве государств (Баварии, Вюртемберге, Бадене и Гессене) высшие административные суды, члены которых, как и в Пруссии, приравниваются, в смысле независимости и личного положения, к членам высших обыкновенных судов.

III. Англия

§ 59. В английском праве до настоящего времени имеет силу и значение старый принцип, согласно которому всякое лицо, которому причинен ущерб, может обращаться к судам. И этот принцип действует не только в частном, но и в публичном праве. Английское право совершенно не знает различия, как на

континенте, между случаями, когда закон был нарушен частным лицом, и случаями, когда он был попран чиновником. Правда, жалобы на акты самого суверена подчиняются особым правилам и даже принципиально исключаются (the king can do no wrong). Но что касается чиновников, то против них всегда можно бороться путем подачи жалобы в суд. Нужно заметить, что было время, когда фактически практиковался другой порядок: напр., во время Тюдоров тайный совет ведал дела по жалобам на административных чиновников. Но с уничтожением звездной палаты юрисдикция тайного совета в административной и уголовной области перешла к обыкновенным судам.

Английское право не знает административных судов, отличных от обыкновенных судов, которые бы имели общую компетенцию в сфере управления. Споры с публичной администрацией принципиально ведаются обыкновенными судами, хотя с формальной стороны разбор посягательств на «публичные права» (public rights) и обыкновенных споров представляет и некоторые различия.

§ 60. Однако, в виде исключения, и в Англии есть специальные суды (courts), не зависимые от администрации, которые разрешают некоторые вопросы публичного права. Собственно говоря, эти суды даже нельзя назвать административными судами, потому что они судят не только споры публичного права, но и дела частно-правового характера; иногда они выполняют и административные функции. Такими специальными судами являются Железнодорожная Комиссия, Морская Комиссия, духовные суды и пр.

Возьмем хотя бы *Железнодорожную Комиссию*. Она разрешает иски жалобы по поводу невыполнения железнодорожными компаниями обязательств, возложенных на них законом относительно эксплуатации (напр., если они не соблюдают максимальных тарифов, предписанных законом, и др.). Иск может быть предъявлен в публичных интересах министерством торговли (Board of trade) и частными лицами, которые считают себя потерпевшими от нарушения закона. Суд разрешает вопрос с фактической и юридической стороны, но обыкновенно он не высказывается о размере ущерба, потому что этот вопрос подлежит разрешению обыкновенных судов. Суд ограничивается посылкой приказа железнодорожной компании принять те меры, которые признаны Судом необходимыми. Вопросы права могут быть предметом обжалования перед Высшим Судом — High Court (special case stated).

Существуют т.н. *наблюдательные суды*, учрежденные актом 1876 г. о торговых судах, которые разрешают споры между арматорами и министерством торговли по поводу способности данного корабля плавать. Суд состоит из судьи, имеющего обыкновенное юридическое образование, и двух асессоров, обладающих специальными знаниями. Когда министр торговли, после осмотра корабля, запретит ему покидать порт, тогда собственник или капитан корабля может апеллировать в этот суд. Министерство торговли может вместо того, чтобы приступить к осмотру, обратиться к этим судам с целью узнать их мнение о способности корабля плавать. Решения, постановленные этими судами, почитаются окончательными и, следовательно, не могут быть переданы на разрешение Высшего Суда, однако министерству торговли предоставлено право давать во всякое время задержанному кораблю разрешение на отправление в плавание.

Тот же закон содержит постановления о другой комиссии, функции которой состоят в том, чтобы выяснить, совместно с асессорами, компетентными в морском деле, причины кораблекрушений. Эта комиссия производит расследование и затем постановляет решение, в котором определяется, кто или чтó является виновником кораблекрушения; если нужно, то комиссия может отнять у капитана или лоцмана их свидетельства или временно лишить их права вести корабль.

Из духовных судов выделяется т.н. *консисторский суд* (Consistory Court), который имеет компетенцию по всем духовным делам епархии. Его решения имеют нередко характер чисто административных актов, хотя они принимаются при соблюдении судебных форм. Так, духовные власти во многих случаях должны обращаться к этому суду за получением разрешения на изменение церкви или кладбища (на прокладку новых дорог на кладбище, поднятие фундамента церкви по соображениям гигиены и пр.). Может случиться так, что просьба встречает какое-нибудь противодействие, и тогда вопрос разрешается как судебное дело.

§ 61. В известных случаях решение споров публичного права вверяется властям, которые не называются судами (courts), но которые тем не менее могут рассматриваться как настоящие административные суды. Можно назвать хотя бы *Комиссию по обложению налогом*, которая в пределах каждого округа ведает жалобы на налог, определенный надзирателями для бедных. Решения этой комиссии могут быть обжалованы в апелляцион-

ном порядке в четвертные сессии, а решения последних, если дело идет о вопросе права, — в Высший Суд (High Court).

Закон 1890 г., определяющий общие полномочия Лондонского Совета, содержит несколько примеров административно-судебного разбирательства. Так, напр., всякое лицо, считающее себя потерпевшим от распоряжения заведующего постройками, определяющего линию фасада, может жаловаться в особый суд, предусмотренный этим законом.

В виде исключения решение вопросов права вверяется администрации — министерствам. Так, министерство местного управления может разрешать вопросы о действительности выборов на должность попечителей о бедных, затем споры, возникающие между отдельными союзами призрения бедных, если этого желают стороны, оно имеет право рассматривать и входить в обсуждение счетов главных органов местного управления и решать, следует ли признать законным или нет тот или иной расход.

Континентальное законодательство предусматривает целый ряд случаев, когда решения администрации не могут быть изменены судами, и проводит тот взгляд, что разрешение вопроса должно быть предоставлено администрации ввиду ее специальных знаний или по другим мотивам. То же самое явление наблюдается и в Англии. Можно встретить немало решений, которые постановляют, что осуществление того или иного полномочия должно быть предоставлено усмотрению (discretion) компетентной власти. Вопрос сводится к тому, чтобы узнать, действовала ли эта власть в пределах указанных ей границ; если последует утвердительный ответ, то суды признаются некомпетентными изменять принятое решение. Равным образом действует принцип, что всюду, где закон выражается в том смысле, что местная власть может, а не должна принять ту или другую меру, она не может быть принуждена судами к принятию этой меры.

§ 62. Перехожу к рассмотрению *формальной стороны*. Формы, в которых могут быть обжалованы перед судами незаконные административные решения, имеют разный вид. Обыкновенно обжалование облекается в форму *иска*, а в других случаях, когда дело идет о «публичных правах», — в форму *просьбы, обращенной к судье*, о том, чтобы он отдал соответствующий приказ (writ) чиновнику или компетентной власти. Среди таких приказов надо различать writ of mandamus, of habeas corpus, of prohibition и quo warranto. Рассмотрим каждый из этих приказов.

1) Прежде всего наше внимание останавливается на writ of mandamus, под которым разумеется «приказ, обращенный от

имени короля судом королевской скамьи (Kings Bench) к частным лицам, корпорациям или низшим судам, о том, чтобы было исполнено то, что́ содержится в этом приказе и касается их функций и обязанностей и что́ суд королевской скамьи считает соответствующим праву и справедливости». Для издания такого приказа требуется, чтобы было нарушено то или другое право или обязательство, имеющее публично-правовой характер. При этом такой приказ применяется только там, где закрыт путь для предъявления обыкновенного иска. Он совершенно недопустим по отношению к главе государства, но зато в исключительных случаях применяется к советникам короны. Когда последние, на основании текста закона, обязываются исполнить обязательство по отношению к определенному лицу, тогда они могут путем writ of mandamus быть принуждены к его исполнению. Наиболее часто writ of mandamus применяется в случаях жалобы на местное бюро (local board) в том, что оно не выполнило обязательства, наложенного законом (при этом просьба может быть подана как министерством местного управления, так и частными лицами), затем жалобы на отказ чиновника (registrar) в регистрации, на отказ в просьбе местных дорожных административных органов о том, чтобы совет графства поместил дорогу в список «main roads» т.е. главных дорог, на отказ в просьбе относительно получения академических степеней.

Обыкновенно суд, когда обращаются к нему за этим приказом, издает его не сразу, а отдает приказ, кому нужно, о том, чтобы суду были сообщены соображения, по которым нельзя было бы выдать writ of mandamus; если таких соображений не сообщается, тогда суд издает окончательный приказ.

2) В Англии, еще с самой отдаленной эпохи, личная свобода была поставлена под покровительство судов. Однако этот принцип допускал исключения: было время, когда за судами не признавалось право выпускать на свободу тех лиц, которые были заключены в тюрьму вследствие приказа, отданного самим королем или членом тайного совета. Чтобы внести улучшения в такой порядок, различные законы, изданные в царствование Карла I (особенно петиция о правах), подтвердили принцип неприкосновенности личности и даровали всякому потерпевшему лицу право прибегать к защите судов путем испрошения приказа of habeas corpus. Но ввиду того, что злоупотребления продолжались, явилась вторая великая хартия 1679 г., т.н. Habeas Corpus Act, который установил подробные правила относительно того,

как получить нужный приказ, и определил крупные штрафы против тех, кто нарушит нормы закона.

Writ of habeas corpus издается одним из судей, входящих в состав Высшего Суда, и обращается к лицу (частному или чиновнику), задержавшему другое лицо, с приказанием представить задержанного, сообщить дату и мотив его задержания для того, чтобы потом дело было передано в суд, и подчиниться тому, что́ может наложить суд, который издал приказ (writ). Этот приказ может быть дан только при одном условии, чтобы жалобщик действительно доказал, что задержание произошло без законного основания. Когда данное лицо явилось, тогда суд решает о законности задержания и о мерах, которые следует принять.

§ 63. 3) Что касается приказа of prohibition, то он издается одним из высших судов и обращается «к судье или сторонам в деле, производящемся в низшей инстанции». Он предписывает им приостановиться рассмотрением данного дела, потому что последнее или один спорный пункт его относятся к ведомству другого суда. Этот приказ применяется к специальным судам (церковным судам, железнодорожным комиссиям) в случае утверждения жалобщика, что эти суды превысили свою компетенцию.

Наконец, следует остановиться на приказе of quo warranto. Этот приказ стремится выяснить, по какому праву данное лицо исполняет ту или другую функцию. Когда, напр., утверждают, что мэр города или член коммунального совета избран незаконно, тогда для исследования действительности выборов может быть применен приказ of quo warranto. Затем, для оспаривания действительности выборов в местное бюро, муниципальные корпорации, советы графства и пр., применяется особая процедура, которая состоит в привлечении к суду всякого, чьи выборы оспариваются, причем эта процедура протекает в обычных формах и заканчивается тем, что такое лицо платит штраф в 50 фунтов стерл. за каждый раз, как оно будет выступать или вотировать в качестве члена данного собрания. Такой иск может быть вчинен всяким лицом.

§ 64. Для рассмотрения исков о возмещении ущерба и убытков, предъявляемых к чиновникам, не установлено никаких особенных форм, хотя они допускаются только при явном превышении границ компетенции. К советникам короны такой иск предъявлен быть не может.

При разрешении споров денежного характера между частны-

ми лицами и государством установлены известные правила. Здесь действует старый принцип, что никто, собственно говоря, не имеет права привлекать к ответу корону и что от доброй воли суверена зависит определить, нужно ли рассматривать данный вопрос или нет. Петиция адресуется королю через посредство министра внутренних дел (Home office). Если король прикажет, чтобы «право было дано» (that right shall be done), тогда дело вносится в обыкновенный суд и оно трактуется как обыкновенное дело, где жалобщик играет роль истца, а король, представляемый генеральным атторнеем, — роль ответчика.

§ 65. Среди органов суда, которым проходится разрешать некоторые административно-спорные дела, следует отметить *мировых судей*. Эти судьи (justices of peace) назначаются короной обыкновенно по рекомендации лорда-лейтенанта графства. Они отправляют свои обязанности бесплатно и в виде почетной должности; лишь в некоторых городах можно встретить платных мировых судей (stipendiary magistrates), как, напр., полицейских магистратов в Лондоне. Теоретически мировые судьи могут быть удалены королем, когда ему заблагорассудится, но фактически они не зависимы от короны и несменяемы, как и другие судьи. Самой хорошей гарантией надлежащего исполнения ими своих обязанностей является то, что наиболее важные административные решения, а также приговоры, налагающие более серьезные уголовные наказания, требуют для своей действительности участия двух, а то и более судей. Если двое или несколько судей соединяются вместе, тогда образуется т.н. малая сессия — petty session (court of petty session). В известных случаях присутствие нескольких судей признается необходимым, а в других оно зависит от их усмотрения. Специальные сессии (special petty sessions) являются особым видом малых сессий и под ними разумеются периодические собрания мировых судей *округа* для рассмотрения вверенных им дел. Под генеральными или четвертными сессиями (generai sessions или quarter sessions) разумеются обыкновенные собрания мировых судей графства; четвертными эти сессии называются потому, что они согласно закону созываются четыре раза в год.

§ 66. Обязанности мировых судей очень разнообразны. Они в одно и то же время и уголовные судьи, и административные чиновники, и судьи в сфере административного права. Они ведают некоторые частно-правовые дела, как-то споры между хозяевами и рабочими, когда сумма спора не превосходит известного размера, дела о выдаче алиментов незаконным детям и пр.

Что касается административных функций, то было время, когда мировые судьи являлись центральным органом администрации, регуляторами и двигателями всего административного механизма графства. Но в настоящее время картина изменилась, потому что различные выборные советы отняли у них значительную часть их полномочий, а другие полномочия перешли к центральной администрации.

Последняя коренная реформа в этом направлении была произведена актом о местном управлении 1888 г., который передал административные дела четвертных сессий вновь созданным советам графства. Напротив, этот акт не коснулся полномочий четвертных сессий как апелляционных судей в сфере административной юстиции при рассмотрении жалоб на решения, вынесенные отдельными судьями.

Соединение в одном лице судебных и административных функций имело своим последствием то, что полицейские полномочия мировых судей выполняются при соблюдении форм известной процедуры. Административный акт, следовательно, принимает с внешней стороны форму судебного акта, заинтересованные стороны призываются на заседание, разбирательство носит публичный и устный характер, оно построено на принципе состязательности, свидетели приносят присягу, предварительное следствие ведется в присутствии заинтересованных лиц, сами решения принимают форму судебных приговоров, когда они налагают наказание (conviction) за нарушение полицейского распоряжения, или являются чисто административными решениями (order).

Сношения мировых судей с местными властями организованы различно. Во многих случаях эти власти не могут привести в исполнение своих решений без рассмотрения дела мировым судьей и постановки им своего приказа (order). Например, санитарные власти полагают, что налицо имеется «nuisance», т.е. такое положение вещей, которое опасно для публичного здравия. С этой целью они предписывают сначала тому лицу, которое является причиной этого «nuisance», осуществить меру, признаваемую ими полезной. Если лицо не повинуется полученному предложению (notice), тогда оно привлекается к ответственности перед мировым судьей, который, если признает требование основательным, дает привлеченному к ответу лицу приказ выполнить то, что́ ему предписано. Судья в этом случае компетентен рассматривать дело во всей совокупности и может отказать в распо-

ряжении (order), если притязание покажется ему необоснованным.

В других случаях местные власти могут сами исполнять свое решение и затем в судебном порядке добиваться возмещения издержек, которые будут ими вызваны.

§ 67. Административные решения и судебные приговоры (convictions) мировых судей, принятые единоличным судьей или в малых сессиях, могут быть обжалованы в апелляционном порядке перед четвертными сессиями. Право апелляции не носит абсолютного характера и допускается только тогда, когда закон говорит о нем вполне определенно. Ответчиками, в случае апелляции, являются мировые судьи, решение которых оспаривается, а иногда и частное лицо, в пользу которого оно было постановлено. В большинстве случаев жалобщики добиваются пересмотра юридической стороны дела (revisio in jure), но иногда они стараются собрать новые доказательства или разрешить вопросы, которые носят характер скорее удобства или целесообразности, чем права.

Одним из важных полномочий четвертных сессий является решение вопросов о налогах, в особенности о местных таксах (assessment appeals). В первой инстанции жалоба направляется обыкновенно в податной комитет (assessment committee), который состоит из попечителей о бедных; апелляция на решения этого комитета допускается в четвертные сессии.

Что касается государственных налогов, то апелляционные жалобы обыкновенно приносятся в различные комиссии, а если возникает вопрос юридического характера, то в Высший Суд — High Court.

§ 68. *Высший Суд* играет роль ревизионной инстанции по отношению к четвертным сессиям. Мировые судьи на этих сессиях делают то, что́ называется «state a special case», т.е. запрашивают мнения высшей инстанции по определенному юридическому вопросу. Вопросы, факты, напротив, не могут быть предметом апелляционной жалобы в High Court.

Обращение к Высшему Суду возможно и другим путем, именно в форме требования об издании приказа (writ), а именно writ of certiorari или writ of mandamus. Writ of certiorari может быть издан одним из высших судов и обращен к низшему суду с предписанием о присылке ему дела для скорейшего и более правильного удовлетворения нужды заинтересованной стороны в правосудии. Мотивами для издания такого приказа являются существенные дефекты процедуры или неточная интерпретация зако-

на. Результатом издания этого приказа является приостановка в исполнении приговора и подчинение дела рассмотрению Высшего Суда, поскольку дело идет о вопросе права. При этом, однако, нового следствия не производится и в основание разбирательства полагаются фактические обстоятельства, констатированные низшим судом. Что касается приказа of mandamus, то он может быть обращен к судьям, как к административным властям. Он может быть издан только при том условии, что закон нарушен или упущены существенные формальности или нарушен закон по существу.

Глава третья
ОРГАНИЗАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В РОССИИ

§ 69. Вопрос об административной юстиции не получил в Зап. Европе одинакового разрешения и вполне законченного и определенного вида. Еще менее удовлетворительный вид получила административная юстиция в России. Если смотреть на административную юстицию как на охрану законности в управлении и считать ее единственным назначением или хотя бы только главной задачей охрану субъективных публичных прав, то, конечно, такой надзор за законностью управления может существовать лишь там и в такой мере, в какой существуют субъективные публичные права отдельных граждан или юридических лиц (как, напр., сословных обществ). Наше дореформенное законодательство не знало вовсе субъективных публичных прав отдельных граждан, а если и признавало такие права за юридическими лицами, то в очень редких случаях, потому что смотрело на сословные общества с тяглой точки зрения и видело в них не столько союзы привилегированных лиц, сколько полезную гарантию, обеспечивающую правильное несение службы, возложенной на сословия государством. Государство одинаково поглощало и личность и сословные организации. При таких условиях в практике Сената в дореформенную эпоху можно встретить административную юстицию лишь по виду, по форме, но не по существу, потому что не было налицо субъективных публичных прав, которые должны охраняться административными судами. Государство не интересовалось правами, а было озабочено лишь охранением государственного порядка. И в прежнее время можно было встретить защиту индивида от неправильных действий ад-

министрации, напр., взыскавшей с жалобщика государственный налог в бóльшем размере, чем следовало по закону, но эта защита велась не во имя его прав и охраны его личности от неправильных в отношении ее действий администрации, но в целях охраны государственного правопорядка. Даже охрана от администрации сословных прав дворян и высших слоев городского населения была проникнута государственным интересом и преобладанием его над интересом охраны субъективных прав. Таким образом, в дореформенную эпоху административная юстиция едва только зарождалась и для ее дальнейшего развития необходимо было раскрепощение личности и наделение ее субъективными публичными правами, т.е. нужны были коренные государственные реформы, которыми ознаменовалось царствование Императора Александра II.

§ 70. Окидывая мысленно взором время, протекшее с 1864 г. и подводя итоги законодательной деятельности, мы должны с горечью признаться, что административная юстиция не получила у нас законченного вида и страдает крупными дефектами, каких нельзя найти и на Западе. Приговор нашей административной юстиции был произнесен в 1904—1905 гг. высшим государственным учреждением — Комитетом Министров. Именной Высочайший указ 12 декабря 1904 г. поставил, между прочим, на очередь вопрос о пересмотре действующего учреждения административных департаментов Сената и о введении органов административной юстиции. Первый пункт указа, хотя и не говорил об административной юстиции, но прямо указывал на необходимость реформы в этом институте. Он гласил: «принять действительные меры к охранению силы закона, дабы ненарушимое и одинаковое для всех исполнение его почиталось первейшей обязанностью подчиненных Императорскому Величеству властей и мест, неисполнение же ее влекло неизбежно законную за всякое произвольное действие ответственность, и в сих видах облегчить потерпевшим от таких действий лицам способы достижения правосудия». Комитет Министров занялся вопросом о практическом осуществлении этого указания и признал необходимым преобразовать в России административную юстицию в духе тех великих начал, какие легли в основание Суд. Уст. Императора Александра II, который преобразовал уже гражданскую юстицию. Поэтому Комитет Министров возбудил вопрос о преобразовании Сената, как высшей инстанции по административным делам, и об учреждении на местах низших административных судов, призванных отменять незаконные распоряжения низших

властей. Комитет Министров наметил руководящие начала реформы Сената и устройства местных органов административной юстиции. Для разработки реформы административной юстиции было Высочайше учреждено особое совещание под председательством статс-секретаря Сабурова, которое выработало проект реформы Сената, но не затронуло реформы низших административных судов. К сожалению, эта реформа до сих пор не осуществлена.

§ 71. Таков многознаменательный факт, когда высшее государственное учреждение открыто признает крупные дефекты в организации высшего административного суда в Империи и отсутствие надлежаще поставленных низших административных судов. Конечно, нельзя отрицать того, что подобия административных судов у нас есть, но что это за суды! Только при ближайшем знакомстве с ними вырисовывается отсталость их сравнительно с западноевропейскими судами. Состав русских судов оказывается неудовлетворительным, компетенция их определена слишком узко, административный процесс находится в зачаточном состоянии и пр.

Возьмем хотя бы *губернское по городским и земским делам присутствие*, прототипом которого было губернское по городским делам присутствие. Последнее учреждение явилось плодом Городового Положения 1870 г. и на нем отразилась перемена во взглядах правительства на организацию надзора за самоуправлением. При введении Положения 1864 г. о земских учреждениях правительство довольствовалось тем, что допускало передачу постановлений земских учреждений в Сенат вследствие протеста губернатора и министра внутренних дел или вследствие жалоб общественных учреждений (в том числе и самих земств). Для обеспечения возможности надзора губернатора за земским самоуправлением все постановления земских собраний должны были сообщаться без замедления губернатору, который имел право остановить всякое незаконное постановление в 7 дневный срок. По некоторым делам министру внутренних дел было дано право протеста, для которого был установлен 2-месячный срок. Остановив постановление, губернатор должен был сообщить об этом управе. Последняя вносила его вторично в земское собрание, которое сообщало потом свое окончательное заключение губернатору или министру внутренних дел по принадлежности. Если эти лица не соглашались с собранием, то дело вносилось в первый департамент Сената. И вот это вторичное внесение дела на обсуждение земского собрания и вторичное рассмотрение его

губернатором приносило немалую пользу, так как давало возможность и губернатору и земским собраниям взвесить все обстоятельства, сделать взаимные уступки и прийти к соглашению.

Эта форма надзора правительственной власти за самоуправлением, заканчивавшаяся разбором дела в высшем административном суде (I Департамент Сената), была признана правительством неудовлетворительной для городских учреждений, созданных Городовым Положением 1870 г. Ввиду этого под председательством губернатора было учреждено частью из должностных лиц правительственных учреждений, частью из представителей провинциального общества местный орган надзора — губернское по городским делам присутствие. Губернатору было дано право передавать на рассмотрение этого присутствия все постановления городских дум, которые он признавал незаконными. Если он находил решение присутствия неправильным, то мог опротестовать его в Сенате. В противном случае это решение немедленно приводилось в исполнение, но, несмотря на это исполнение, городские общественные учреждения могли приносить на него жалобы Сенату. Создание такого присутствия несомненно имело выгодные последствия. Сенат освободился от рассмотрения массы мелких дел, которые не имели большого юридического значения и потому свободно могли разрешаться присутствием. Наконец, дело, которое раньше рассматривалось год или два, теперь оканчивалось в несколько недель.

§ 72. Положение о земских учреждениях 1890 г. значительно видоизменило надзор за самоуправлением. Кроме надзора за законностью, известного Положения о земских учреждениях 1864 г., был создан надзор за целесообразностью или, по выражению закона, за тем, чтобы постановления земских собраний соответствовали общим государственным пользам и нуждам и не нарушали бы (явно) интересов местного населения. Последний вид надзора был вверен не Сенату, а Министерству Внутренних Дел, Комитету Министров и Государственному Совету. Положение о земских учреждениях 1890 г. внесло крупное нововведение еще и в том отношении, что создало местный орган надзора за самоуправлением — губернское по земским и городским делам присутствие. Он состоит под председательством губернатора, из губернского предводителя дворянства, вице-губернатора, управляющего казенною палатой, прокурора окружного суда, председателя губернской земской управы, городского головы губернского города, а с 1900 г. и непременного члена. Это присут-

ствие создается в каждой губернии «для обсуждения в подлежащих случаях правильности и законности постановлений и распоряжений земских учреждений и других дел, в сем Положении указанных». Если губернатор не признает возможным согласиться с решением большинства членов присутствия, то приостанавливает исполнение означенного решения и безотлагательно представляет дело министру внутренних дел, который или предлагает губернатору о приведении решения в исполнение или вносит в Сенат об его отмене. Частные же лица, общества и установления, интересы которых нарушены постановлением губернского по земским и городским делам присутствия, имеют право его обжаловать. Эти жалобы подаются губернатору и представляются им, с объяснением присутствия, в течение месяца министру внутренних дел, «который вносит оные со своим заключением на разрешение Сената». Относительно обжалования постановлений присутствия земским собранием закон говорит следующее (ст. 89): «на решение губернского по земским делам присутствия, коим отменяется постановление земского собрания по основаниям, указанным в ст. 88, земское собрание может принести жалобу Правительствующему Сенату. Постановление о сем земского собрания должно последовать до окончания ближайшей его очередной сессии по объявлению решения присутствия. Основанная на таком постановлении жалоба приносится земскою управою губернатору и им, с подлинным по делу производством, представляется министру внутренних дел, который не дольше как в трехмесячный срок вносит оную, с своим заключением, на разрешение Правительствующего Сената.

Можно ли назвать это присутствие административным судом? Можно, но с большими оговорками. В компетенции присутствия административной юстиции уделено очень мало места, и самый состав его представляется очень неудовлетворительным. В самом деле, в присутствии играет выдающуюся роль губернатор, который оказывает влияние как председатель и начальник губернии. Особенно значительным представляется его право приостановки исполнения решения присутствия, постановленного большинством его членов, раз он не согласится с ним, и передача его министру внутренних дел для дальнейшего направления. Затем все дела, поступающие в присутствие, идут через губернатора. Учреждение должности непременного члена, который ведет все делопроизводство, доклады, подготовку дел присутствий, окончательно закрепляет подчинение присутствий губернатору и превращает их в простые совещательные учреждения при

нем. Бюрократический состав присутствия слегка разбавлен двумя представителями городских или земских учреждений и предводителем, но едва ли они могут повлиять на физиономию этого учреждения и ход его деятельности. В компетенции этого присутствия можно заметить только крупицы судебно-административного разбирательства, допускаемого Положением о земских учреждениях и Городовым Положением: согласно этим Положениям, частные лица в некоторых случаях получают право обжалования постановлений органов земских и городских самоуправлений. Эти жалобы подаются губернатору, который и передает их на рассмотрение присутствия. Предметом жалоб являются неправильности, допущенные на земских или городских выборах. Присутствие рассматривает эти жалобы, может отменить выборы и назначить новые. Частные лица могут жаловаться на распоряжения управ (земских и городских), и эти жалобы также идут к губернатору. Последний, если признает жалобы заслуживающими уважения, предлагает управе сделать соответственное распоряжение, и если управа затруднится исполнить предложение губернатора, то последний передает дело в присутствие. Такой же порядок установлен для обжалования частными лицами постановлений земских собраний и городских дум. Если предметом жалобы является постановление, которое требует утверждения министра внутренних дел, то губернатор передает жалобы министру, а если утверждения не требуется, то на разрешение присутствия, которое рассматривает только те постановления, которые еще не вступили в законную силу. Постановления присутствий могут быть обжалованы в Сенат. Следовательно, рассмотренное присутствие с трудом может быть названо административным судом. Оно находится в чрезвычайной зависимости от губернатора, в составе его почти совершенно отсутствует судебный элемент, центр деятельности присутствия падает на вспомоществование губернатору в его надзоре за самоуправлением, административно-судебные функции крайне микроскопичны, и самое производство дел в присутствии, так называемый административный процесс, совершенно не удовлетворяет тем требованиям, которые предъявляются к процессу уголовному и гражданскому. Производство дел в присутствиях определяется общим порядком, т.е. целым рядом статей общего губернского учреждения, которое, как известно, отрицает гласность, устность и состязательность процесса.

§ 73. Более отрадную картину представляют *присутствия по воинской повинности*. Они могут быть уездными, окружными,

городскими, губернскими или областными. Губернские или областные присутствия только одни и могут быть подведены под категорию административных судов, так как они имеют судебно-административные функции. Председательствует опять тот же губернатор (начальник области), а членами его состоят губернский или областной предводитель дворянства, вице-губернатор, председатель губернской земской управы или член губернской земской управы по ее выбору, прокурор окружного суда или его товарищ, по назначению главного начальника военного округа один генерал, а если такого нет, то штаб-офицер из войск местного гарнизона, а при отсутствии последнего уездный воинский начальник или лицо, его заменяющее. Конечно, такой состав присутствия лучше, чем состав присутствия по земским и городским делам, но все-таки он очень далек от идеала. Во всяком случае, влияние губернатора велико, оно находит опору в непременном члене, состав преимущественно бюрократический, судебный элемент представлен слабо. Губернские присутствия потому могут быть причислены к административным судам, что на них возлагается рассмотрение жалоб на местные воинские присутствия. Эти жалобы приносятся губернскому присутствию в 4-недельный срок со дня объявления решения. Они подаются в местное воинское присутствие, которое и передает их в губернское присутствие с протоколом постановления и всеми необходимыми сведениями и объяснениями. Наконец, губернскому присутствию приходится иметь дело и с жалобами частных лиц по вопросам об освидетельствовании. Жалобщики уведомляются о решении присутствия в 7-дневный срок и могут обжаловать их в 2-месячный срок в 1-й департамент Сената, но только относительно неправильностей по назначению льгот или по освидетельствованию призываемых. Эти жалобы идут в губернское присутствие, которое обязано в 7-дневный срок передать их в Сенат вместе с протоколами своих постановлений и всеми необходимыми сведениями и объяснениями. В заключение следует указать, что устав о воинской повинности предоставляет право жалобы не одним призываемым, но и родителям и родственникам призываемых, а Сенатская практика — и посторонним лицам. Такое расширение права обжалования можно только приветствовать, хотя нужно иметь в виду, что это новшество только затрудняет присутствия, которым при бюрократическом составе и слабом судебном элементе трудно справляться с массой дел, нередко имеющих спорный характер.

§ 74. Административно-судебные функции губернских по во-

инской повинности присутствий значительно расширились с момента издания закона 25 июня 1912 г. о призрении нижних воинских чинов и их семейств (Уст. Пенсионный, св. Зак. т. III по прод. 1912 г. ст. 807—865). Этот закон даже изменил состав присутствий, впервые допустив при рассмотрении дел о назначении пенсий нижним чинам, равно как и приносимых по сим делам жалоб, в заседания присутствий на правах членов в губернском (областном) присутствии управляющего казенной палатой, а в уездном (окружном или городском) присутствии местного податного инспектора. Закон 1912 г. дарует право на призрение из средств казны тем нижним чинам, которые утратили как в мирное, так и в военное время трудоспособность вследствие полученных ими ран, внутренних или внешних повреждений, либо болезней, если эти раны, повреждения или болезни находятся в причинной зависимости от продолжения ими военной службы. Размеры пенсий установлены в зависимости от утраты трудоспособности в размере от 30 до 216 рублей в год, причем закон, уклоняясь от главного принципа обязательного призрения бедных (наличности нужды), разрешает выдачу таких пенсий независимо от наличности собственных средств или родственников, так как пенсии назначаются независимо от материального положения пенсионера.

Пенсии имеют право получать: 1) числящиеся в запасе или в государственном ополчении либо уволенные вовсе от военной службы и проходившие ее по жребию, вольноопределяющимися или охотниками, а также добровольцами, нижние чины армии, флота, пограничной стражи и отдельного корпуса жандармов, а равно нижние чины служилого состава или уволенные от службы всех казачьих войск, 2) призывавшиеся на военную службу ратники государственного ополчения и казаки войскового ополчения, 3) находившиеся на службе в составе образованных в военное время военным начальством военных дружин, если последние были в постоянном сборе и имели военное устройство, и 4) кроме этих лиц — уволенные в отставку со дня начала войны с Японией (с 27 января 1911 г.) до 1 января 1913 г.

Нижние чины, уволенные из войск, могут до истечения 5 лет со времени оставления ими службы обращаться с письменными или словесными просьбами о назначении им пенсии в уездное (окружное или городское) по воинской повинности присутствие или к уездному воинскому начальнику, или к земскому участковому начальнику, или соответствующему должностному лицу, или к чинам уездной полиции. Казаки обращаются к атаманам

отдела (окружному атаману) и к станичному (хуторскому, поселковому).

Пенсии могут быть назначены пожизненно, а при временной утрате трудоспособности — на срок от 1 до 3 лет. Пенсия назначается увольняемым из войск со времени прекращения выдачи казенного довольствия, а в военное время — со дня прекращения выдачи пособия семье, а возбудившим ходатайство по увольнении из войск — со дня возбуждения ходатайства. Если нижний чин, получающий пенсию, станет впоследствии еще менее трудоспособным, то он имеет право ходатайствовать об увеличении пенсии. Если ему было отказано в пенсии, то он имеет право возобновить ходатайство через год. Полученная пенсия не подлежит вычету за долги и взыскания.

Жалобы на постановления уездных (окружных) и городских по воинской повинности присутствий приносятся губернскому (областному) по воинской повинности присутствию в четырехнедельный, со дня объявления постановления, срок. Жалоба подается в то присутствие, на которое она приносится. Это присутствие обязано представить жалобу по назначению в недельный, со дня ее поступления, срок, вместе с копией обжалованного постановления и, в случае надобности, со своим объяснением. С постановлением уездного, окружного или городского присутствия может не согласиться и податной инспектор, который в 7-дневный срок представляет свой протест в губернское (областное) по воинской повинности присутствие. Хотя этот протест не приостанавливает приведения в действие опротестованного постановления, однако губернское присутствие рассматривает его в ближайшем заседании, причем или оставляет постановление уездного, городского присутствия в силе, или постановляет новое решение. Но и помимо этих случаев, деятельность уездных присутствий находится под контролем губернских присутствий. Последние могут во всех случаях, когда это признают необходимым, поверять и отменять действия и постановления подведомственных им уездных присутствий, и со времени совершения такого действия или постановления до распоряжения о поверке его не истекло двух лет.

Заинтересованные нижние чины уведомляются заблаговременно о дне слушания их дела в губернском присутствии и допускаются лично в заседание, где и могут давать свои объяснения. По просьбе нижних чинов или по усмотрению присутствия они подвергаются переосвидетельствованию в том же заседании.

На постановления губернского (областного) присутствия до-

пускаются жалобы со стороны нижних чинов и протесты со стороны управляющего казенной палатой. Эти жалобы и протесты приносятся в Первый Департамент Сената в 2-месячный, со дня объявления постановления, срок и подаются в то присутствие, которое постановило решение. Присутствие обязано представить их Первому Департаменту, со своим протоколом и необходимыми сведениями и объяснениями, в течение 7 дней со дня принятия жалобы или протеста. В Сенате эти дела рассматриваются вне очереди и решаются им окончательно, по внесении заключения обер-прокурора, простым большинством голосов присутствующих сенаторов.

§ 75. Далее, административными судами являются *губернские и областные по фабричным и горнозаводским делам присутствия*. Состав этих присутствий мало напоминает административный суд. Председателем их является губернатор (в Петрограде, Одессе и Москве — градоначальник, в Варшаве — обер-полицмейстер, в Донском присутствии — войсковой наказной атаман), а членами состоят вице-губернатор (в Одессе — полицмейстер, в Донском присутствии — помощник атамана), прокурор окружного суда или его товарищ, начальник губернского жандармского управления (в Батуми — жандармский офицер, назначенный Наместником), старший фабричный инспектор или фабричный инспектор, окружной горный инженер или его помощник. Таков элемент бюрократический. Но есть еще и общественный элемент, который представлен четырьмя членами от местных фабрикантов и заводчиков и от горнопромышленников. Этот общественный элемент попадает в присутствие по выборам, причем первые избираются на 3 года местными совещательными по торговле и мануфактурной промышленности учреждениями, а вторые — также на 3 года съездами горнопромышленников. Значение губернатора, конечно, велико, и оно еще более усиливается правом, предоставленным ему в тех местностях, где нет учреждений по торговле и промышленности: представители последних избираются губернатором. Общественный элемент терпит ущерб не только от того, что по отношению к нему ограничивается выборное начало, но еще и потому, что представители фабрикантов и заводчиков (а равно члены фабричной инспекции или горный инженер) не участвуют в рассмотрении дел, возникших по жалобам на их распоряжения. Конечно, такое правило хорошо тем, что оно препятствует этим лицам быть судьями в собственном деле.

Однако можно ли назвать эти присутствия административны-

ми судами? Компетенция их слагается главным образом из чисто административных дел, придаток к которым образуют административно-судебные дела. Эти присутствия прежде всего издают обязательные постановления, но лишь в развитие постановлений Главного Присутствия и только применительно к мест-ным условиям. Затем они выдают некоторые дела по нарушениям постановлений устава промышленности. Все такие дела делятся на две категории: по одним фабричные инспектора составляют протоколы и предъявляют затем обвинение в общих судебных установлениях, а другие (ст. 158—155) передаются в административном порядке на разрешение присутствий. Кроме этих административных дел имеются еще и другие. Что касается судебно-административных дел, то все они сводятся к рассмотрению жалоб на распоряжения фабричной и горной инспекции, а также к разрешению сомнений, которые встречаются чинами фабричной и горной инспекции при применении некоторых правил устава о промышленности. Постановления этих присутствий могут быть обжалованы не министру, как было раньше, а Главному Присутствию по фабричным и горнозаводским делам: такой порядок обжалования представляется более целесообразным.

§ 76. *Присутствия по делам страхования рабочих.* Эти присутствия появились очень недавно после издания законов 23 июня 1912 г. об обеспечении рабочих врачебной помощью и о страховании рабочих от несчастных случаев. Эти законы произвели коренную реформу в нашем старом законодательстве о помощи рабочим и вызвали к жизни эти присутствия. Законы, конечно, не могли оставить без внимания организацию тех органов, которые бы направляли, руководили деятельностью учреждений — больничных касс и страховых товариществ — ведающих дело помощи рабочим на местах.

Прежде всего возникла настоятельная потребность в местных органах попечения о рабочих в случае болезни, которые бы надзирали за правильностью и закономерностью деятельности больничных касс и проч. Кроме того, на эти органы нужно было возложить некоторые, хотя и очень немногочисленные, функции по страхованию рабочих от несчастных случаев. При организации новых местных учреждений законодатель взял за образец излюбленный им за последнее время тип смешанных присутствий, т.е. губернских присутствий, состоящих под председательством губернатора. Они получили название *присутствий по делам страхования рабочих.*

Эти присутствия устраиваются в каждой губернии или обла-

сти, на который распространяется действие новых законов, а также в городах Петроград, Москва, Варшава и Одесса. Председателем присутствия является губернатор (градоначальник, наказный атаман или обер-полицмейстер). Членами присутствия являются прежде всего официальные лица: вице-губернатор (помощник градоначальника, наказнаго атамана или обер-полицмейстера), управляющий контрольною палатой, управляющий казенной палатой, прокурор окружного суда или его товарищ, старший фабричный инспектор, врачебный инспектор, член присутствия по назначению министра внутренних дел, фабричный инспектор по назначению министра торговли и промышленности. Общественный элемент представлен двумя членами от губернского земства, одним — от городской думы, двумя — от владельцев предприятий и двумя — от участников больничных касс. В тех местах, где не введено Городовое Положение и Положение о земских учреждениях, входят в состав присутствия по три члена от участников больничных касс, образованных по новому закону, и от владельцев предприятий. В тех местностях, где развита горная промышленность, министр торговли и промышленности назначает в присутствие окружного горного инженера или его помощника.

Члены присутствия от больничных касс получают за участие в заседаниях вознаграждение в размере, устанавливаемом Советом по делам страхования рабочих. По распоряжению председателя присутствия в его заседания приглашаются, с правом совещательного голоса, те лица, которые могут дать полезные сведения при обсуждении дел.

Круг ведомства присутствий обширен и захватывает две сферы деятельности — распорядительную и судебно-административную. Распорядительная деятельность выражается в утверждении уставов больничных касс, назначении ревизий денежных средств и делопроизводства касс и проч. Судебно-административная функция присутствий состоит в том, что они рассматривают жалобы на действия членов фабричной инспекции, дела об устранении должностных лиц касс и дела о привлечении этих лиц к судебной ответственности.

Производство дел в присутствиях рисуется в следующем виде. Когда будет назначено дело к слушанию, то жалобщику посылается извещение. Он или его поверенный могут присутствовать при докладе и давать словесные или подавать письменные объяснения. Дело не останавливается решением, если жалобщик или его поверенный не явятся на слушание дела, конечно, если их

неявка не была вызвана несвоевременным получением извещения. Присутствие может признать обжалованное распоряжение законным или отменить его. Жалобщик получает уведомление с копией постановления присутствия. Если жалоба признана неосновательной, то постановление присутствия может быть обжаловано или в Первый Департамент Сената, если дело имеет судебно-административный характер, или в Совет по делам страхования рабочих — по остальным делам.

Как видно из предыдущего, новые административные суды отличаются от других присутствий некоторыми выгодными сторонами. Так, в составе этих присутствий впервые введены представители от рабочих, правда, в довольно незначительном числе. Затем в состав присутствия введен и другой общественный элемент — представители земского и городского самоуправления. Самое производство дел в присутствиях построено на начале привлечения заинтересованного лица к присутствованию и активному участию на суде. Наконец, обжалование постановлений присутствий построено на различии характера дел, причем постановление судебно-административного характера обжалуется в Первый Департамент Сената.

§ 77. *Губернские и областные по квартирному налогу присутствия* по составу отличаются от предшествующих присутствий. Председательствует не губернатор, а управляющий казенной палатой. Членами их являются: 1) все члены общего присутствия казенной палаты, 2) городской голова губернского города (в Варшаве президент города), 3) два лица, избираемые на 3 года городской думой или магистратом губернского города (к ним избираются 2 кандидата заместителя), 4) головы уездных городов, но лишь при рассмотрении дел, касающихся этих городов. Таким образом закон делает некоторые изменения в чиновном элементе присутствий, но не в пользу выборного. Производство дел — письменное.

Административно-судебная функция присутствия заключается главным образом в рассмотрении: 1) жалоб на постановления городских квартирных присутствий, 2) ходатайств об отсрочках и рассрочках. Что касается жалоб, то закон требует, чтобы они касались исключительно лишь оставленного без удовлетворения городским присутствием заявления о неправильном определении причитающегося с жалобщика оклада налога и подавались в 2-недельный срок. Предметом ходатайств могут быть всякие дела, в том числе чисто административные и административно-судебные. Постановления областных и губернских квартирных присут-

ствий могут быть обжалованы, через губернское же присутствие, министру финансов в месячный срок со дня объявления обжалуемого постановления. Конечно, в последней инстанции дело может быть обжаловано в Первый Департамент Сената.

§ 78. *Губерния или областные по промысловому налогу присутствия* являются плодом продолжительной подготовительной работы по охране интересов лиц, занимающихся торговлей и промышленностью и вносящих за это особый налог в государственное казначейство. Эти присутствия возникли по Высочайше утвержденному 8 июня 1888 г. Положению о государственном промысловом налоге. До этого Положения первой инстанцией по делам о нарушении правил о сборе за право торговли и других промыслов была казенная палата, причем постановления ее признавались окончательными и не подлежали обжалованию, если штраф за нарушение не превышал 30 рублей. Однако в 1883 г. последовало Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета, которое разъяснило, что на неправильное толкование и применение Положения о сборе за право торговли частные лица могут обращаться с жалобами в министерство финансов, а на него жаловаться, на общем основании, в 1-й Департамент Сената. В том же 1883 г. был введен дополнительный % сбора, и первой инстанцией по делам этого сбора были губернские областные податные присутствия. Для рассмотрения жалоб на эти присутствия в министерстве финансов было организовано особое податное присутствие. Министр финансов утверждал постановления этого присутствия, жалобы на них приносились 1-му Департаменту Сената. Когда рассматривался проект Положения о государственном промысловом налоге, то система органов, ведающих жалобы, была изменена. Министерство финансов не решилось узаконить старый порядок, который состоял в рассмотрении жалоб чисто административными учреждениями — податными присутствиями — и даже судами, которым было передано по закону 1883 г. большинство дел о нарушениях уставов казенного управления. Министерство считало, что мировые судьи и земские начальники недостаточно ознакомлены со специальной отраслью финансового законодательства, что практика этих судебных органов различна и разнообразна. Затем оно подчеркивало в своем представлении в Государственный Совет, что теоретически не может быть признан правильным такой порядок, когда административные податные учреждения обращаются к судебным органам с исками по налоговым делам, которые носят публично-правовой, а не частно-правовой характер. Ввиду

этого министерство создало особый судебно-административный орган — губернские и областные по промысловому налогу присутствия, состоящие из представителей казны, судебного ведомства, местных земских и городских учреждений и самих налогоплательщиков, для рассмотрения жалоб на постановления казенных палат и общих их присутствий по делам о государственном промысловом налоге. Таким образом, дела по основному и дополнительному промысловому налогу рассматриваются в казенных палатах и общих их присутствиях. Их решения могут быть обжалованы в новые присутствия, а постановления последних — в 1-й Департамент Сената. Мало того. На страже интересов казны и закономерности в применении нового закона стоят два члена губернских присутствий — управляющий казенной палатою и прокурор окружного суда: оба они могут приносить протесты в Сенат на постановления присутствий, которые представляются им неправильными.

§ 79. Обращаясь к более детальному рассмотрению состава, делопроизводства, компетенции новых присутствий, приходится прежде всего констатировать, что и они подчинены общему правилу, согласно которому председателем присутствия является губернатор. Членами присутствия состоят: 1) вице-губернатор, 2) управляющие казенной палатой и акцизными сборами, 3) прокурор окружного суда или его товарищ, 4) председатель губернской земской управы, 5) городской голова губернского города и, наконец, 6—7) два члена, избираемые на 4 года из числа налогоплательщиков — один губернским земским собранием, а другой — городской думой губернского города. Относительно этого общественного элемента нужно заметить, что в неземских губерниях представители земств и городов заменяются лицами, назначаемыми губернатором, а представители налогоплательщиков — лицами, назначаемыми губернатором по соглашению с управляющим казенной палаты из числа налогоплательщиков. В губерниях Царства Польского представители земства заменены непременными членами крестьянских присутствий, а представители городов — в Варшаве президентом города, а в прочих губернских городах — одним из советников губернского правления по назначению губернатора. В заключение следует указать, что к членам — представителям налогоплательщиков всегда избираются заместители. Эти лица должны для своего избрания удовлетворять следующим условиям: 1) мужской пол, 2) 25 лет, 3) грамотность, 4) принадлежность к местным жителям, производящим или производившим торговлю или промысел, 5) не-

лишение по закону избирательного права. Самый состав присутствия и делопроизводство таковы, что они не удовлетворяют требованиям, предъявляемым к административному суду. Губернатор, особенно в неземских губерниях, обладает чрезвычайно большой властью. Судебный элемент представлен очень слабо: лишь в делах о взысканиях за нарушения правил Положения 1898 г. приглашаются на правах членов председатель или член окружного суда, причем прокурор не имеет права голоса, а лишь дает заключение. Далее, делопроизводство возложено на одного из чиновников канцелярии губернатора или губернского правления. Наконец, в подавляющем большинстве случаев налогоплательщик не вызывается на разбирательство своего дела. К числу дефектов следует отнести и участие управляющего казенной палатой в качестве судьи по тем делам, которые решались им же в той инстанции, решения которой обжалованы в губернское присутствие. Само собой разумеется, есть и положительные стороны, о которых нельзя умолчать. Так, при рассмотрении жалоб на постановления о нарушениях правил о государственном промысловом налоге обвиняемый в нарушении может присутствовать при докладе дел и давать при этом словесные или подавать письменные объяснения, но неявка его не останавливает производства дела. Затем достоинством присутствия является то, что оно оказывается чисто судебно-административным учреждением и не ведает никаких административных дел. В самом деле, деятельность присутствия сводится к: 1) рассмотрению жалоб на постановления общих присутствий казенных палат, разрешению дел, перенесенных в губернское присутствие вследствие несогласия управляющего казенной палатой с постановлением общего присутствия казенной палаты по вопросам, касающимся процентного сбора с прибыли, и 2) рассмотрению жалоб на постановления о нарушениях правил о государственном промысловом налоге. Жалобы подаются в месячный срок и должны быть рассмотрены в течение месяца.

Постановления присутствий могут быть обжалованы в 1-й Департамент Сената через те же присутствия в месячный срок, а присутствие препровождает и свои объяснения. Если протестуют прокурор или управляющий казенной палатой, то дело направляется в Сенат через министерство финансов.

§ 80. Законом 6 июня 1910 г. были созданы новые административно-судебные учреждения — *присутствия по заведованию государственным налогом с недвижимых имуществ* в городах, посадах и местечках, за исключением посадов губерний Царства

Польского. Присутствия бывают губернские (областные) и городские. Губернские (областные) присутствия состоят под председательством управляющего казенной палатой (в Якутском присутствии — губернатор), из двух членов от министерства финансов, по назначению министра, городского головы губернского или областного города, председателя губернской земской управы или губернской управы по делам местного хозяйства, губернского (областного) архитектора и трех членов из числа плательщиков налога. Впрочем, вместо городского головы и председателя губ. земской управы (или председателя губ. управы по делам местного хозяйства) может участвовать один из членов местного городского общественного и земского управления по назначению подлежащего управления, а вместо членов из числа плательщиков налога — заместители их. Делопроизводство присутствия возложено на местную казенную палату.

Городские присутствия состоят под председательством местного податного инспектора или лица, его заменяющего, из двух представителей городского управления или заменяющего его учреждения, городского (или городового) архитектора, депутатов тех ведомств, имущества которых подлежат обложению, и членов из числа плательщиков налога, в числе от 2 до 6, по усмотрению городского общественного управления или их заместителей. Кроме того, в местностях, где введено Положение о земских учреждениях или Положение об управлении земским хозяйством, в состав присутствия входят 2 представителя земского управления по избранию подлежащих управлений.

Члены губернских (областных) и городских присутствий из числа плательщиков налога и их заместители выбираются на 5 лет.

Для действительности заседания присутствий необходимо участие не менее 3 лиц, в том числе и председателя, причем на заседании должен непременно присутствовать хотя бы один член из числа плательщиков налога, а также представитель городского общественного управления.

Административно-судебные функции осуществляются только губернскими (областными) присутствиями. Дела, решаемые в этих присутствиях, поступают затем в Первый Департамент Сената двояким путем — по протестам председателей присутствий и по жалобам плательщиков. В первом случае протест может исходить от председателей городского и губернского присутствий. Если председатель городского присутствия не согласится с постановлением этого присутствия, тогда оно приостанавливается исполнением и дело переходит на разрешение губернского (обла-

стного) присутствия. Если председатель губернского присутствия признает его постановление несогласным с законом, то он, приостановив исполнение дела, представляет его через министра финансов, с его заключением, в Первый Департамент Сената. Протесты председателей должны быть предъявлены в течение 2 недель со дня, когда состоялось то постановление присутствия, против которого подается протест.

Плательщики налога, получив извещения о постановлениях городских присутствй, могут в течение месяца со дня этого извещения или объявления подавать в подлежащее присутствие возражения против неправильного, по их мнению, определения доходности имуществ и причитающихся с них окладов налога. Постановления городского присутствия об оставлении без последствий поданных плательщиками возражений могут быть ими обжалованы губернскому (областному) присутствию в месячный со дня объявления сих постановлений срок. Жалобы подаются в то присутствие, на постановления которого они приносятся, и представляются городским присутствием в губернское, а последним — министру финансов с объяснением не позже месяца по подаче оных. Министр финансов может удовлетворить эти жалобы собственной властью. Если, однако, он признает их незаслуживающими уважения, то представляет их, с своим заключением, в Первый Департамент Сената не позднее 2 месяцев со дня их поступления.

§ 81. Любопытное явление среди русских административных судов представляют созданные в 1902 г. *губернские комиссии по делам об осушительных, оросительных и обводнительных предприятиях.* По словам профессора барона С. А. Корфа (см. его капитальное исследование «Административная юстиция в России», том II, стр. 238), они являются одним из наиболее совершенных судебно-административных органов. Конечно, это совершенство надо понимать несколько условно. Вместо губернатора председательствует губернский предводитель дворянства; там, где нет института предводителей, их заменяют управляющие казенной палатой или государственными имуществами, смотря по старшинству чина. Членами состоят: 1) управляющие казенной палатой и государственными имуществами (последний может назначать за себя особого представителя), 2) представитель ведомства путей сообщения, 3) член окружного суда, 4) один из непременных членов губ. присутствия, а там, где не действует Положение о земских начальниках, член губернского по крестьянским делам присутствия. Этим и исчерпывается бюрократи-

ческий элемент. Общественный элемент представлен многими лицами — явление, редко наблюдаемое в присутствиях смешанного состава. В земских губерниях в состав комиссии входят председатель или член губернской земской управы и 4 землевладельца, избираемые губернским земским собранием на 3 года (при них 4 кандидата). В неземских губерниях эти лица заменяются одним из чиновников губернской администрации по назначению губернатора, который намечает 4 представителей от землевладельцев. Во всяком случае, это усиленное представительство общественного элемента нужно только приветствовать. Вторым достоинством комиссии является правильная постановка дела: стороны могут присутствовать, они получают повестки о заседании за 3 недели вперед, но их неявка не останавливает производства дела, они могут присутствовать при местном осмотре, о чем извещаются за 7 дней, наконец, они получают копию журнала. Нужно еще сказать, что заинтересованным лицам и учреждениям предоставлено право заявлять свои возражения комиссии во всякое время производства дела до окончательного постановления. Комиссии разбирают дела — судебно-административные и чисто административные. Первые состоят в рассмотрении жалоб на определения уездных комиссий и в разрешении дел в случаях, когда с определением уездной комиссии не согласится представитель ведомства путей сообщения либо ведомства земледелия и землеустройства.

Постановления губернских комиссий могут быть обжалованы лишь в двух случаях и двояким путем: 1) если комиссия нарушит закон или превысит свои полномочия, тогда жалоба подается заинтересованными лицами, через губернатора в 1-й Департамент Сената и притом в 3-месячный срок, а если представитель ведомства путей сообщения выскажет свое мнение и комиссия постановит свое разрешительное определение вопреки ему, тогда дело, через губернатора, идет к министру землеустройством и земледелием, рассматривается в его совете и решается по соглашению с министром путей сообщения. В заключение следует сказать, что всякое заинтересованное лицо или сторона могут на общем основании искать судебным порядком вознаграждения за отчуждение имения.

§ 82. *Губернские землеустроительные комиссии* являются сравнительно новыми органами административной юстиции, которым приходится разрешать немало споров, возникающих при применении Положения о Землеустройстве (т. X, ч. 3, Св. Зак. изд. 1912 г.). На основании ст. 1 этого Положения землеуст-

ройство сводится к целому ряду землеустроительных действий, каковыми являются: 1) выдел земель отдельным селениям сельских обществ, 2) выдел земель выселкам и частям селений, 3) выдел отрубных участков отдельным членам сельских обществ и имеющих отдельное владение селений, 4) полное, по целым сельским обществам и имеющим отдельное владение селениям, разверстание угодий между членами общества или селения на отрубные участки, 5) уничтожение чрезполосности подлежащих действию Положения земель с прилегающими владениями, 6) разверстание к одним местам (на отрубные участки) земель разного владения, включенных в одну дачу разверстания, 7) раздел угодий, находящихся в общем пользовании крестьян и частных владельцев, 8) отграничение подлежащих землеустройству земель от смежных владений в тех случаях, когда предварительное установление внешних границ необходимо для исполнения перечисленных землеустроительных действий.

Согласно ст. 18 Положения, учрежденные на основании его землеустроительные учреждения разрешают споры о размерах земельных долей, причитающихся при землеустройстве отдельным селениям, частям селений или домохозяевам, а также и все споры, возникающие собственно из землеустройства, не исключая и споров о границах подлежащих землеустройству земель. Споры, которые разрешаются этими землеустроительными учреждениями, не могут быть возбуждаемы вновь в судебных установлениях.

Согласно ст. 64 Положения, исполнение землеустроительных действий возлагается на уездные и губернские землеустроительные комиссии, которые действуют под общим руководством министра земледелия и землеустройства. Уездные землеустроительные комиссии состоят под председательством уездного предводителя дворянства, из председателя уездной земской управы или его заместителя, непременного члена комиссии или заменяющего его лица, уездного члена окружного суда, а в местностях, где эта должность не учреждена, особо назначенного члена окружного суда, и земского начальника, к участку которого относятся подлежащие обсуждению вопросы. Кроме того, в состав комиссии входят три члена по избранию от уездного земского собрания и по три члена по избранию от волостных сходов, а в качестве временного члена еще и выборщик той волости, по которой рассматривается дело, а если таковой уже участвует, как постоянный член, то кандидата к нему.

Губернские землеустроительные комиссии состоят под

председательством губернатора или заменяющего его лица из губернского предводителя дворянства, председателя губернской земской управы или его заместителя, председателя окружного суда или его товарища, особо назначенного члена окружного суда, непременного члена комиссии или заменяющего его лица, непременного члена губернского или губернского по крестьянским делам присутствия, по назначению губернатора — губернского землемера и двух членов по избранию губернского земского собрания, из коих один — из числа губернских или уездных гласных подлежащей губернии, владеющих надельною землею.

В обязанность уездных землеустроительных комиссий вменяется выяснение положения крестьянского землевладения для содействия Поземельному Крестьянскому Банку в его операциях по данному уезду. Они обсуждают вопросы о целесообразности приобретения Банком предлагаемых к покупке имений в порядке ликвидации их, устанавливают степень нужды крестьян в продаваемой земле, содействуют выяснению ее действительной стоимости, а равно посредничают между продавцами ее и покупателями-крестьянами, помогают им в сношениях с Банком и в выполнении необходимых формальностей.

На губернские землеустроительные комиссии возлагается объединение действий уездных комиссий, ближайшее наблюдение за их деятельностью и разрешение возникающих в них разногласий.

Губернские комиссии рассматривают жалобы на постановления уездных комиссий, каковые препровождаются председателем уездной комиссии в двухнедельный со дня подачи жалобы срок, с необходимыми по содержанию объяснениями и со всем по делу производством. Эти жалобы на постановления уездных комиссий могут быть приносимы в 30-дневный срок со дня объявления обжалуемого постановления в окончательной форме или со дня выдачи копии его или выписки из него, если ходатайство о выдаче копии или выписки было заявлено в день объявления постановления комиссии. Частные жалобы на распоряжения уездных комиссий могут быть приносимы только вместе с обжалованием их постановлений по существу дела, за исключением жалоб на медленность и на непринятие ходатайств о землеустройстве на основании правил о землеустройстве, каковые жалобы могут быть подаваемы отдельно от жалоб по существу дела.

Что касается порядка рассмотрения дела в губернской землеустроительной комиссии, то он имеет значительные пре-

имущества перед обычным порядком рассмотрения дел в административных присутствиях и приближается к обычному порядку рассмотрения судебных дел. Согласно ст. 112 Положения о землеустройстве, порядок производства дел в таких комиссиях определяется применительно к статьям 2, 4, 9, 17, 41, 44, 50, 53—76, 78, 79, 121, 122, 125 и 134 правил о производстве судебных дел, подведомственных земским начальникам и городским судьям (прав. суд. част. земск. начальн., изд. 1892 г. и по прод. 1906 г., разд. II). Постановления губернских комиссий в окончательной форме объявляются заинтересованным лицам порядком, указанным в ст. 104 и 105 Положения, т.е. в самом заседании, в котором разрешено данное дело, или в особо для того назначенном заседании, с разъяснением в обоих случаях порядка и срока обжалования. Губернская комиссия заблаговременно извещает стороны о времени рассмотрения жалобы, но неприбытие их не останавливает решения дела. Для законности постановления губернской комиссии по делам, предусмотренным Положением о землеустройстве, необходимо присутствие губернатора и непременного члена комиссии или заменяющих их лиц, члена окружного суда и одного выборного представителя от губернского земства. Губернская комиссия разрешает окончательно жалобы на уездные землеустроительные комиссии, а также разногласия уездной комиссии с заключениями отделения Крестьянского Поземельного Банка относительно наивысшей залоговой стоимости отдельных владений.

На окончательные постановления губернской землеустроительной комиссии допускается подача жалоб во Второй Департамент Сената, если комиссия нарушит закон или превысит предоставленную ей власть. Эти жалобы подаются в 30-дневный срок со дня объявления обжалуемого постановления или со дня выдачи копии его или выписки из него в губернскую комиссию, которая представляет их в Сенат со всеми объяснениями.

Второй Департамент, согласно ст. 115 Положения о землеустройстве, рассматривает эти жалобы при участии министра внутренних дел и министра землеустройства и земледелия. По выслушании заключения обер-прокурора такие жалобы разрешаются окончательно большинством голосов присутствующих сенаторов и обоих министров, а в случае равенства голосов — согласно мнению, принятому первоприсутствующим.

В заключение следует отметить, что губернские землеустроительные комиссии принадлежат к новому типу административно-судебных учреждений, которые все более отдаляются от типа

административных присутствий смешанного состава и приближаются к судебным учреждениям.

§ 83. К числу русских органов административной юстиции можно отнести и *губернские или областные по делам об обществах присутствия*. Эти присутствия были созданы в 1906 г. по образцу губернского по земским и городским делам присутствия, с тем, однако, отступлением, что когда в заседании рассматриваются дела о профессиональных обществах, то приглашаются старший фабричный инспектор или окружной горный инженер или лица, их заменяющие, а если таких лиц нет, то министр торговли по соглашению с подлежащими министрами может приглашать других должностных лиц. Недостатки этих присутствий — те же, что и у присутствий по земским и городским делам, т.е. преобладание бюрократического элемента, большое влияние губернатора, поручение делопроизводства канцелярии губернатора или губернского правления. Самое разбирательство происходит по общему порядку, определенному для губернских учреждений, но с одним отступлением, а именно заинтересованные лица должны извещаться о дне слушания дела, причем неявка не останавливает его рассмотрения, а сами лица могут давать словесные объяснения. Что касается судебно-административной функции присутствий, то она выражена очень слабо, когда дело идет об обществах, не имеющих особого устава, и получает более резкий облик, когда речь идет об обществах с особым уставом. Но в обоих случаях судебно-административный характер дел, рассматриваемых присутствиями, только намечается, но не вырисовывается определенно. Главная причина, почему здесь нельзя найти законченности, заключается в том, что нет частной жалобы на нарушение права действиями администрации. В самом деле, когда губернатор встречает препятствие в разрешении открытия общества «без особого устава», то он передает дело на разрешение присутствия: следовательно, здесь нет частной жалобы, а дело поступает в присутствие автоматически по инициативе губернатора. Равным образом, когда дело идет об открытии или закрытии обществ с особым уставом, и тогда нет вмешательства частного лица в виде жалобы. Если губернатор найдет нужным закрыть общество, то он предлагает о том на разрешение присутствия, причем частные лица не могут подавать жалоб на эти действия, а лишь приглашаются давать свои объяснения: следовательно, они не ставятся в положение сторон. Отрадное явление представляет порядок обжалования. Жалобы направляются в 1-й Департамент Сената, но подаются в 2-недель-

ный срок самому присутствию и посылаются в Сенат губернатором с заключением присутствия.

§ 84. Существуют еще особые учреждения, которые именуются *губернскими распорядительными комитетами*. Они существуют в земской и неземской России. В земской России губернские распорядительные комитеты ведают квартирное довольствие войск, причем здесь им помогают уездные распорядительные комитеты. Они играют роль чисто административных органов. Однако в неземских губерниях эти комитеты являются административными судами. Состав этих комитетов несколько различен в земских и неземских губерниях. Председательствует всюду губернатор, а членами в неземских губерниях состоят: губернский предводитель дворянства, управляющий казенной палатой, член от правительства по назначению министра финансов (он назначается в случае особого скопления войск и обширности и сложности делопроизводства и значительности расходов), городской голова губернского города, члены-представители ведомств военного и почтово-телеграфного (но только при обсуждении дел своего ведомства), затем в некоторых губерниях при комитетах состоят старшие инженеры по дорожной части, а в других губерниях — и младшие инженеры, причем число их не ограничено законом. Наконец, в комитет входят прокурор окружного суда, участвующий лишь в делах, касающихся судебных установлений, губернский тюремный инспектор (только по делам своего ведомства); по делам об арестантских помещениях участвуют председатель окружного суда или его товарищ или член окружного суда, прокурор окружного суда, председатель съезда мировых судей и губернский тюремный инспектор. В компетенцию этих комитетов в неземских губерниях входят все земские повинности и разные другие расходы государственных казначейств, дорожное дело и пр. В уездах действуют уездные распорядительные комитеты, которые не являются, как в земских губерниях, только помощниками губернских комитетов, а ведают одно важное дело — раскладку денежных и натуральных повинностей. Понятно, осуществляя эту функцию, уездные комитеты могут налагать обязанности, нарушая частные права и интересы, против чего, конечно, частные лица могут восставать и жаловаться. Это право частных лиц прямо оговорено в законе только относительно неземских губерний, а именно, что губернские комитеты имеют право рассматривать жалобы «на неуравнительность раскладок». Но эта положительная сторона парализуется другим печальным явлением, а именно все жалобы на губернские рас-

порядительные комитеты подаются не в 1-й Департамент Сената, а министрам внутренних дел и финансов.

§ 85. *Губернские оценочные комиссии* можно признать административными судами. Они были учреждены еще в 1893 г. в помощь земствам по оценочным работам, но в 1899 г. подверглись коренным изменениям. Состав этих комиссий формируется из следующих лиц. Председательствует губернатор, а членами состоят: губернский предводитель двор., вице-губернатор, управляющий казенной палатой, начальник управления земледелия и землеустройства, один из непременных членов присутствия, председатель и члены губернской земской управы, два члена по выбору губернского земского собрания, городской голова губернского города, а также управляющий удельным округом и представитель горного ведомства. Комиссия исполняет функции административную и судебно-административную. Последняя заключается в разрешении жалоб на постановления уездных оценочных комиссий. Постановления этих комиссий признаются окончательными и обжалованию не подлежат. Но в одном случае, когда при оценке нарушены особые установленные правила, на эти постановления направляются жалобы не в Сенат, а министру финансов в 6-недельный срок со дня объявления решения.

§ 86. *Губернское правление* является исключительно органом администрации. Его административно-судебные функции зародились еще в царствование Императора Николая I, когда законами 1837 и 1845 гг. на него было возложено рассмотрение жалоб частных лиц на постановления низших мест или городских дум и ратуш, рассмотрение прокурорских протестов и дел по пререканиям между различными присутственными местами. Конечно, в настоящее время эта функция естественно изменилась. Нет уже жалоб на думы и ратуши, потому что эта функция перешла к губернским по земским и городским делам присутствиям. Не имеет значения для нас и рассмотрение жалоб на подчиненные губернскому правлению места, потому что здесь не «иск», а жалоба и начальственный надзор правления за подчиненными ему местами. Единственно, что́ можно признать административно-судебной функцией, это рассмотрение дел о пререканиях о подсудности уездных и городских присутственных мест или должностных лиц своего ведомства, а также пререкания о подсудности сих мест и лиц разных административных ведомств, находящихся в той же губернии.

§ 87. Наконец, органом административной юстиции являются

губернские присутствия, а там, где не введено Положение о земских начальниках, *губернские по крестьянскими делам присутствия*. Губернские присутствия организованы в следующем составе: председатель — губернатор, члены — губернский предводитель дворянства, вице-губернатор, прокурор окружного суда или его товарищ и два непременных члена. Кроме того, на правах членов приглашаются: при разборе судебных дел — председатель или член окружного суда, при разборе административных дел — управляющие казенной палатой и государственными имуществами, чиновник особых поручений переселенческого управления, председатель губернской земской управы и по делам о продовольствии сельских обывателей (в земских губерниях) — все члены губернской земской управы. Этот состав лишний раз подчеркивает дефекты нашей административной юстиции — превалирующую роль губернатора, слабое представительство судебного элемента, отсутствие членов присутствий надлежащей независимости, участие многих членов в качестве судей в собственном деле. Правда, общественный элемент может быть усилен губернатором, которому предоставлено право приглашать в заседания присутствий лиц, "от которых по свойству обсуждаемых дел следует ожидать полезных сведений". Но закон ничего не говорит о том, имеют ли они право голоса или нет: в последнем случае они являются элементом, не имеющим значения. Самое производство дел ведется обычным принятым в административных местах порядком. Губернское присутствие несет функции судебные, административные и судебно-административные. Последние слагаются из следующих категорий дел. Во-первых, оно разрешает жалобы частных лиц на приговоры крестьянского общества и на постановления земского начальника или уездного съезда в случаях обжалования приговоров крестьянских обществ об удалении порочных членов, крестьянских обществ о разрешении продажи имущества малолетних крестьян и об отказах от надела малолетним сиротам, постановлений земских начальников т.н. неокончательных о поземельном устройстве сельских обывателей и о разрешении, в случаях перестройки селений, возведения крестьянских строений на смежной с крестьянскою усадебною оседлостью выгонной земле, общей с помещиком, постановлений уездных съездов окончательных и неокончательных. Во-вторых, губернское присутствие ведает продовольственное дело, причем распоряжается губернским продовольственным капиталом, приобретает хлеб на счет губернского и др. капиталов и пр. Но вместе с тем оно ведает судебно-административные

дела, а именно рассматривает жалобы на постановления уездных съездов, нарушающие права отдельных лиц и обществ, и может отменять в подлежащих случаях эти постановления. В-третьих, надзор за взиманием окладных сборов возложен на земских начальников, но здесь принимает участие и губернское присутствие, несущее чисто административные и судебно-административные функции. Последние заключаются в рассмотрении и разрешении жалоб сельских обществ на неудобство установленных уездным съездом частных сроков платежа. При разрешении данных дел присутствие управляющего казенной палатой считается по закону обязательным, и он даже получает особое право, а именно при несогласии с заключением присутствия, последнее обязано представлять все дело на разрешение министра финансов. Что касается обжалования постановлений губернских присутствий, то оно допускается во Второй Департамент Сената, но лишь по делам неокончательным, к которым отнесены исключительно дела, касающиеся поземельного устройства сельских обывателей.

§ 88. *Высшими органами административной юстиции* являются Главное по фабричным и горнозаводским делам Присутствие, Совет по делам страхования рабочих, Первый и Второй Департаменты Сената, следовательно, всего 4 учреждения. Некоторое недоумение вызывает положение нескольких министров, в деятельности которых несомненно можно подметить признаки судебно-административной функции. Например, некоторые министры являются той последней инстанцией, к которой направляются жалобы на постановления смешанных присутствий, и министры, действуя, как административные судьи, разрешают судебно-административные дела и споры.

Например, через министра финансов идут дела в Сенат из квартирных присутствий, а в некоторых случаях промысловых присутствий и губернских оценочных комиссий. Или, например, спорные вопросы, возникающие при применении правил о проводе оросительных, обводнительных и осушительных канав через чужие владения, идут на рассмотрение министра земледелия и землеустройства после обсуждения в гидрологическом комитете. Или, например, министр торговли и промышленности решает окончательно некоторые дела, которые идут из губернских по фабричным и горнозаводским делам присутствий, и является председателем Главного по фабричным и горнозаводским делам Присутствия и пр. К сожалению, при рассмотрении всех указанных дел министр, осуществляющий судебно-администра-

тивную функцию, не связан никакими формальностями, т.е., другими словами, он действует без участия сторон и пр. Во всяком случае, в России тип министра-судьи возник и сохранился только благодаря печальному положению административной юстиции. При коренной реформе это подобие административного судьи несомненно исчезнет, как он исчез в Западной Европе.

§ 89. Высшим органом административной юстиции является *Главное по фабричным и горнозаводским делам Присутствие*, состоящее в ведении министерства торговли и промышленности. Председателем его состоит министр торговли и промышленности, а членами — товарищ министра торговли и промышленности, управляющие отделом промышленности и отделом неокладных сборов, директор департамента полиции, один из вице-директоров этого департамента, член от главного управления по делам местного хозяйства, член от военного министерства, член от министерства юстиции, окружной фабричный инспектор по приглашению министра торговли, семь членов от промышленников (по одному от совета торговли и мануфактуры, Московского отдела его, комитетов торговли и мануфактуры — Иваново-Вознесенского, Лодзинского, Киевского, Одесского и Варшавского), два члена от горнопромышленников и член-делопроизводитель Присутствия. Кроме перечисленных членов могут участвовать с правом голоса представители министерств внутренних дел, военного и финансов из местных присутствй по фабричным делам. Кроме того, участвуют один из членов медицинского совета или членов управления главного врачебного инспектора и член технического строительного комитета министерства внутренних дел, если обсуждаются некоторые вопросы относительно мер охранения здоровья жизни рабочих и пр., затем представителя министерства народного просвещения — при обсуждении вопросов, касающихся образования малолетних рабочих. Наконец, министерства внутренних дел, военное и торговли и промышленности могут просить о приглашении, с правом совещательного голоса, посторонних лиц, которые могут сообщить полезные сведения. Нужно еще заметить, что члены от промышленников избираются на трехлетний срок теми организациями, к которым они принадлежат, и утверждаются министром торговли, а члены от горнопромышленников приглашаются этим министром.

Таков состав этого центрального органа русской административной юстиции. В нем заметно преобладание бюрократического элемента, который составляют люди, заваленные работой по

своему ведомству. К тому же они в любое время могут быть отозваны подлежащим министром. Вообще, по своему составу это Присутствие мало походит на административный суд, тем более что представительство министерства юстиции выражено всего одним членом. Мало соответствует деятельности Присутствия, как административного суда, и порядок производства дел, который, в сущности, тот же самый, который применяется в чисто административных учреждениях — коллегиальных и в частности министерствах. Впрочем, есть некоторые уклонения от этого порядка. Например, для судебно-административных дел требуется почти единогласное решение. Производство носит письменный характер, значение сторон сведено почти к нулю, им не дано никаких судопроизводственных гарантий — ни устности, ни гласности, ни состязательного начала, одним словом, нет ни одного элемента административного процесса.

§ 90. Главное присутствие ведает чисто административные и судебно-административные дела. Последние появляются: 1) при отмене определений и обязательных постановлений губернских фабричных присутствий, несогласных с законами или соответствующими правилами, 2) при разрешении жалоб на определения и обязательные постановления губернских фабричных присутствий, 3) при разрешении сомнений губернских фабричных присутствий по поводу применения узаконений и административных распоряжений, касающихся некоторых видов рабочих, и 4) при обсуждении по усмотрению министров внутренних дел, военного и торговли и промышленности других вопросов, касающихся компетенции Присутствия. Но несмотря на такую, казалось бы, обширную судебно-административную функцию, она прямо стушевывается перед чрезвычайно обширной административной функцией. Последняя еще более отдаляет Главное Присутствие от высших административных судов, которые в Западной Европе ведают только одни судебно-административные дела. Это совмещение двух функций отразилось крайне вредно на деятельности Главного Присутствия. По словам бар. Корфа, судебно-административной практики Присутствия не существует. Оно ограничивается лишь толкованием устава о промышленности и рассмотрением вопросов о наложении штрафа. Любопытно еще отметить одну черту, характеризующую Главное Присутствие, как высший административный суд: его решения по жалобам на определения и обязательные постановления местных по фабричным и горнозаводским делам присутствий могут быть обжалованы Правительствующему Сенату (1-му Департаменту) че-

рез министра внутренних дел или министра торговли (через первого в том случае, если дела касаются обязанностей полиции по надзору за благоустройством и порядком на фабриках и заводах) в течение месячного срока со дня объявления решения сторонам. Такой порядок обжалования делает Первый Департамент Сената высшей инстанцией над Главным Присутствием.

§ 91. *Совет по делам страхования рабочих.* Несомненно, высшим органом административной юстиции является и созданный законами 23 июня 1912 г. *Совет по делам страхования рабочих*, о котором уже приходилось говорить раньше (§ 76). Этот Совет учрежден при министре торговли и промышленности. Председательствует в нем министр торговли и промышленности, а членами его являются прежде всего официальные лица — товарищ министра торговли и промышленности, директор горного департамента, управляющий отделом промышленности и его помощник, управляющий отделом торговли, два члена от министерства торговли и промышленности, два члена от министерства внутренних дел, по одному члену от министерств финансов, путей сообщения и министерства землеустройства и земледелия и один из членов медицинского совета или чинов управления главного врачебного инспектора.

Общественный элемент составляют: один представитель от Петроградского губернского земского собрания, один от Петроградской городской думы, пять членов от владельцев предприятий и пять членов от больничных касс, учрежденных на основании нового закона. Члены Совета от больничных касс за посещение заседаний Совета или его комиссий получают вознаграждение из средств государственного казначейства в размере, устанавливаемом штатами Совета. С правом совещательного голоса могут приглашаться лица, могущие дать полезные сведения.

Дела рассматриваются в общем или частных присутствиях Совета. Подавляющее большинство дел рассматривается в общем присутствии Совета, для действительности постановлений которого требуется наличность не менее 12 членов, считая в том числе и председателя. В частных присутствиях Совета состоят: председатель — член совета министерства торговли и промышленности, два правительственные члена (один от министерства внутренних дел обязательно) и два члена по избранию — один от больничных касс и один — от владельцев предприятий.

Рассматриваются в частных присутствиях дела по жалобам, подаваемым в Совет на постановления страховых присутствий и губернских по фабричным и горнозаводским делам присутствий,

дела о разрешении пререканий между страховыми товариществами, о подведомственности предъявленного требования о назначении вознаграждения и пр. Если в частном присутствии Совета правительственный член Совета не согласится с его постановлением, то дело идет в общее присутствие Совета. Дела во всех присутствиях решаются простым большинством голосов.

Постановления Совета вступают в силу после утверждения их министром торговли и промышленности, если только в течение семи дней со дня постановления не следует возражения от тех министров, которые имеют своих представителей в Совете. Если же последует возражение, то остается один путь — решить дело соглашением подлежащих министров. На неокончательное постановление Совета можно подавать жалобы в Первый Департамент Сената в трехмесячный срок со дня объявления постановления.

Для обсуждения наиболее важных мер по страхованию рабочих при Совете могут быть созываемы страховые съезды. В них участвуют члены Совета, представители от участников больничных касс и от владельцев предприятий.

§ 92. Переходя, наконец, к организации Первого и Второго Департаментов Сената, следует отметить, что *Первый Департамент* отличается от других департаментов Сената тем, что не имеет особого первоприсутствующего, а печать его носит надпись «Его Величество Канцелярия 1-го Департамента». Председательствует в этом Департаменте старший по чину из наличных сенаторов. Департамент состоит из сенаторов. Этого звания удостаиваются по Высочайшему повелению лица из военных и гражданских чинов, состоящие в одном из первых трех классов. От кандидатов в сенаторы этого Департамента не требуется никакого образовательного ценза. Вот почти все, что́ закон говорит о сенаторах. Он умалчивает о порядке их назначения (на практике через Министерство Юстиции), о числе сенаторов, порядке их распределения по этому и другим департаментам, даже о порядке увольнения их.

Наряду с этими сенаторами в заседаниях Первого Департамента присутствует с правом решающего голоса ряд лиц, принадлежащих к высшей бюрократии, как-то министры и главноуправляющие отдельными частями, обер-прокурор синода, в известных случаях товарищи министров (когда временно исправляют должность министра или министр не может присутствовать), генерал-губернаторы во время их пребывания в Петрограде, но только по делам их губерний, государственный контролер, некоторые должностные лица министерств морского, воен-

ного, финансов и внутренних дел, приравниваемые к товарищам министров. Министры, как члены Сената, обладают при рассмотрении дел большими правами. Целый ряд дел, перечисленных в законе, может докладываться только в присутствии министра, но и остальные дела, доложенные в его отсутствие, должны препровождаться к нему до подписания: если он не согласится подписать определение сената, то дело докладывается вновь с его заключением; если оно не будет принято 2/3 членов, то дело переносится в общее собрание. Для удобства министров заседания в Первом Департаменте назначаются раз в неделю и в определенный день, причем им посылаются реестр дел и записки или краткие извлечения из дел. Если министра не будет в заседании, то дело его ведомства откладывается до следующего заседания. Если министр не прибудет вторично, то обер-прокурор Первого Департамента должен войти с ним в сношения для назначения нового дня слушания дела. Министры, наконец, не связаны даже трехмесячным сроком для доставления Сенату заключений, объяснений и сведений; если они пропустят этот срок, то должны донести о причинах и мерах, принятых к их устранению.

§ 93. При Сенате состоит прокуратура, главой которой является генерал-прокурор — министр юстиции. Помощники его называются обер-прокурорами и товарищами обер-прокурора. Роль генерал-прокурора в Сенате, а следовательно и в Первом Департаменте, очень видная. Я не буду подробно останавливаться на его деятельности в Сенате, укажу вкратце некоторые черты, характеризующие его положение. Он может принимать участие и в общих собраниях и в заседаниях департаментов, назначает заседания для выслушания Высочайших указов и для дел, требующих скорого исполнения. Через министра идет большинство дел в Сенате. Он просматривает и пропускает большинство дел общих собраний и некоторые определения департаментов. Если министр не согласен с мнениями общих собраний, то дело идет в консультацию, которая составляет согласительное предложение; если это предложение не принимается общим собранием, тогда министр юстиции представляет дело Монарху. Далее министр юстиции является посредником между Сенатом и Монархом, а также Государственным Советом и Советом Министров. Например, если Сенат решит отменить свое прежнее распоряжение, то представление об этом вносится на Высочайшее усмотрение через министра юстиции. Или если общее собрание не согласится с мнением министра юстиции, или в нем не составится большинства, то эти дела при посредстве министра юстиции идут в

Государственный Совет. Наконец, министру юстиции подчинены прокуратура и канцелярия Сената и через них министр юстиции может безусловно влиять на деятельность административных департаментов Сената. Прокуратура, в лице обер-прокуроров и их товарищей, исполняет целый ряд очень важных функций: она надзирает за правильностью решений и призводством дел, за течением их, она назначает дела к докладу, в очередь или вне очереди, надзирает за производством и составлением докладов по делам, за наличностью кворума, управляет канцелярией, дает заключения по делам о должностных преступлениях, соглашает сенаторов при возникновении между ними разногласий, протестует против единогласных решений департаментов Сената. Из всего изложенного ясно видно, какую крупную роль играет прокуратура в деятельности Сената.

§ 94. Делопроизводство в административных департаментах Сената отличается необыкновенной медленностью и затяжным характером. Прежде чем будет вынесено решение, должна пройти долгая процедура. И в самом деле. По действующему закону дела поступают в Сенат или через министерство юстиции или непосредственно через канцелярию Сената. Обер-секретарями и их помощниками составляется доклад по делу. Далее, дело докладывается, причем соблюдаются два порядка рассмотрения дела — общий и особенный (при участии министров и главноуправляющих). Этот особенный порядок представляется в настоящее время крайне неудобным ввиду тех прав, которые даются министрам по отношению к делам их ведомства, о чем было сказано выше. Достаточно указать, что отзыв министра сплошь и рядом поступает после 3-месячного срока, указанного законом, и вообще тогда, когда решение потеряло всякий практический смысл, напр., отзывы министра по жалобам на выборы нередко поступали в Сенат уже по истечении выборных полномочий и пр. Есть еще и третий порядок рассмотрения дел, поступающих в Сенат из военного и адмиралтейств — советов. Здесь наблюдается большая медленность в производстве. Напр., военный совет может не соглашаться с определением Департамента, и тогда дело переносится в общее собрание. Наконец, в последнем голоса членов военного совета засчитываются наравне с голосами сенаторов.

По прочтении доклада идет голосование, которое урегулировано законом довольно своеобразно. В настоящее время для разрешения дел в Первом и Втором Департаментах Сената необходимо большинство 2/3 голосов, при отсутствии которого они

переносятся в общее собрание, которое составляется из Департаментов Первого, Второго и Герольдии. Однако такой перенос дела вызывается и несогласием обер-прокурора с решением Департамента. Обер-прокурор предлагает сенаторам свой проект решения дела. Если сенаторы не согласятся с его предложением, то обер-прокурор доносит министру юстиции и по распоряжению последнего дело может быть передано на рассмотрение общего собрания. Если часть сенаторов согласится с предложением обер-прокурора, и тем нарушится требуемое для решения дела большинство, то дело без распоряжения министра переносится в общее собрание. Дело не переносится в общее собрание, а решается окончательно, если все наличные сенаторы единогласно или большинством двух третей голосов наличных сенаторов примут предложение обер-прокурора, данное Сенату непосредственно или по поручению министра юстиции, или мнение министра либо главноуправляющего, при участии коего дело производится. Чтобы избежать переноса дела в общее собрание, закон нарушает общее правило, установленное сенатским регламентом, согласно которому счет голосов производится по числу не только наличнь, но всех принимавших участие в суждении дела сенаторов, не исключая и умерших. В административных же департаментах дело считается оконченным при наличности вышеуказанных условий, хотя бы не было отобрано отзыва от сенаторов, участвовавших прежде в суждении по делу, но впоследствии выбывших из службы или умерших, а также находящихся в отпуске.

Удовлетворяет ли производство дел в административных департаментах основным принципам судопроизводства? Другими словами, гласно ли это производство, построено ли оно на принципе состязательности? К сожалению, приходится дать отрицательный ответ. Производство носит замкнутый, чисто канцелярский характер, заседания происходят при закрытых дверях, частные лица, заинтересованные в деле, не принимают участия, и им не дано даже права давать объяснения по своим делам. Таким образом, об административном процессе и говорить не приходится.

§ 95. Кроме административных департаментов закон знает еще общее собрание Первого и кассационных департаментов. В этом собрании участвуют и члены, не присутствующие в департаментах. В этом общем собрании обязанности первоприсутствующего исполняет старший по чину первоприсутствующий, прокурорские обязанности несет по закону генерал-прокурор, хотя

в действительности его заменяет обер-прокурор Первого Департамента. В это собрание дела идут по разногласию сенаторов, по несогласию министров с определениями департаментов, по несогласию обер-прокурора и, наконец, те всеподданнейшие жалобы на определения Сената, которые будут признаны особым присутствием Государственного Совета уважительными. Вообще можно сказать, что это общее собрание является апелляционной инстанцией над департаментами. Но если в общем собрании не составится необходимого большинства голосов в пользу согласительного предложения, выработанного консультацией при министерстве юстиции, то дело идет на утверждение Монарха через Первый Департамент Государственного Совета.

§ 96. Теперь следует остановиться на *компетенции Первого Департамента* и ознакомиться с его практикой по отдельным вопросам. Вообще вся компетенция Первого департамента может быть сведена к четырем функциям: одна из них носит законодательный характер, другая — чисто административный, третья является властью надзора и последняя — судебно-административной. Сенат в качестве судебно-административного суда ведает прежде всего те спорные административные дела, которые называются делами о пререканиях. Пререкания между административными и судебными установлениями рассматриваются особыми органами, составленными из представителей суда и администрации и состоящими при окружных судах и судебных палатах. Сенат в лице общего собрания Первого и кассационных департаментов является высшей инстанцией для таких пререканий, а в лице Первого Департамента разрешает пререкания между министрами и между губернскими установлениями, но лишь между органами разных ведомств.

Затем самую значительную часть компетенции Первого Департамента составляют следующие дела. *Первая экспедиция* ведает дела об ограждении порядка и безопасности (паспорты, цензура, печать, предупреждение преступлений, усиленная и чрезвычайная охрана и пр.), дела о праве жительства и причислении евреев, дела о принятии в русское подданство, дела о льготах по Высочайшим манифестам. *Вторая экспедиция* рассматривает дела по промысловому обложению, *третья* — дела городские, земские, сословные и строительные, *четвертая* — дела по воинской повинности и о рекрутских квитанциях, *пятая* — дела о повинностях натуральных, денежных, дорожных, о специальных сборах (коробочном и др.), об устройстве и управлении сословий, причислении и исключении из обществ (кроме евреев), об

открытии фабрик и заводов, дела страховые, горного, лесного и сельского хозяйства, училищные, контрактные поставки, подряды, аренды и начеты по оным, казачьих земель, опекунские (за расточительность), аптечные, врачебные, вероисповедные, дела о признании поселений местечками, и наоборот, о взыскании и сложении недоимок, о принудительном отчуждении недвижимого имущества и некоторые другие. Наконец, *шестая экспедиция* ведает дела о правах службы должностных лиц (пенсии, эмеритуры, преимущества, жалованье и др.), дела пропинационные и питейные по уставам казенного управления (напр., таможенные, акцизные, лесные, Царства Польского), по квартирному налогу, контрольные начеты, дела о наследстве и крепостных пошлинах и об утверждении торгов.

§ 97. Практика Первого Департамента представляет громадный интерес и имеет выдающееся значение для жизни России. Таковы, например, дела по жалобам земских учреждений, в рассмотрении которых проявляется надзор Сената за их законностью. Первый Департамент Сената очень внимательно относится к жалобам уездных и губернских земств и удовлетворяет большинство их. Но это достоинство практики Сената покрывается одним крупным недостатком — ее неустойчивостью. Напр., по вопросу о компетенции земских учреждений, о выражении «местные пользы и нужды» Сенат или, вернее, Первый Департамент неоднократно менял свою точку зрения. Сенат поступал так отчасти вследствие изменения в его отношениях к высшим государственным учреждениям и должностным лицам, но главным образом вследствие изменения во взглядах на многие земские дела общества и правительства, которые усматривали в них политику или политиканство.

Любопытно прежде всего отметить отношение Сената к земским выборам. Когда Первому Департаменту приходилось разъяснять статьи Положений 1864 и 1890 гг., касающиеся порядка избрания гласных, то он не держался буквы закона. Если при выборах были допущены неправильности, то Сенат, прежде всего, старался выяснить, насколько существенно они могли отразиться на результатах выборов. При этом если можно было установить только неправильность избрания одного или двух лиц и не было нужды опорочивать все выборы, то Сенат отменял лишь выборы указанных лиц. Но если Сенат усматривал, что все формальности соблюдены, но зато был искажен дух Положения о земских учреждениях, то он поступал иначе. Вот пример. В 1883 г. на Порховской уездный избирательный съезд, в день,

назначенный для выборов, к указанному часу явились 16 лиц, которые немедленно признали себя гласными без производства выборов. Сенат обратил внимание на эти действия лиц, с формальной точки правильные, и нашел, что это решение не может быть оставлено в силе по следующим причинам. В Порхов обыкновенно съезжаются более 50 чел. избирателей, которые, конечно, могли явиться и в данное время к назначенному часу, но быть может и через нисколько минут после него благодаря неверности часов; съезд, вследствие той же неверности часов избирателей, мог открыться несколько ранее назначенного срока. Во всяком случае, поведение 16 человек свидетельствует о их желании устранить часть избирателей вообще от участия в делах земства.

Первому Департаменту Сената пришлось много потрудиться над выяснением помещенного в 1 ст. Положения о земских учреждениях выражения «местные пользы и нужды», а также перечня дел, входящих в компетенцию земских учреждений и перечисленных во 2 ст. Положения. Здесь сталкивались две точки зрения — администрации, которая полагала, что этот перечень имеет исчерпывающий характер, и земских собраний, которые держались противоположного взгляда. В этом отношении практика Сената отличалась большой неустойчивостью. Зато несомненно бóльшее значение для земств играла практика Сената при толковании той статьи Положения, которая возлагала на земства «попечение о развитии средств народного образования и установленное законом участие в заведовании содержимыми за счет земства школами и другими учебными заведениями». Благодаря Сенатской практике, земства могли развить широкую деятельность в области народного образования, получили право устраивать стипендии в различных средних и высших учебных заведениях, открывать книжные склады и магазины для продажи всех книг, не воспрещенных цензурой, учреждать библиотеки, входить в соглашение с крестьянскими обществами относительно устройства школ, причем Сенат разъяснил, что приговоры крестьянских сходов об установлении для этой цели мирских сборов не требуют утверждения земского начальника.

§ 98. Затем нужно заметить, что Сенат внимательно смотрел за тем, чтобы земства расходовали свои средства на учреждения и цели лишь в пределах своих уезда и губернии. Так, Сенат признал неправильными ассигнования земств на постановку памятника в Париже Луи Пастеру, на учреждение земством, не принадлежащим к Полтавской губ., училища имени Гоголя в

Полтаве. Но с другой стороны, Сенат не встречал препятствий против ассигнований земств на такие надобности, которые помогают земствам, в том числе и ассигнующему, осуществлять в жизни надлежащим образом ту или другую деятельность. По этой причине Сенат не встретил препятствий к ассигнованию земствами пособия Обществу русских врачей на издание земского медицинского сборника.

Сенату, конечно, неоднократно приходилось иметь дело с вопросами земского обложения. Сначала он держался того взгляда, что земства не могут слагать недоимки, начисленные по сборам даже с не существовавших или ошибочно обложенных имуществ. Здесь Сенат ратует за незыблемость раскладки. Но постепенно он переходит на другую точку зрения и теперь признает за земствами право привлекать к обложению земским сбором по дополнительной раскладке недвижимые имущества, не включенные при составлении первоначальной общей раскладки.

Затем любопытно остановиться на отношении Сената к тем ходатайствам о местных пользах и нуждах, которые представляются правительству через губернатора губернскими и уездными земскими собраниями. И вот Сенат в целом ряде решений занял следующую позицию. По мнению Сената, состоявшееся в земском собрании постановление о возбуждении ходатайства, хотя бы и касающегося, по мнению губернатора, предмета, не относящегося к местным пользам и нуждам, не может быть им приостановлено в пор. ст. 87 Пол. о земских учреждениях, так как окончательное суждение о правильности заключения губернатора принадлежит правительству, а не губернскому по земским и городским делам присутствию, в которое передаются губернатором для отмены, согласно ст. 86 Пол. и ст. 193 Общ. губ. учр., лишь такие постановления земских собраний, которые в противном случае подлежали бы приведению в действие, тогда как постановления о возбуждении ходатайств никакому, в смысле приведения в действие, исполнению не подлежат, а представляются на благоусмотрение подлежащих правительственных установлений. Затем Сенат восстал против практики губернаторов и губернских по земским и городским делам присутствий, которые отменяли постановления земских собраний о выражении одобрения или неодобрения управами.

§ 99. Далее, Сенат немало потрудился над урегулированием отношений между уездами и губернским земствами. Дело в том, что эти взаимоотношения находились под сильным влиянием двух взглядов: одного, который стоял за безусловную самостоятель-

ность и широкое развитие самодеятельности уездных земств, и другого, который склонялся на сторону расширения и усиления деятельности губернского земства. Сенат нередко восставал против вторжения губернского земства в круг уездного земства.

Сенат очень интересовался установлением правильных отношений между администрацией и земствами. Например, Сенат очень восставал против искусственного расширения надзора губернатора за земскими собраниями, когда, напр., губернатор посягал на свободу земских собраний в составлении программы занятий и снимал тот или иной доклад с очереди ввиду того, что вопросы, затрагиваемые в этих докладах, выходили из компетенции собраний. Сенат настаивал на том, что губернатор в этих случаях может только сообщить свое замечание председателю собрания. Затем Сенат умерял пыл губернаторов в опротестовании тех постановлений земских собраний, которые не соответствуют государственным пользам и нуждам либо явно нарушают интересы местного населения. Напр., Сенат требовал, чтобы губернатор не ограничивался в своем протесте общими выражениями, вроде того, что увеличение земского обложения не соответствует платежным силам населения и несогласно с его интересами, а указывал бы точно те статьи сметы, которые вызывают с его стороны замечания. Затем Сенат боролся с эксцессами в праве надзора и ревизии деятельности земских управ, которое принадлежит губернатору. Сенат определил, что управы безусловно обязаны исполнять все вошедшие в законную силу постановления земских собраний, а потому губернаторы не должны обращаться к ним с требованиями, противоречащими указанным постановлениям.

§ 100. Сенат относится к городским управлениям точно так же, как и к земствам, и, надзирая только за законностью действий городских общ. учреждений, устанавливает известные принципы. Так, Сенат особенно заботится об охране прав и интересов горожан от неправильных притязаний городских учреждений, а затем об охране этих учреждений от посягательств администрации. В первом случае Сенат, например, проводит взгляд, что городские думы не могут воспрещать частным лицам перестройку домов на участках, по которым предположено провести улицы, до тех пор, пока эти участки не будут куплены или отчуждены установленным в законе порядком. Затем Сенат устанавливает, что первоначальное устройство мостовых в городах лежит на обязанности городского самоуправления и только в дальнейшем их поддержание возлагается на домовладельцев. Сенату, далее, приходится защищать городское самоуправление от

стремления администрации расширять круг своих полномочий за счет ограничения деятельности городских общ. управлений.

Любопытно отметить еще одно обстоятельство. Дело в том, что Городовое Положение поручает Сенату надзор за законностью действий городских общ. учреждений, а за их целесообразностью (т.е. насколько они соответствуют государственным пользам и нуждам или явно нарушают интересы местного населения) — Комитету (ныне Совету) Министров и Государственному Совету. Тем не менее Сенат нарушает такое разграничение и входит в оценку целесообразности действий городских общественных учреждений. Так, например, в некоторых решениях Сенат категорически устанавливает, что городские общественные учреждения свободны в выборе способов извлечения доходов из городских имуществ и что вообще надзор за целесообразностью действий органов городского самоуправления не может распространяться на заведование принадлежащими городу доходными статьями.

§ 101. Теперь остается сказать несколько слов относительно практики Сената по вопросам самоуправления купеческих, мещанских и ремесленных обществ. Таких дел в Сенат поступает немного, и они касаются порядка выборов на общественные должности или неправильных распоряжений губернской администрации. Сенат в обоих случаях охраняет свободу выборов и правильность их, вообще защищает самостоятельность органов самоуправления.

§ 102. Среди многочисленных дел административно-судебного характера особенно видное место занимают дела финансового характера, которые могут быть разделены на три группы: 1) дела по жалобам на министерство финансов и другие органы управления, ведающие дела фискального обложения, 2) дела, возникающие между казенными управлениями и частными лицами из договоров подряда, поставки и отдачи в арендное содержание оброчных статей, и 3) споры о казенном имуществе, возникающие между министерствами или главными управлениями.

Нужно заметить, что первая из указанных групп обнимает собой дела по вопросам прямого или косвенного обложения, главным образом последнего. Прежде всего остановлюсь на роли Сената в питейном деле, которое до войны 1914 г. облекалось в форму казенной продажи питей. При этой системе жалобы на действия низших инстанций, заведующих этим делом, а именно на губернские и областные акцизные управления, приносятся министерству финансов, на которое можно жаловаться в Сенат. Таким образом по любой статье устава об акцизных сборах можно дело довести до Сената. Относительно устройства и от-

крытия питейных заведений в районе казенной продажи питей следует заметить, что Сенат, ввиду молчания закона о порядке обжалования распоряжений органов администрации (губернаторов и управляющих акцизными сборами), отказавших в разрешении на открытие питейного заведения, признал себя некомпетентным рассматривать соответственные жалобы по существу, а потому право местных властей относительно такого отказа было признано Сенатом дискреционным.

Что касается закрытия питейных заведений, то Сенатская практика пошла по несколько иному пути. Сенат признал, что законодатель, когда пожелает сделать то или иное административное распоряжение окончательным, не подлежащим обжалованию, оговаривает это вполне ясно в законе. Но если этого указания на невозможность обжалования нет, тогда это распоряжение следует считать подлежащим обжалованию. Вот именно относительно закрытия питейных заведений в законе не говорится ни слова, а потому Сенат признал возможность обжалования в данном случае.

При указанных выше условиях, конечно, Сенату редко приходится иметь дело с питейными делами, не больше 100 дел в год.

Однако этот недостаток питейных дел несколько восполняется делами, возникшими при применении закона 29 апреля 1896 г. об отмене пропинационных прав. Сенату приходится разрешать, прежде всего, вопросы о признании или отрицании пропинационного права у жалобщиков. Нужно еще заметить, что благодаря практике Сената число лиц, которые должны были получить вознаграждение за отмену пропинационного права, увеличилось. Сначала закон предусматривал пропинационные права в губерниях привислинских, западных и Бессарабской. Затем Сенат распространил этот закон на пропинационные права владельцев дворянских обществ в Прибалтийском крае и владельцев т.н. сельской пропинации в губерниях бывшего Царства Польского.

§ 103. Далее Сенату приходится разбирать дела, возникающие из обложения таможенным сбором, по которым он является последней инстанцией. Так, например, если по делам о нарушении, не составляющим тайного провоза товара, состоится постановление общих присутствий не в пользу товаровладельца, то последний может обжаловать эти постановления в департамент таможенных сборов, а определение последнего — министру фи-

нансов. На решение министра финансов жалоба идет в Первый Департамент Сената. Или, например, в Первый Департамент Сената можно жаловаться на те решения министра финансов, которые касаются таможенного управления. Так, товарохозяин не доволен определением по досмотровой росписи, составляемой таможней относительно количества или качества товара, и жалуется в общее присутствие таможни. На общее присутствие приносится жалоба в департамент таможенных сборов, на решение последнего — министру финансов, и на решение последнего — в Первый Деп. Сената.

Однако большинство дел вызывается спорами по применению таможенного тарифа. При этом любопытно отметить, что Сенат часто не соглашался со спецификацией товаров и вводил свою. Напр., министр финансов полагал, что бубны составляют принадлежность балета и потому не могут быть причислены к музыкальным инструментам, а Сенат решил иначе.

§ 104. Затем промысловый и другие налоги дают немало работы Сенату. Ежегодно Первому Департаменту приходится разбирать от 2 до 3 тыс. дел. Здесь работа Сената оказалась чрезвычайно плодотворной. Сенат выяснил такие важные понятия, как «промысел», «промысловое предприятие». Благодаря Сенатской практике вошел в силу принцип обложения «промыслового кредита», как такового, в отличие от обложения отдельных лиц, совершающих промысловые действия. Благодаря Сенату стали более ясными такие определения, как торговое заведение, склад, промышленное предприятие, скупка, и была введена бóльшая определенность в понимании льготных статей Положения, устанавливающих многочисленные изъятия из промыслового налога. Большую пользу сельскому населению принесло решение Первого Департамента, согласно которому от обложения промысловым налогом освобождаются все мелкие крестьянские мельницы независимо от того, чье зерно они мелют — хозяйское или чужое.

Много пришлось потрудиться Сенату после издания Высочайше утвержденного 12 марта 1901 г. мнения Государственного Совета о распространении Положения о промысловом налоге на промышленные предприятия, добывающие золото и платину.

Наконец, Сенат ведает дело по жалобам на обложение прямыми налогами движимых имуществ и денежных капиталов, дела по квартирному налогу, дела по применению уставов о пошли-

нах, главным образом устава о гербовом сборе и о наследственных и крепостных пошлинах.

§ 105. Наконец, переходя к рассмотрению второго административно-судебного департамента — *Второго*, следует отметить, что он появился 24 января 1884 г., когда был выделен из состава Первого Департамента. Этот Департамент имеет очень обширную компетенцию административного и судебно-административного характера. Из административных дел он ведает, напр., дела по удалению крестьян из среды обществ за порочное поведение, дела о семейных разделах, опекунские дела. Его административно-судебные функции очень велики. Так, он рассматривает, напр., дела земельные (о поземельном устройстве крестьян, о переделах и скидках, о выкупе земельных участков, об укреплении в личную собственность по указу 9 ноября 1906 г.), об общественном устройстве и управлении, по отмене окончательных постановлений земских начальников и уездных съездов, по обложению земель мирскими сборами и пр. Судебно-административный элемент можно найти в делах, касающихся Царства Польского, Прибалтийских губерний, Сибири, Кавказа, Закавказья, Степной области и области Войска Донского.

Кроме того, Второму Департаменту приходится разрешать дела по пререканиям, когда пререкаются два крестьянских органа, если же пререкаются крестьянский орган (напр., губернское присутствие) и административный орган (губернское правление), то Первый Департамент разрешает эти пререкания. Наконец, Второму Деп. приходится рассматривать жалобы на постановления губернских землеустроительных комиссий.

Практика Второго Департамента Сената имеет громадное значение для жизни крестьянства, его земельного быта и пр., что́ можно видеть из следующих примеров. Так, Второй Департамент особенно много потрудился над выяснением условий применения Высочайшего указа 9 ноября 1906 г. Так, например, Правительствующий Сенат разъяснил, что по указу 9 ноября 1906 г., в отличие от ст. 12 Общ. Пол. о крестьянах, правом ходатайствовать об укреплении надельной земли в личную собственность пользуется только домохозяин, и в законе не сделано никаких указаний на то, чтобы право такого укрепления принадлежало отдельным членам одной нераздельной семьи, или чтобы заявление об укреплении земли в общую собственность с боковыми

родственниками могло быть делаемо не домохозяином, а одним из таковых родственников.

В особенности много сомнений в крестьянских учреждениях вызывает вопрос об укреплении в личную собственность в тех случаях, когда домохозяйкой является женщина. Закон говорит о «домохозяине», а не, о «домохозяйке», и потому крестьянские учреждения иногда укрепляли надельную землю не в личную собственность вдовы — матери-домохозяйки, а в общую собственность, и притом не только с детьми, но даже с внуками, причем, ввиду требований закона, в постановлениях своих иногда обозначали это укрепление — укреплением в «личную» собственность, но только не одной домохозяйки, но совместно с детьми, внуками и пр. (напр. опред. 2 Деп. 4 ноября 1908 г. по д. Буц, 18 ноября 1908 г. по д. Маевской и др.). Сенат по этому поводу неоднократно разъяснял, что участки из общинной земли должны укрепляться только за домохозяином и притом в личную его собственность, в общую же собственность нескольких членов крестьянского двора участок может быть укреплен лишь в том случае, когда упомянутые лица не состоят между собою в родстве по прямой нисходящей линии, т.е. являются между собою родственниками в боковой линии (ук. 2 Деп. 29 ноября 1908 г. № 5488). Поэтому на местных крестьянских учреждениях лежит обязанность вполне точно выяснить в каждом отдельном случае состав выходящей из общины семьи на случай именно решения, следует ли укреплять землю в личную или общую собственность (определение 2 Деп. 20 октября 1908 г. по д. Бурцева), а также определять, состоит ли заявляющая о выделе женщина вдова домохозяйкой и какой состав ее семьи, особенно в том случае, если она вторично вышла замуж (опред. 2 Деп. 18 ноября 1908 г. по д. Шаровой).

По разъяснению Сената, если заявление крестьянина об укреплении за ним земли в личную собственность может быть удовлетворено не в полной мере, а лишь в части, то земский начальник не может, без согласия на то заявителя, производить укрепление той части, которая, по мнению его, может быть по закону укреплена за ним, а потому, в случае несогласия заявителя на укрепление за ним именно этой части, должен вовсе отказать просителю в ходатайстве об укреплении (опред. 2 Деп.

16 декабря 1908 г. по д. Боровкова, Балахнинского уезда, Нижегородской губернии).

Вместе с тем Правительствующий Сенат разъяснил, что так как укрепление в личную собственность производится только по заявлениям о том отдельных крестьян и никто не может быть лишен возможности отказаться от своих прав, то в случае если заявитель, еще до постановления уездным съездом своего решения об утверждении укрепления, заявит об отказе от права на укрепление земли в личную собственность, то уездный съезд не может укреплять ему землю в личную собственность вопреки его желанию. Но если бы отказ его от укрепления последовал уже после утверждения укрепления уездным съездом, то такое его постановление подлежит отмене, а отказ заявителя от укрепления общинной земли в личную собственность может быть осуществлен только принятием его вновь в общину по законно постановленному о том приговору и с возвращением укрепленного за ним надела в общинное пользование (опред. 2 Деп. 16 декабря 1908 г. по д. Попова, Нижнедевицкого уезда, Воронежской губ.).

В. Ф. ДЕРЮЖИНСКИЙ

АДМИНИСТРАТИВНЫЕ СУДЫ В ГОСУДАРСТВАХ ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ

Одним из коренных начал правового государства является положение, в силу которого государственная власть, осуществляя разнообразные функции управления и вступая на этой почве в соприкосновение с гражданами, должна действовать не произвольно, а в постоянном признании неприкосновенности прав граждан и отчетливом сознании, что эти права могут быть предметом известного ограничительного воздействия со стороны администрации не иначе, как на твердых основаниях существующих законов. В определенных нормах законов указываются правила и условия, которыми администрации надлежит руководствоваться в тех случаях, когда приходится проявить вторжение в область частных прав и интересов. Однако область управления в современном культурном государстве так обширна, что в законодательстве далеко не всегда могут быть предусмотрены и регулированы те многочисленные и разнообразные случаи, в которых органам администрации приходится соприкасаться с гражданами. Нередко в законе дается лишь общее указание о праве администрации действовать в тех случаях, когда того потребует общественный интерес; самое же определение того, что в каждом данном случае вызывается общественною потребностью, предоставляется сознательной оценке самой администрации.

При таких условиях неизбежны столкновения между требованиями и распоряжениями администрации, с одной стороны, правами и интересами граждан — с другой. Возможны случаи, когда, по убеждению данного лица, администрация не исполнила лежащей на ней обязанности или, напротив, совершила акт, от которого ей следовало бы воздержаться. Возможны и обратные случаи, когда администрация признает за гражданином обязанность исполнить нечто, вызывающее с его стороны или

безусловное возражение, или утверждение, что это не касается администрации.

Подобные столкновения и порождаемые ими неудовольствия будут тем чаще и тем острее, чем несовершеннее обеспечено начало законности в управлении. Интересы благоустроенного государства настоятельно требуют не только того, чтобы существовали законы, определяющие полномочия администрации в соотношениях ее с гражданами, но и того, чтобы эти законы действительно соблюдались.

Для обеспечения этого важным условием является хорошее устройство администрации и, в частности, наличность удовлетворительного состава лиц, облекаемых административными полномочиями. Весьма существенной гарантией должен быть, далее, признан так называемый административный контроль со стороны высшего начальства над действиями подчиненных органов. В тесной связи с этим стоит право граждан, испытывающих неправильное вторжение в сферу своих прав и интересов, обращаться к высшим органам администрации с жалобами на действия и распоряжения низших. В странах с представительным образом правления значительную роль играет также парламентский контроль, осуществляемый через обращение в той или другой форме к законодательным палатам, которые имеют возможность проявить свое воздействие на администрацию, могущее в крайнем случае выразиться в возбуждении вопроса об ответственности министров.

Однако обеспечение прав и интересов граждан путем представления жалоб по начальству во многих случаях может оказываться недостаточным, неудобным или нежелательным. Обжалуемые действия могут нередко иметь своим основанием распоряжения или указания самого начальства; ему пришлось бы рассматривать жалобу по предмету, о котором оно выразило уже определенное свое суждение, и, следовательно, администрация оказывалась бы судьею в собственном своем деле.

Для устранения этого необходимо предоставить заинтересованным лицам, наряду с обжалованием действий высшему начальству, возможность обратиться к власти, независимой от администрации, за разрешением спора о законности действий того или другого представителя ее. Это в высокой степени важное право и получает широкое признание в современных государствах с твердым правовым порядком. В некоторых из них подлежащею, независимою от администрации, властью являются общие суды. В других разрешение споров о законности обжалуемых

административных актов вверяется специальным органам, обособленным и от административных властей, и от общих судебных учреждений. Этими органами являются *административные суды.*

В качестве гарантии законности в управлении административные суды, с их особенным устройством, определенною компетенциею и известными формами производства в них, являются результатом новейшего периода в развитии европейских государств.

Сорок лет тому назад в одной только Франции существовала система административных судов. Там, где они усвоены были раньше под влиянием Франции и французского законодательства, а именно в Бельгии, Италии и Испании, административные суды были упразднены: в Бельгии в 1831 г., в Италии в 1865 г., в Испании в 1868 г. Бельгийская система была затем воспринята в Голландии, Дании, Норвегии, Швеции. В германских государствах, за редкими исключениями, не было административных судов.

В течение последних десятилетий картина меняется. Система административных судов получает широкое развитие в германских государствах. Начало положено было в Баденском герцогстве (1863 г.). Затем идет Пруссия с ее реформой местного управления 1872 г., вслед за которой в 1875 г. создается в Берлине высший административный суд; эволюция завершается изданием законов 30 июля 1883 года о местном управлении и 1 августа 1883 г. о компетенции административных учреждений и судов по административным делам. Административные суды созданы были также в других больших государствах Германской империи: Вюртембурге (1876 г.), Баварии (1878 г.), Саксонии (1900 г.) и некоторых мелких (Гессен, Ангальт). Законом 1875 г. создан был административный суд в Австрии. Весьма значительным должно быть признано восстановление административных судов в тех государствах, где они упразднены: в Испании в 1875 г. (новейшая реформа в 1888 г.) и в Италии в 1889 и 1900 гг.

Устройство административных судов, их компетенция и порядок производства в них не везде одинаковы. Более или менее существенные отличия обусловливаются особенностями в общем строе управления, в зависимости от чего административные суды оказываются более или менее обособленными от собственно административных органов и наделенными большей или меньшей независимостью. Вместе с тем обнаруживается и различие в разграничении двух областей — дел судебно-административных (contentieux

administratif) и дел чисто-административных (affaires d'administration pure), с одной стороны, и с другой — в разграничении компетенции административных судов и компетенции общих судов.

В нижеследующем изложении делается обзор законодательства об административных судах в государствах Западной Европы. Главным предметом обзора является собственно устройство административных судов, причем в изложение входят и некоторые сведения об их компетенции.

ФРАНЦИЯ

Это обозрение естественно начать с Франции, в которой накопился богатый вековой опыт системы административной юстиции, и это тем более, что сильные и слабые стороны последней оказали несомненное влияние на другие государства, создавшие у себя административные суды.

Административная юстиция возникла во Франции на почве строгого применения принципа разграничения между административной властью и властью судебной. Этот принцип первоначально получил особенно острое выражение. Предложение об учреждении в каждом департаменте особого административного суда (tribunal d'administration) для разрешения спорных дел по обложению и другим вопросам административным было отвергнуто учредительным собранием. Равным образом не встретило в нем сочувствия и предположение предоставить общим судам ведение всех правовых претензий против актов администрации. Последнюю, наоборот, признано было нужным особенно решительно оградить от каких-либо вторжений в ее сферу со стороны судебной власти. По закону 16—24 августа 1790 г., "функции судебные отдельны и должны быть неизменно разграничены от функций административных; судьи не могут, под страхом ответственности за служебное преступление, каким бы то ни было образом нарушать деятельность административных учреждений, ни призывать к себе администраторов по предмету их функций". Законом 16 фруктидора года III "делаются повторные воспрещения судам, под страхом наказания, ведать какого-либо рода акты администрации".

Разрешение всякого рода жалоб против административных действий, будут ли то жалобы за нарушение права или интереса, предоставлено было самой администрации. При таких условиях оказывается полное смешение области активной администрации и дел судебно-административных.

Консульская конституция 22 фримера года VIII (1799 г.), ос-

таваясь верной принципу разделения административной и судебной властей, положила начало разграничению в администрации функций собственно административных от функций судебно-административных. С этой целью создается Государственный Совет, который становится высшим органом по разрешению спорно-административных дел. С другой стороны, законом 28 плювиоза года VIII учреждаются советы префектур, на которые, рядом с обязанностями административными, возлагаются функции административно-судебные по предметам, перечисленным в этом законе. Префектурные советы явились первой инстанцией административной юстиции, решения которой подлежат обжалованию в Государственный Совет в апелляционном порядке.

В первоначальном устройстве Государственного Совета не было, однако, многих условий, которые обеспечивали бы правильное функционирование его, как высшего административного суда. Эти условия явились в результате постепенной эволюции, которая завершилась только в 1872 г. Важнейшие моменты ее должны быть отмечены предварительно изложения современного устройства Государственного Совета.

Необходимо, прежде всего, указать, что постановления Государственного Совета в течение долгого времени не имели характера окончательных решений. Совет постановлял не решения, а мнения (avis), которые представлялись на утверждение главы государства. С другой стороны, в формах производства не было обычных судебных гарантий — не было ни публичности, ни представительства сторон, ни словесных объяснений.

Дела судебно-административные производились в Государственном Совете тем же порядком, как и дела административные. Представлявшиеся главе государства мнения по предмету разрешения судебно-административных споров подготовлялись секцией, ведавшей дела того министерства, к компетенции которого относится спор. Декретом 11 июня 1806 г. сделан был первый шаг к улучшению этого порядка созданием специальной комиссии по судебно-административным делам (commission du contentieux), на обязанность которой возложено приготовление докладов общему собранию совета. Она состояла, под председательством министра юстиции, из шести рекетмейстеров и шести аудиторов. Тем же декретом создан институт адвокатов при Государственном Совете, которым стороны доверяли защиту своих интересов и которым предоставлялось подавать письменные прошения и объяснения.

Образование особой коллегии для предварительного производства

спорных дел имело большое значение в развитии административной юстиции: она функционировала очень удовлетворительно, доклады ее неизменно принимались общим собранием, а мнения последнего утверждались верховной властью, так что постепенно установилась твердая практика по вопросам административной юстиции.

В эпоху июльской монархии ордоннансами 1831 г. произведены существенные реформы, обеспечившие очень важные условия правильной деятельности совета в области административной юстиции. Установлена публичность заседаний совета по делам административной юстиции. Вместо исключительно письменного производства, в дополнение к нему, вводятся начала состязательности и устности: адвокатам сторон предоставляется давать словесные объяснения; создается прокуратура в составе трех рекетмейстеров, на которых, в качестве "commissaires du roi", возлагается представление, в публичных заседаниях, заключений по всем делам административной юстиции[1]. Произведены были существенные изменения в самом составе высшего органа административной юстиции: сверхштатные советники (conseillers d'Etat en service extraordinaire), которыми являются высшие представители активной администрации, не могли входить в состав общего собрания совета по судебно-административным делам; устранены были из его состава и те штатные советники административных отделений совета, которые участвовали в постановлении решений, обжалованных в судебно-административном порядке.

Изложенные улучшения, произведенные королевскими указами (ордоннансами), были закреплены органическим законом о Государственном Совете 19 июля 1845 г. Благодаря им, а также некоторым мерам, сделавшим более доступным обращение тяжущихся к судебно-административному процессу, административная юстиция в эпоху июльской монархии получила значительно большее развитие, чем в предшествующие периоды[2].

Однако определения совета по судебно-административным де-

[1] Во вступлении к ордоннансу 12 марта 1831 г. учреждение комиссаров мотивируется указанием на то, что "в то время, когда стороны получают преимущества публичности и устных объяснений, надлежит, чтобы администрации и интересам общественного порядка предоставлены были средства защиты, аналогичные тем, которые обеспечиваются за ними в обыкновенных судах". L a f e r r i è r e, т. I, стр. 236.

[2] В эпоху июльской монархии в Государственном Совете производилось в среднем 682 судебно-административных дела в году, вместо 404 в эпоху Реставрации и 214 в эпоху Империи. L a f e r r i è r e, т. I, стр. 243.

лам все еще не имели характера окончательных судебных решений, а были только мнениями, подлежащими утверждению высшей власти. Устранение этой аномалии было сделано после февральской революции законом 1849 г., который признал за советом право постановлять окончательные решения по судебно-административным делам, и притом не в общем собрании, а в особой "section du contentieux" из девяти советников. С провозглашением империи, органическим декретом 25 января 1852 г. восстановлена прежняя система: определения совета подлежали утверждению императора. При этом, однако, декрет 1852 г. ввел, согласно с указаниями опыта, некоторые существенные изменения в систему, действовавшую ранее. Было признано, что общее собрание (в состав которого входило в то время 50 лиц) представляется слишком многочисленной коллегией для подробного рассмотрения дел, имеющих юридический характер. Поэтому состав общего собрания по судебно-административным делам был ограничен: 1) членами section du contentieux, на которой оставалась подготовка проектов определений, 2) десятью членами других отделений совета, по два от каждого. Кроме того, спорно-административные дела были разделены на две категории: по одним, более важным, стороны обязательно представляются адвокатами, по другим, менее важным, не требуется участие адвокатов. Дела первой категории решаются в общем собрании в публичных заседаниях; дела второй категории — в отделении du contentieux, заседания которого не публичны (впрочем, предусматривался перенос дела в общее собрание по требованию хотя бы одного советника отделения или правительственного комиссара).

В эпоху второй империи обнаружилось значительное развитие административной юстиции, особенно после 1860 г., чему содействовал поворот в политическом режиме в сторону либерализма. В частности, широко развилась практика по жалобам на превышение власти, представляющая наиболее характерное явление в деятельности французского высшего административного суда. В этом отношении большое значение имел декрет 2 ноября 1864 г., по которому по жалобам на превышение власти не требовалось представительство через адвокатов при совете, и жалобы эти были освобождены от уплаты сборов, кроме гербового[1].

С установлением третьей республики Государственный Совет

[1] Число спорно-административных дел в Государственном Совете составляло в 1852—1860 гг. в среднем 1000 в год, а в 1860—1870 гг. оно достигало 1160 в год.

в отношении к спорно-административным делам получил значение высшего административного суда, постановляющего *окончательные решения*. Это право предоставлено было ему законом 24 мая 1872 г., который лежит в основании ныне действующей организации Государственного Совета. Она излагается ниже с теми дополнениями, которые внесены позднейшими законами.

Функции Государственного Совета, как высшего административного суда, определяются в ст. 9 закона 24 мая 1872 г.: он "решает окончательно (souverainement) по жалобам в делах судебно-административных и по ходатайствам об отмене актов различных административных властей, вследствие превышения власти" (pour cause d'excès de pouvoir).

Судебные функции свои Государственный Совет осуществляет в двух органах: судебном отделении (section du contentieux) и собрании по судебно-административным делам (assemblée du conseil statuant au contentieux).

Судебное отделение состоит, по закону 13 апреля 1900 г., из председателя и семи советников. При отделении состоят: 1) 12 рекетмейстеров, из которых четыре именуются правительственными комиссарами и несут прокурорские обязанности; 2) четыре аудитории первого разряда и десять аудиторов второго разряда. Судебное отделение разделяется на две субсекции; в одной из них председательствует председатель судебного отделения; в другой — советник, назначаемый к этому декретом президента республики.

Вследствие увеличения числа судебно-административных дел в 1888 г. создано второе временное судебное отделение (section temporaire du contentieux), состав которого образуется из советников административных отделений совета. Временное отделение состоит из 8 советников; оно разделяется на две субсекции, каждая из четырех советников, на одного из которых декретом возлагаются обязанности председателя.

Временные субсекции содействуют субсекциям постоянным в разрешении дел так называемых (в практике) "petit contentieux", т.е. жалоб по делам о выборах и о прямых налогах.

Собрание по судебно-административным делам составляется из постоянного судебного отделения, к которому присоединяются восемь штатных советников, по два от каждого административного отделения совета; последние избираются по соглашению вице-председателя Государственного Совета с председателями отделений; срок их полномочий фактически трехлетний, соответственно со сроком распределения советников по отделениям.

В собрании по судебно-административным делам председа-

тельствует вице-председатель Государственного Совета или, в его отсутствие, председатель судебного отделения. В собрании не может председательствовать министр юстиции.

Ни собрание, ни отделение не могут постановлять определения при четном числе членов. В последнем случае отделение привлекает к участию в заседании старшего из присутствующих рекетмейстеров.

Собрание должно быть в составе не менее девяти советников. В случае надобности оно пополняется привлечением других советников в порядке старшинства. Если присутствуют более девяти советников, и притом в четном числе, младший по списку воздерживается от голосования.

Распределение судебных функций между отделением и собранием производится на следующих основаниях.

В общем, на обязанности отделения лежит подготовительное производство, а на обязанности собрания — постановление определений.

Однако отделение может постановлять определения по делам, по которым необязательно избрание сторонами адвоката; но и по этим делам возможен перенос дела в собрание по требованию одного из советников отделения или правительственного комиссара.

Участие адвоката не требуется в делах по жалобам: 1) на превышение власти; 2) по предметам выборов; 3) по налогам; 4) по пенсионным вопросам.

В действительности своим правом постановлять определения по этим категориям дел отделение пользуется только в отношении к делам о выборах и о налогах.

Что касается предметов ведения Государственного Совета, как высшего административного суда, то они не были в точности перечислены ни в одном из законов о совете. Закон 1872 г. ограничивается общим указанием в цитированной выше ст. 9, что он “решает окончательно по жалобам в делах судебно-административных”.

В практике и в доктрине признается троякого рода деятельность совета.

Во-первых, он является судом первой и последней степени по весьма разнообразным и многочисленным делам, что, по замечанию Лаферьера, подрывает верность выдвигаемой в некоторых трактатах по административному праву формулы, что Государственный Совет является преимущественно судом апелляционным. Таковы, напр., дела по жалобам, направленным к отмене административных актов, в которых проявлено превышение власти; жалобы на административные решения по заклю-

чению, исполнению, расторжению условий и других договоров от имени государства, ликвидации и уплате государственных долгов и т.п.; жалобы на распоряжения префектов, которыми отказано в разрешении устроить промышленное заведение из категории опасных для здоровья и др.

Во-вторых, он является кассационным судом по всем делам, отнесенным законом к ведению советов префектур.

В-третьих, он является кассационным судом по отношению к тем судебно-административным органам, которые решают в последней инстанции (напр., высший совет народного образования), а также по отношению к тем актам всех органов администрации (мэров, супрефектов, префектов, министров, главы государства), которые обжалуются в совет по превышению власти. Ту же кассационную функцию совет имеет в отношении к спорам о компетенции, возникающим между различными органами административной юстиции. Наконец, в качестве кассационного суда совет ведает жалобы, с которыми "в интересах закона" могут обратиться к нему министры на решения административных судов, не обжалованные в апелляционном порядке сторонами. Цель таких жалоб заключается в сообщении низшим административным судам авторитетных указаний по спорному вопросу, без ущерба для прав сторон в тех процессах, по которым состоялись обжалованные решения.

Административными судами первой инстанции являются *советы префектур* (conseils de préfecture), созданные законом 28 плювиоза года VIII. В этом законе были перечислены те дела, по которым советы получили судебно-административные функции. Компетенция их была расширена позднейшими законами. Она обнимает спорно-административные дела весьма разнообразного характера.

Важнейшая категория их: 1) споры, возникающие по вопросам о прямых налогах (установлению обязанности плательщиков уплачивать их, определению их размеров, порядку взыскания и т.п.); 2) споры в области публичных работ (споры между предпринимателями работ и государством относительно смысла и исполнения заключенных между ними контрактов, споры между предпринимателями и частными лицами по поводу распоряжения материалами по исполнению работ, жалобы частных лиц по поводу убытков и повреждений, нанесенных их имуществу предпринимателями при исполнении работ); 3) споры по вопросам о продаже государственных имуществ; 4) споры по выборам советов окружных, советов муниципальных (а также избра-

ния последними мэров, делегатов для производства выборов сенаторов), выборов посреднических советов (consils de prud'hommes); 5) дела по нарушениям постановлений о путях сообщения (grande voire), причем советам префектур предоставлено налагать денежное взыскание, а также взыскивать вознаграждение за вред, причиненный частным лицом государству по дорожному делу; 6) споры в области пользования общественными имуществами (biens communaux); 7) дела по счетной части коммунального управления и тех общественных учреждений, ежегодный доход которых не превышает 30 000 фр.[1], и др.

Организация и деятельность советов префектур издавна служили предметом серьезных нареканий. Личный состав не представлял достаточных гарантий подготовленности к разрешению юридических вопросов, постоянно выступающих в практике советов. Председателем их являлся префект, голос которого давал перевес в случае деления голосов поровну; да и по своему начальственному положению префект не мог не оказывать нежелательного влияния на самостоятельность советников, для которых должность их, плохо оплачиваемая, представлялась переходной к лучшему служебному положению. Заседания советов были не публичны, и в них не допускались словесные объяснения тяжущихся. В процедуре рассмотрения дел и в постановлении решений не было твердых правил и форм.

Некоторые из этих недостатков были устранены сначала декретом 1862 г. и затем законом 1865 г., которыми введены были публичность заседаний, словесные объяснения сторон и прокуратура. Гораздо позднее закон 1889 г.[2] урегулировал порядок делопроизводства в советах. В результате сделанных изменений действующая организация советов префектур представляется в следующем виде.

Советы префектур представляют собой коллегии, в состав которых входят советники в числе, установленном законом: по 4 в 29 более значительных департаментах и по три в остальных. В Сенском департаменте в Париже — девять советников.

Советники префектуры назначаются декретом президента республики по представлению министра внутренних дел. Они

[1] Апелляционные жалобы на решения советов префектур по этой категории дел направляются не в Государственный Совет, а в Счетную палату (Cour de comptes).

[2] Перевод законов 1865 и 1889 гг. напечатан ниже, в приложении "Иностранные законы об административных судах".

должны иметь не менее 25 лет и иметь звание кандидата прав (licencié en droit) или прослужить в течение десяти лет в платных должностях, административных или судебных, или же в званиях генерального советника или мэра.

Советникам префектуры присвоено содержание в размере 2000 фр. в префектурах 3-го класса, 3000 фр. в префектурах 2-го класса и 4000 фр. — 1-го класса. Советники префектуры Сенского департамента получают по 10 000 фр.

Префект является по должности членом совета префектуры; участвуя в заседаниях его, он председательствует с правом решающего голоса в случае разделения мнений поровну. Сохранив эту функцию[1], закон 1865 г. смягчил это неудобство созданием нового звания вице-председателя, который председательствует в совете в отсутствие префекта; последний фактически никогда не участвует в заседаниях совета, так что действительным председателем его является вице-председатель. В должность вице-председателя назначается ежегодно, декретом президента республики, один из советников префектуры.

В Сенском департаменте образована особая должность председателя совета префектуры; совет имеет два отделения, в каждом из которых председательство возлагается на одного из советников.

Прокурорские обязанности в советах префектур исполняются генеральным советником префектуры, со званием правительственного комиссара. В Париже они выполняются четырьмя особыми правительственными комиссарами, которые не несут никаких функций по активной администрации.

При совете префектуры состоит секретарь (secrétaire — greffier), назначаемый префектом из служащих в префектуре.

Совет префектуры должен заседать непременно в нечетном числе членов; для действительности решений должны участвовать в заседании не менее трех членов, каково бы ни было число членов нормального состава совета. При недостаточности числа членов присутствие совета пополняется членом генерального совета, избираемого большинством голосов; не может быть избран генеральный советник, принадлежащий к составу каких-либо судебных учреждений (в том числе и коммерческих судов).

Реформа 1865 г. и закон 1889 г. не устранили оснований к

[1] Вопрос о сохранении председательства за префектом вызвал (в 1865 г.) в законодательном корпусе энергичные возражения. За поправку Жером-Давида, предлагавшего установить, чтобы при рассмотрении судебно-административных дел мог председательствовать только вице-президент, высказалось значительное меньшинство. L a f e r r i é r e, I, стр. 261.

признанию советов префектур учреждениями, во многих отношениях неудовлетворительными. И в печати, и в законодательных собраниях нередко заявлялось о необходимости либо вовсе упразднить эти советы, либо подвергнуть их коренной реформе.

Вопрос об упразднении советов префектур был решительно поставлен в 1872 г. в предложении "commission de décentralization", образованной национальным собранием для разработки реформы местного управления. Последнее имелось в виду перестроить на началах ослабления роли центральной власти в сфере заведывания местными делами. Соответственный проект названной комиссии, с более или менее существенными изменениями при обсуждении его в национальном собрании, сделался законом 10 августа 1872 г., в котором довольно широко проведен принцип децентрализации.

В интересах последнего "комиссия децентрализации" предлагала пожертвовать идеей административной юрисдикции. Однако, замечает по этому поводу Лаферьер[1], "ошибочно думать, что развитие местного самоуправления (des libertés locales) должно иметь последствием ослабление роли административной юрисдикции и ее контроля. Вернее представляется обратное положение. Есть децентрализация, которой никогда не примет Франция: это децентрализация закона. Пусть вопросы административного удобства будут локализованы в местности, которой они исключительно касаются, — нет ничего лучшего; но законность управления, истолкование законов не может быть децентрализовано. Единство применения, обеспечивающее единство законодательства, есть необходимое условие равенства перед законом. Чем более местные власти свободны от контроля высшей иерархической власти, тем более они должны подлежать контролю юрисдикции, чтобы полномочия местных властей и права частных лиц не становились предметом усмотрения противоречивой практики".

Между тем "комиссия децентрализации", усматривая в административной юрисдикции препятствие к развитию местного самоуправления, требовала ее упразднения. В представленном ею (14 июня 1872 г.) проекте она предлагала упразднить советы префектур. Судебно-административные функции их предположено было передать общим судам, кроме некоторых дел, по которым судебное производство устранялось вовсе и по которым спорные вопросы подлежали префекту в административном порядке с

[1] L a f e r r i é r e, стр. 265.

правом жалобы на его решение министру. По словам доклада комиссии, “неизбежным последствием упразднения советов префектур является упразднение Государственного Совета, как апелляционного суда по жалобам на их решения, и, вероятно, не в далеком будущем, отмена всякой административной юстиции”.

Какая судьба постигала при этой системе, — спрашивает Лаферьер, — то спорное производство по актам государственной власти, которое принадлежит Государственному Совету, решающему по жалобам на превышение власти или неправильное толкование? По проекту комиссии, судам предоставлялось проверить смысл и законность этих актов, когда они выступили перед ними, но они не могли ни отменять их, ни заменять их постановления. В этом отношении комиссия усваивала бельгийскую систему, в результате чего к органам активной администрации переходила часть судебно-административных полномочий, а ходатайства об отмене незаконных административных актов устранялись совершенно.

Однако упомянутый проект упразднения советов префектур не подвергся обсуждению в национальном собрании. Административная юрисдикция была сохранена и, вопреки предположениям комиссии децентрализации, еще более окрепла после издания закона 24 мая 1872 г. о Государственном Совете.

Столь же безуспешными оказались и позднейшие попытки упразднить советы префектур, и мысль об этом, по-видимому, находит очень немногих сторонников. Значительно шире развивается и глубже проникает сознание необходимости коренной реформы советов префектур.

В современном устройстве их одним из главных недостатков является плохой личный состав. Содержание, присвоенное советникам префектуры (в большинстве департаментов 2000 фр.), столь незначительно, что эта должность имеет характер временного положения, переходного к лучшей должности по администрации. Но так как на деле очень немногим из советников удается получить движение, то контингент их составляется большею частью из людей малоспособных и слабо подготовленных; выдающиеся люди среди них оказываются редкими исключениями.

В связи с этим можно отметить, что деятельность советов оказывается нередко весьма неудовлетворительною по недостаточной подготовленности их к разрешению сложных и важных дел.

Правда, огромное большинство дел, решаемых советами, составляют жалобы по вопросам прямого обложения[1].

В этой области довольно быстро приобретается достаточная опытность. Но по другим категориям дел советники оказываются очень часто не на высоте своей роли.

Наконец, весьма важным недочетом представляется то обстоятельство, что кроме судебных функций советы несут и чисто административные обязанности. В сфере последних советники префектуры находятся в постоянном соприкосновении с префектом, от которого в значительной степени зависит служебная карьера их. С другой стороны, являясь участниками в активной администрации, советники префектуры нередко оказываются в необходимости разрешать, в качестве судей, дела, в которых они участвовали, как администраторы, или по которым им уже приходилось высказать свое мнение. Все это не может не ограничивать независимости советников префектуры, столь нужной им в их судейской роли, в результате чего в обществе подрываются доверие и уважение к советникам префектур, как низшим административным судам.

Под влиянием сознания необходимости соответственной реформы в последние годы было выработано несколько проектов ее. В 1887 и 1896 гг. инициаторами реформы явились сами члены кабинета. Характерными чертами этих проектов являются: обеспечение лучшего состава советов префектур (путем значительного увеличения содержания), предоставление им более независимого положения путем освобождения их от всякого участия в делах активного управления, создание особой должности председателя и отдельной должности правительственного комиссара, не несущего никаких функций административных. Наряду с этим все чаще раздаются авторитетные голоса, признающие желательным предоставление прерогативы несменяемости членам административных судов, как гарантии их независимости, подобно членам общих судов. Указывается также на необходимость пересмотреть слишком обширную теперь компетенцию советов префектур и передать в ведение общих судов многие дела, которые лишь в изъятие из общих начал отнесены к категории судебно-административных дел (напр., споры об условиях и договорах в области публичных работ, о продаже государственных имуществ и др.).

Реформа советов префектур, которым, по мнению некоторых писателей, следует усвоить и более соответственное назва-

[1] Напр., в 1895 г. из 306 027 дел, решенных советами префектур, было 302 125 дел, касающихся обложения.

ние — "административные суды", завершила бы вековую эволюцию административной юстиции во Франции, как института, оказавшегося целесообразным средством охраны законности в управлении. Важнейшими моментами этой эволюции обеспечено было постепенное усвоение органами административной юстиции основных гарантий правосудия — гласности, сознательности; к ним нужно присоединить и фактическую несменяемость членов высшего административного суда, Государственного Совета, который создал полную, всесторонне разработанную практику судебно-административных норм, ограждающих господство права в управлении.

По словам одного из современных писателей по вопросам административного права, "население все более и более отчетливо сознает, что теперешние административные суды являются настоящими судами, которые оказывают им действительно правосудие. Административная власть, компетентная ведать административные дела, уже не представляется в их глазах, как в конце XVIII и в первой половине XIX века, властью, заподозреваемою в пристрастном отношении к администрации, удостаивающею иногда оказанием помощи население в случае причинения ему вреда. В настоящее время тяжущимся, с точки зрения беспристрастия, безразлично, обращаться ли к административным судам или к судам общим. Административная юрискдикция по крайней мере столь же беспристрастна, как и судебная. Начало разграничения властей административной и судебной уже не означает, что акты административных органов изъяты от всякого юрисдикционного контроля или подлежат лишь контролю ограниченному; оно означает, что эти акты подлежат судам административным, которые занимаются контролем поистине и вполне юрисдикционным, т.е. таким, каким должен проявлять его судья, достойный этого имени, исключительно озабочивающийся тем, чтобы охранить силу закона (assurer le respect de la loi), кто бы ни был сторонами в деле... В настоящее время Государственный Совет во Франции есть зоркий охранитель прав частных лиц и решительный враг произвола административных агентов какого бы то ни было служебного ранга"[1].

ГЕРМАНИЯ

В Германии нет общеимперского законодательства об адми-

[1] G. J è z e. Les principes généraux du droit administratif. Paris, 1904, стр. 153 — 155 и 163.

нистративных судах. Они, как указано выше, возникли в разное время в тех государствах империи, в которых признано было нужным создать особые органы административной юстиции.

Законченная система их развилась прежде всего в Пруссии в связи с реформами в области местного управления, проведенными в 1872 — 1883 гг. В настоящее время это управление, и в частности административная юстиция, регулируются законом 30 июля 1883 г. о местном управлении, законом об устройстве административных судов и административно-спорном производстве 3 июля 1875 — 2 августа 1880 г. и законом 1 августа 1883 г. о компетенции административных учреждений и судов по административным делам[1].

Организация местных административных судов в Пруссии тесно связана с общим строем местного управления, вследствие чего этот последний необходимо иметь в виду для уяснения себе устройства и функций административных судов.

Пруссия делится на 12 провинций. Они подразделяются на округа (Regierungsbezierke), которых в Пруссии всего 35. Каждый округ состоит из нескольких уездов (Landkreise), которых насчитывается по всей Пруссии 489. Города с населением более 25 000 человек образуют самостоятельные города-уезды (Stadtkreise). Низшими административными единицами являются в некоторых провинциях участки (Amtsbezierke), в других — городские и сельские общины (Landgemeinde).

Провинции, уезды и общины являются не только административными единицами, но и самоуправляющимися союзами; округа же представляются единицами только государственного управления.

К вопросу об административных судах ближайшее отношение имеет устройство управления уездного, окружного и провинциального.

Органы уездного управления: 1) уездное собрание (Kreistag), ведающее дела самоуправления; 2) ландрат, назначаемый королем из лиц, представляемых уездным собранием; на нем лежит как принятие мер общегосударственного управления, так и ближайшее участие в делах местного самоуправления по званию председателя уездного собрания и уездного комитета (Kreisausschuss); 3) уездный комитет, в состав которого входят ландрат и шесть членов, избираемых на шесть лет уездным собранием. Функции

[1] Перевод этих законов напечатан ниже в приложении “Иностранные законы об административных судах”.

уездного комитета очень обширны, так как он является одновременно и органом местного самоуправления (в качестве исполнительного органа уездного собрания), и органом государственного управления; в последнем качестве уездный комитет решает административные дела (Beschlussachen) и судебно-административные (Streitsachen), представляя собой административный суд первой инстанции. В городах-уездах таким судом является городской комитет (Stadtausschuss), в состав которого входят бургомистр и шесть членов, избранных магистратом.

Окружное управление имеет своими органами: 1) президента (Regierungspräsident), назначаемого королем по представлению совета министров и управляющего округом через посредство окружного правления (Bezierksregierung) и окружного комитета (Bezierksausschuss), 2) окружное правление, состоящее из многочисленного штата должностных лиц разных специальностей, обыкновенно распадающееся на несколько отделений и заведывающее всеми отраслями государственного управления в данном округе, и 3) окружной комитет, состоящий из президента, в качестве председателя, и шести членов. Двое из последних назначаются пожизненно королем, причем один должен удовлетворять условиям, требуемым для занятия судейских должностей, а другой — для замещения высших административных должностей. Остальные четыре члена окружного комитета избираются из жителей округа провинциальным комитетом, который избирает также четырех заместителей. Окружной комитет является, с одной стороны, органом управления, с другой — административным судом. Президента, по должности председателя окружного комитета, может заменять один из двух упомянутых членов по назначению, которого король назначит заместителем президента со званием “директора административного суда” (Verwaltungsgerichtdirektor).

В составе органов провинциального управления нет административных судов, и потому достаточно лишь перечислить их. Органами государственного управления в провинции состоят: обер-президент с подведомственными ему чинами центрального управления и провинциальный совет, состоящий, под председательством обер-президента, из 6 членов (один из них назначается министром, а 5 избираются на шесть лет провинциальным комитетом). Органами самоуправления являются: провинциальный ландтаг, провинциальный комитет и земский директор (Landesdirektor или Landeshauptmann).

Местными административными судами в Пруссии являются, таким образом, уездные и городские комитеты (Kreisausschuss и

Stadtausschuss) и окружные комитеты (Bezierkausschuss). Первые представляют собой суды первой инстанции; окружные комитеты являются апелляционными судами для решения уездных и городских комитетов, но по некоторым делам окружные комитеты также представляют собой суды первой инстанции. Высшею инстанцией служит высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) в Берлине.

Можно отметить три характерные черты местных административных судов в Пруссии. Во-первых, они не только органы административной юстиции, но и органы активного управления, причем, однако, при осуществлении ими судебно-административных функций соблюдаются особые формы, гарантирующие правосудие (публичность заседаний, состязательность). Во-вторых, по составу своему они являются смешанными коллегиями, состоящими частью из лиц, избираемых местными органами самоуправления; при этом обнаруживается преобладание в них выборного элемента над бюрократическим (в уездных комитетах 4 и 1, в окружных — 4 и 3). В связи с этим, в-третьих, члены административных судов оказываются в значительной степени независимыми от государственной власти; в особенности — члены окружных комитетов, не только потому, что одни назначаются пожизненно, а другие избираются на определенный срок, но и потому, что за профессиональные ошибки они подлежат дисциплинарной ответственности по правилам, установленным для судей; дисциплинарным судом здесь является высший административный суд.

Высший административный суд стоит совершенно в стороне от управления и представляет собой в полном смысле суд. Он состоит из председателя, председателей отделений (Senatspräsidenten) и советников (Räthen), причем одна половина членов должна обладать правом на занятие судейской должности, а другая — для занятия высших административных должностей. Они назначаются пожизненно королем по представлению министерства (Staatsministerium) и в отношении несменяемости пользуются теми же гарантиями, как и члены имперского суда. Лишение должности и содержания, по определению общего собрания высшего административного суда, может последовать в отношении к члену этого суда лишь в случае присуждения его к наказанию за обесчещивающее действие или к лишению свободы на срок более одного года.

При учреждении высшего административного суда, в 1875 г., он состоял только из семи членов; в настоящее же время он раз-

деляется на 8 отделений, каждое в составе не менее 5 членов, причем отделения по делам о налогах могут разделяться на камеры в составе не менее трех человек.

Высший административный суд является прежде всего ревизионным судом по отношению к окончательным решениям окружных комитетов. Основанием отмены решения могут служить только неприменение или неправильное применение существующих правовых норм или значительные нарушения при производстве дела. Суд, отменяя решение, или передает дело на новое рассмотрение в подлежащий суд, или же, если не встречает препятствий в фактических обстоятельствах дела, постановляет свое решение по существу дела, не возвращая его в низшую инстанцию.

Высший административный суд является далее апелляционным судом в отношении к решениям окружных комитетов в первой инстанции, поскольку эти решения не являются окончательными.

Высший административный суд в некоторых случаях является и судом в первой и последней инстанции, а именно: 1) при обжаловании административных постановлений обер-президента провинции или президента округа, принятых ими в отношении жалоб на распоряжения местной полиции; 2) при обжаловании обер-президентами тех постановлений провинциального собрания или провинциального комитета, в которых усматривается превышение компетенции этих учреждений; 3) по пререканиям между администрацией и местными административными судами, и в некоторых других случаях.

Высший административный суд является дисциплинарным судом, как первой, так и второй инстанции, в отношении к должностным лицам местной администрации и членам органов местного самоуправления.

Что касается круга дел, подведомственных местным административным судам, то в законе не признано было возможным установить общий критерий для разграничения дел собственно административных и дел судебно-административных. В законе 1875 г. сделана была попытка обозначить в общей формуле сферу дел административной юстиции, предметом которой признано было разрешение споров, относящихся к правам и обязанностям в области публичного права. Но эта формула уже не встречается в позднейших законах. Точное обозначение дел административной юстиции дается в подробных перечнях. В них закон относительно каждой категории административных дел

определяет, в каком порядке известное распоряжение или постановление администрации может быть обжаловано — в порядке ли административном, жалобою по начальству, или в порядке судебно-административном, жалобою или иском в тот или другой административный суд.

Производство в административном суде — публичное, устное и состязательное и в общем сходно с гражданским процессом. Стороны могут заменять себя поверенными или являться вместе с поверенными. Прокуратуры при административных судах нет, но для охранения публичных интересов правительством могут быть назначаемы для участия в деле особые комиссары.

Из деталей производства в административных судах надлежит отметить так называемое предварительное определение (Vorbeschied), сущность которого заключается в следующем.

В тех случаях, когда ландрат, ознакомившись с поданною в уездный комитет жалобою, убедится в явной ее неосновательности (с фактической или юридической стороны) или, наоборот, признает домогательства жалобщика бесспорными, он единолично или по соглашению с членом комитета, которому поручен был доклад дела, составляет мотивированное определение: в первом случае — об оставлении жалобы без последствий, во втором — о предложении ответчику удовлетворить требования жалобы. По делам, подсудным окружному комитету, такие определения могут быть постановлены председателем лишь совместно с обоими правительственными членами комитета. Сторона, недовольная предварительным определением, может в двухнедельный срок или обжаловать его в административный суд второй инстанции, или заявить ходатайство о рассмотрении дела в порядке состязательного устного производства. Такие ходатайства не могут быть оставляемы без удовлетворения. В законе указаны некоторые дела, к которым не может быть применяем порядок предварительных определений; к ним относятся, в частности, дела, рассмотрение которых должно совершаться при участии специалистов, каковы дела по медицинской части, строительной, дорожной.

При всем сходстве судебно-административного производства с гражданским процессом, органам административной юстиции предоставлена более активная роль в направлении дела: по закону они обязаны, не стесняясь ходатайствами сторон, принимать все меры, необходимые для всестороннего разъяснения дела.

Председателям административных судов (уездных и окружных комитетов) предоставлено право, в публичном интересе, самим

обжаловать в апелляционном и ревизионном порядке решения, постановленные при их участии. Для того чтобы воспользоваться этим правом, они должны при самом постановлении решения заявить неудовольствие. В таком случае объявление решения приостанавливается на три дня, после чего, по представлении мотивированного мнения, которое сообщается сторонам, дело направляется в установленном порядке.

Административная юстиция в других государствах Германской империи организована на основаниях, в существенных чертах сходных с прусскою системою. В них (Баварии, Вюртемберге, Бадене, Саксонии и др.) в качестве низших административных судов функционируют учреждения (уездные и окружные), участвующие в активном управлении; высшей инстанцией в них являются особые высшие административные суды, члены которых по своему служебному положению и в отношении к несменяемости приравниваются к членам высших судов.

Коренное отличие, сравнительно с Пруссией, в отношении организации местных органов административной юстиции состоит в том, что в названных государствах в состав этих органов не входят выборные элементы. Но, с другой стороны, при функционировании в качестве административных судов уездные и окружные коллегии соблюдают, как и в Пруссии, особые формы производства на основах, приближающих его к судебному процессу.

АВСТРИЯ [1]

В Австрии не существует инстанционной системы административных судов, подобно Франции и государствам Германии, а имеется лишь один административный суд (Verwaltungsgerichtshof), компетенция которого распространяется на всю Транслейтанию или, по выражению официального языка, на "королевства и земли, представленные в Рейхсрате".

Этот суд был создан законом 22 октября 1875 г., но основные положения о задачах административной юстиции нашли себе выражение еще в конституционных актах 1867 г., определивших современный государственный строй Австрии.

---

[1] Перевод австрийских законов об административной юстиции, сделанный бароном А. Э. Н о л ь д е, напечатан в апрельской книге 1905 г. "Журнала Министерства Юстиции" (стр. 237 и сл.).

В закон 1867 г. об устройстве судебной части были внесены следующие две статьи:

Ст. 14: “Отправление правосудия во всех инстанциях отделяется от управления”.

Ст. 15: “Во всех тех случаях, когда по ныне действующим и имеющим быть впредь изданными законам решение спора по притязаниям частных лиц принадлежит административному учреждению, предоставляется лицу, гражданские права которого будут нарушены таким решением, обращаться с иском к другой стороне в общем судебном порядке. Но, и помимо этого, тому, кто считает свое право нарушенным решением или распоряжением административного учреждения, предоставляется защищать свои притязания перед административным судом в порядке публичного устного состязания с уполномоченным от административного учреждения. Случаи, подлежащие решению административного суда, его состав и порядок судопроизводства будут определены особым законом”.

В том же 1867 г. учрежден был Имперский суд (Reichsgericht) для разрешения пререканий о власти между различными учреждениями, как-то: между судебными и административными, между земским представительством и высшими административными местами, между органами автономного управления разных земель. Ведению Имперского суда подлежат далее притязания отдельных королевств и земель к их совокупности (т.е. Цислейтании) и наоборот; притязания этих королевств и земель друг к другу; притязания общин, корпораций и частных лиц к отдельным королевствам, землям или их совокупности, когда эти притязания не могут быть предъявлены в общих судах; наконец, жалобы граждан на нарушения обеспеченных им конституцией политических прав, но лишь в том случае, если жалобщиком предварительно исчерпан установленный законом путь административного обжалования.

Как видно из этого перечня предметов ведомства Имперского суда, в них имеются некоторые функции административной юстиции. И когда приступлено было к проектированию административного суда, намеченного в вышеприведенной ст. 15 закона о судебной власти, возник вопрос, не следует ли распространить компетенцию Имперского суда на всю область административной юстиции. Но эта мысль была оставлена как потому,

что основными законами предусмотрена необходимость создать административный суд, как особое от Имперского суда учреждение, так и потому, что по особенным условиям состава и деятельности Имперского суда[1] невозможно расширение его компетенции.

Разработка проекта и последовательное его обсуждение растянулись на несколько лет. В комиссии палаты представителей, между прочим, останавливались на вопросе о создании местных административных судов. Комиссия признавала значительные преимущества судебно-административных учреждений Бадена и Пруссии в том отношении, что уже в низших инстанциях они обеспечивают независимое рассмотрение и решение спорно-административных дел. Однако она нашла невозможным введение подобной же системы в Австрии по важным практическим соображениям, так как для этого пришлось бы предварительно коренным образом изменить весь строй государственного и земского управления отдельных частей Австрии.

По закону 22 октября 1875 г. ведомству административного суда подлежит решение всех жалоб, в которых кто-либо указывает на нарушение принадлежащих ему прав незаконным решением или распоряжением какого-либо из административных учреждений, к каковым закон относит как органы государственного управления, так и органы земского, окружного и общинного управления.

Установив этот общий критерий для определения компетенции административного суда, закон не дает перечня предметов его ведомства, а, напротив, лишь перечисляет категории тех дел, которые не подлежат ему. Отказавшись от намерения, подобно Франции и Пруссии, поделить все административные дела на собственно-административные и спорно-административные, австрийское законодательство покоится на принципе, что никакой административный акт, по которому возбуждается вопрос о законности, не должен быть изъят из ведения административного суда, как органа контроля за закономерностью управления.

Осуществляется этот принцип в порядке кассационном. Жа-

[1] Члены Имперского суда назначаются пожизненно императором из кандидатов, представляемых обеими палатами Рейхсрата. Такой порядок вносит в определение состава суда политические моменты; кроме того, члены Имперского суда служат без жалованья и заседают лишь по четвертям года, а не постоянно, между тем как административный суд должен функционировать повседневно.

лоба в административный суд может быть подана только в том случае, когда дело закончено в административном порядке, т.е. лишь после того, как жалобщиком были исчерпаны средства обжалования в системе административных инстанций. Если административный суд признает жалобу уважительною, он отменяет обжалованное решение или распоряжение как незаконное, причем указывает основания этой отмены. Подлежащие административные учреждения обязаны произвести дальнейшие распоряжения по этому делу, причем они должны руководствоваться теми юридическим суждениями, которые положены в основание решения административного суда.

Производство в административном суде представляет сочетание основательной письменной предварительной разработки дела с обычными гарантиями гласного, устного, состязательного судебного процесса.

Члены административного суда пользуются независимостью и несменяемостью. Они назначаются императором по предложению совета министров, которому, на практике, кандидатов рекомендует первый президент суда. По меньшей мере половина членов суда должна отвечать особым условиям, требуемым для занятия судебной должности.

ИТАЛИЯ

Законодательство об административной юстиции в Италии представляет особенный интерес в виду того, что в этой стране, в которой долгое время применялась французская система административных судов, в 1865 г. последовало почти полное упразднение их, но в 1889 и 1890 гг. они были восстановлены.

В Италии, как во Франции, органами административной юстиции являлись советы префектур и Государственный Совет. При реорганизации административных учреждений в 1865 г., в соответствии с началами установившегося свободного политического строя, признано было необходимым упразднить систему административной юстиции, в которой большинство усматривало остаток прежнего режима, находящийся в противоречии с указанными началами. Законом 20 марта 1865 г. судебно-административные функции советов префектур и Государственного Совета были отменены, причем дела, подлежавшие ведению административных судов, были распределены между общими судами и администрациею. В виде исключения сохранена была специальная административная юрисдикция по некоторым предметам, которые не могли войти в компетенцию общих судов (государ-

ственный контроль и пенсионное дело остались в ведении Счетной палаты; особые коллегии ведали дела воинской повинности, податное дело).

Реформой 1865 г. имели в виду увеличить гарантии населения путем расширения компетенции общих судов присоединением к ней функции административных судов. Из этих последних, однако, далеко не все в действительности перешли в ведение судов. Очень многие дела, по которым действия администрации контролировались прежде административными судами, предоставлены были самой администрации лишь с тем контролем, который осуществляется высшими органами той же администрации. В целях ослабления этого неудобства в закон 1865 г. была внесена ст. 3. Эта статья устанавливала, что в случае жалоб на решения, принятые администрацией по предметам, ей подведомственным, высшая власть должна предоставить сторонам изложить дело письменно и затем постановить мотивированное решение, запросив предварительно отзыв подлежащих административных советов. Однако действительность не оправдала надежд, возлагавшихся на этот порядок.

Неудобства, связанные с новой системой, вскоре дали себя почувствовать и не перевешивали тех преимуществ, которые думали обеспечить ее. В 1872 г. Мантеллини так характеризовал недочеты, явившиеся в результате упразднения административных судов, в статье, напечатанной в авторитетном издании Archivo giuridico: “Желали предоставить сторонам новые гарантии, передав общей юстиции дела, которые прежде ведала юстиция административная. В действительности же вот что происходит во многих случаях: дела, имевшие прежде судью, взятого, правда, из среды администрации, но все-таки судью, теперь не имеют никакого судьи ни в администрации, ни в судах. Этого рода дела входят в ведение администрации и вершатся без соблюдения каких-либо определенных форм, как простые административные интересы... Фактически во многих случаях у нас дела не получают судей, между тем как у французов, которых мы думали опередить, они находят судей, по крайней мере, в административном ведомстве”.

Сознание этих недочетов, впервые выраженное в юридической печати, проникло и в среду правительства. В 1884 г. Депретис, президент совета министров, представил Сенату проект закона о возвращении Государственному Совету судебно-административных функций. “Надлежит”, — говорилось в мотивах к этому проекту, — “восстановить эту юрисдикцию не ради втор-

жения в область компетенции, предоставленной судебной власти, но для того, чтобы дать судью делам, которые теперь его не имеют". В то время законопроект этот не был принят парламентом, но движение в пользу возвращения к административной юстиции развивалось все более и более.

В этом отношении заслуживают внимания следующие соображения, высказанные одним из авторитетных исследователей административной юстиции, Рудольфом Дарестом. Отметив обнаружившееся в Италии течение в сторону возрождения административных судов, он говорит[1]:

"Прежде всего занялись ограничением компетенции судебной власти. Администрация большого государства слишком сложна, слишком тесно связана с интересом, с потребностями целого общества, чтобы споры, порождаемые административными актами, могли всегда быть вершаемы, как простые тяжбы между частными лицами. Напрасны старания провести различие между правом отдельных лиц и общим интересом для того, чтобы одну область вверить власти судебной, а другую — власти административной. Нельзя разделять то, что нераздельно. Всегда есть значительное число дел, которые, будучи смешанными по природе своей, должны быть поэтому рассматриваемы с различных точек зрения, не последовательно и не параллельно, а одновременно. Судебная власть не пригодна для производства подобного рассмотрения. У нее нет ни навыка, ни средств к этому. Предустановленные для нее формы неприменимы для административного исследования. Даже если и предположить, что найдутся судьи, достаточно образованные для того, чтобы судить всякого рода дела без исключения, было бы нужно, чтобы они, смотря по случаям, применяли различные процедуры, и даже тогда, будучи обязаны задерживаться на каждом шагу, чтобы не вторгаться в сферу деятельности административной власти, они не могли бы судить иначе, как с большим трудом, при условиях дороговизны и невыносимой медленности процесса.

Итальянский парламент принял во внимание эти потребности. И в изданных после 1865 года законах по различным отраслям администрации, как-то: публичные работы, горное дело, лесное хозяйство, благотворительные учреждения, полиция, народное здравие, налоги, коммунальные и провинциальные

[1] R. D a r e s t e. La justice administrative en France. Deuxième édition. Paris, 1898, стр. 192.

организации, последовательно проведено устранение судебной власти от рассмотрения и решения многих дел. Эти законы создали почти по всем отраслям управления специальные комиссии, местные комитеты, облеченные очень обширными функциями. Закон 15 декабря 1888 г. даже учредил в каждой провинции так называемую "административную юнту", в состав которой входят префект, как председатель ее, два советника префектуры и четыре советника, избираемые провинциальным советом; другой закон, 10 февраля 1889 г., предоставил этой юнте постановлять решения по всем делам о выборах и в то же время возложил на нее обязанности, аналогичные с "tutelle admistrative" французского права. Так мало-помалу и просто силой вещей воссоздан был "contentieux administratif", столь шумно упраздненный в 1865 г."

Законом 31 марта 1889 г. создано было четвертое отделение Государственного Совета, для дел административной юстиции (per la giustizia amministrativa). По своей организации и порядку производства это отделение Государственного Совета представляет собой вполне судебное учреждение. Его ведению предоставлены спорные дела, входившие прежде в компетенцию Государственного Совета, и различные дела, поименованные в новом законе.

Число этих дел возросло с изданием в следующем году нового закона, 1 мая 1890 г., об административной юстиции (sull'ordinamento della giustizia amministrativa). Этим законом регулируется административная юстиция первой инстанции; органом ее является упомянутая юнта. Главный предмет ее ведения составляют жалобы на различного рода решения и постановления, принимаемые коммунальными и провинциальными властями. Решения юнты подлежат обжалованию в четвертое отделение Государственного Совета.

Восстановление органов административной юстиции в Италии, вскоре по их упразднении, комментируется в литературе административного права, как в высшей степени поучительное доказательство жизненности и целесообразности институтов административной юстиции. По словам Дареста, "этот пример как нельзя лучше выясняет движение, обнаруживающееся в настоящее время в законодательстве большей части Европы. Во всех больших государствах существует теперь административная юстиция, созданная по образцу французской, и в этой области, как и во многих других, уже образуется право общее, интернациональное[1]".

[1] R. D a r e s t e. Цит. соч., стр. 196.

Следует, однако, иметь в виду, что, восстановив особые органы административной юстиции, Италия не вполне вернулась к французской системе. Новейшие законы ни в чем не ограничили существеннейшего расширения компетенции общих судов в отношении к административным актам. И теперь остается в силе постановление закона 1865 г., по которому при обжаловании в общие суды административных актов, вызвавших нарушение права, суды решают вопрос о законности этих актов. Суд, правда, не может сам отменить или изменить акт, признанный незаконным; но административная власть, если суд признал административный акт незаконным, обязана в дальнейшем разрешении дела сообразоваться с определением суда. Этот принцип не отменен позднейшим законодательством; напротив, закон 1889 г. О Государственном Совете дает ему более действительную санкцию. А именно, отказ со стороны административной власти сообразоваться с решением суда составляет один из случаев превышения власти (excès de pouvoir), по которым возможно обжалование в Государственный Совет.

ИСПАНИЯ

Административная юстиция в Испании была создана впервые в первой четверти XIX столетия по образцу французской. Высшим органом ее было судебное отделение Государственного Совета, постановление по спорным делам определения, которые, как и во Франции до 1872 г., подлежали утверждению главы государства.

В эпоху революции декретом генерала Прима 1868 г. административная юстиция была упразднена, и судебное отделение Государственного Совета было закрыто.

Восстановление упраздненного учреждения последовало в январе 1875 г., на тех же основаниях, которые определяли систему административных судов до 1868 г.

По закону 27 января 1875 г. отправление административной юстиции вверялось провинциальным комиссиям в низшей инстанции и Государственному Совету, как апелляционной инстанции по отношению к решениям провинциальных комиссий; кроме того ведению его, в первой и последней инстанции, подлежали жалобы на некоторые акты центрального управления. Решения Государственного Совета не были окончательными, но правом неутверждения их высшая власть могла воспользоваться лишь в месячный срок со времени представления ей определения Совета.

Провинциальная комиссия представляла собой административное учреждение, орган активного управления.

В 1888 г. произведена реформа административной юстиции. Органы ее как по своему устройству, так и по деталям производства в них дел получили характер, приближающий их к типу настоящих судебных учреждений. Государственному Совету предоставлено право самостоятельной юрисдикции, независимо от королевской санкции.

Наиболее существенной является реформа 1888 г. в отношении к местным судам.

Вместо провинциальных комиссий учреждены специальные административные суды (tribunales de la contencioso administrativo). Они были созданы на началах полного отделения их от активной администрации. Состав их определен так, что в нем преобладает элемент юристов.

Председателем административного суда является председатель местной судебной палаты или, за неимением ее, председатель уголовного суда. Членов суда — четыре штатных и четыре добавочных; они назначаются на один год и берутся наполовину из числа судей, наполовину — из членов провинциального собрания, получивших юридическое образование. Если провинциальное собрание не может доставить потребное число членов, удовлетворяющих этому условию, производится избрание их по жребию из судей в отставке, профессоров права и адвокатов, имеющих десятилетнюю практику и проживающих в месте нахождения суда.

ПОРТУГАЛИЯ

В Португалии административными судами первой инстанции являются окружные советы (conselho de districto), имеющиеся во всех округах, на которые в административном отношении разделяется королевство. В состав окружного совета входят гражданский губернатор, в качестве председателя, и четыре члена, назначаемые правительством из числа двенадцати лиц, вносимых в список, составляемый генеральным комитетом округа. Два члена, по крайней мере, должны иметь диплом об окончании юридического образования. Члены окружного совета назначаются на четыре года, по истечении которых они могут быть снова назначены. Генеральный секретарь гражданского управления исполняет обязанности правительственного комиссара при окружном совете. Кроме обязанностей по спорным делам окружные сове-

ты, подобно французским советам префектур, несут и собственно административные функции.

Решения окружных советов могут быть обжалованы в высший административный суд. Последний состоит из семи членов; при суде имеется прокуратура в лице двух помощников генерального прокурора и одного аудитора. Будучи второй инстанцией административной юстиции, суд этот является и административным советом.

ПРИЛОЖЕНИЯ

ИНОСТРАННЫЕ ЗАКОНЫ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДАХ

П Р У С С И Я [1]

I. ЗАКОН О МЕСТНОМ УПРАВЛЕНИИ 30 июля 1883 года (Собр. законов, стр. 195)

Мы, Вильгельм, Божьею Милостью Король Прусский и проч., повелеваем, с согласия обеих палат Ландтага, для всей территории Монархии (ср. § 155) следующее:

Первая глава ОСНОВЫ ОРГАНИЗАЦИИ

§ 1.

Административное деление государственной территории на провинции, округа и уезды остается в силе с тем, что город Берлин выделяется из Бранденбургской провинции и образует самостоятельный административный округ.

§ 3.

Дела местного управления, поскольку они не поручены другим учреждениям, производятся, под высшим руководством министров, в провинциях Обер-президентами, в округах Регирунгспрезидентами и Окружными Правлениями (Regierungen) и в уездах (Kreise) Ландратами.

Обер-президенты, Регирунспрезиденты и Ландраты действу-

[1] Перевод печатаемых здесь прусских законов сделан приват-доцентом Императорского С.-Петербургского Университета М. Б. Г о р е н б е р г о м.

ют в пределах своего ведомства самостоятельно под полною личною ответственностью, кроме случаев коллегиального рассмотрения обозначенных в законе дел.

§ 4.

Для содействия в делах местного управления существуют, согласно ближайшим постановлениям законов для провинций, в месте пребывания Обер-президента, Провинциальный Совет, для округа, в месте пребывания Регирунгспрезидента, — Окружной Комитет (Bezirkausschuss), для уезда, в месте пребывания Ландрата, — Уездный Комитет (Kreisausschuss).

Место Уездного Комитета занимает в указанных законом случаях в городских округах, в которых Уездного Комитета не существует, Городской Комитет, а в городах, входящих в состав уезда и имеющих более 10 000 жителей, Магистрат (коллегиальная общинная управа).

В городских общинах, в которых общинную управу составляет один бюргермейстер, место магистрата занимают в случаях, указанных во втором абзаце, Бюргермейстер и его помощники (Beigeordnete), как коллегия.

§ 6.

Существующие постановления относительно должностного положения, правомочий, компетенции и делопроизводства административных учреждений сохраняют свою силу, поскольку они не изменены настоящим законом.

§ 7.

Суд по административным делам (решение в порядке административно-спорного процесса) производится Уездными (Городскими) и Окружными Комитетами, как судами по административным делам, а также действующим на пространстве всей монархии Высшим Административным Судом (Oberverwaltungsgericht), находящимся в Берлине. Решения постановляются, не касаясь частно-гражданских отношений.

Материальная компетенция этих учреждений по решению дел в первой инстанции определяется особыми постановлениями закона.

Окружные Комитеты повсюду занимают место депутаций по делам, вытекающим из принадлежности к общине (Heimatwesen).

Там, где в законах упоминается о суде по административным делам, под этим, в случаях сомнений, нужно понимать Окружной Комитет.

Вторая глава
АДМИНИСТРАТИВНЫЕ УЧРЕЖДЕНИЯ

I Отдел
Провинциальные учреждения

1. Обер-президент

§ 8.

Во главе управления провинции стоит Обер-президент. При нем состоит Обер-президиалрат и необходимое число советников и помощников, которые производят дела по его указаниям. Обер-президент, кроме того, вправе привлекать к разработке возложенных на него дел членов находящегося в месте его пребывания Окружного Управления и состоящих там же при Регирунгспрезиденте должностных лиц (§ 19, абзац I).

§ 9.

В случаях, препятствующих Обер-президенту отправлять свои обязанности, его заменяет Обер-президиалрат, если для отдельных категорий дел не существует по этому предмету особых постановлений. Подлежащие министры в праве в особых случаях установить иной порядок замещения.

2. Провинциальный Совет

§ 10.

Провинциальный Совет состоит из Обер-президента или заместителя его, как председателя; высшего административного чиновника, или заместителя его, назначенного Министром Внутренних Дел на время, в течение которого он будет занимать главную свою должность в месте пребывания Обер-президента, и из пяти членов, которые избираются Провинциальным Комитетом из числа жителей провинции, имеющих право быть избранными в Провинциальный Ландтаг. Для последних тем же порядком избирается пять заместителей.

Избранию не подлежат: Обер-президент, Регирунгспрезидент, начальники королевских полицейских учреждений, Ландраты и должностные лица провинциального союза.

§ 11.

Выборы членов Провинциального Совета и их заместителей производятся на шесть лет.

Всякое избрание теряет свою силу с прекращением одного из ус-

ловий, установленных для избираемости. Провинциальный Комитет постановляет о том, имел ли такой случай место. На постановление Провинциального Комитета может быть принесена в двухнедельный срок жалоба в Высший Административный Суд. Жалоба может быть принесена и председателем Провинциального Совета. Последняя не имеет приостанавливающего действия; но до решения Высшего Административного Суда дополнительные выборы не производятся.

§ 12.

Каждые три года половина избранных членов и их заместителей выбывает, и именно в первый раз ближайшее большее число, и восполняется посредством новых выборов. Выбывающие остаются во всяком случае до вступления вновь избранных в деятельность. Выбывающие в первый раз определяются жребием. Они могут быть снова избраны.

Для замещения выбывающих в течение избирательного периода членов и их заместителей производятся дополнительные выборы. Дополнительно избранные остаются в деятельности лишь до конца того периода, на который избраны выбывшие.

§ 13.

Продолжительность избирательного периода может быть определена провинциальным статутом и иным сроком.

§ 14.

Избранные члены и заместители членов Провинциального Совета приводятся к присяге Обер-президентом и вводятся им в звание (Stellen).

Они могут быть лишены своего звания в порядке дисциплинарного процесса по основаниям, которые оправдывают удаление чиновников от должности (§ 2 зак. 1 июля 1852 г. о дисциплинарных проступках несудебных чиновников, собр. зак., стр. 465).

Для дисциплинарного производства сохраняют силу постановления означенного закона с следующими изменениями:

Возбуждение производства, а также назначение следственного комиссара и представителя обвинения (Staatsanwaltschaft) лежит на Министре Внутренних Дел.

Дисциплинарным судом является общее собрание (plenum) Высшего Административного Суда.

§ 15.

Провинциальный Совет решает дела лишь в присутствии пяти

членов, включая президента. Решения постановляются по большинству голосов. При равенстве голосов голос председателя дает перевес.

II Отдел
Окружные учреждения

I. Регирунгспрезидент и Окружное Правление (Bezierksregirung)

§ 17.

Во главе Окружного Правления в месте пребывания Обер-президента находится, с отменой должности Регирунгсвицепрезидента, Регирунгспрезидент. Обер-президент перестает быть на будущее время президентом Правления.

§ 18.

Отделение Правления для внутренних дел упраздняется. Делами его, поскольку в настоящем законе не установлено отступлений, управляет Регирунгспрезидент с правами, присвоенными Правлению.

§ 19.

Для дел, возложенных лично на Регирунгспрезидента, при нем состоят обер-регирунгсрат и необходимое число советников и помощников, из которых по крайней мере один должен удовлетворять условиям для замещения судейской должности и которые подготовляют дела по указаниям Регирунгспрезидента.

Эти должностные лица могут быть также заняты в Окружном Правлении и принимают участие в общих собраниях его на тех же основаниях, как члены Окружного Правления.

Члены Правления могут быть привлекаемы Регирунгспрезидентом к подготовке возложенных на него дел.

§ 20.

В случаях, препятствующих Регирунгспрезиденту отправлять его обязанности, он заменяется состоящим при нем старшим советником (Oberregierungsrath), а в случае препятствий, возникающих для последнего, старшим советником Окружного Правления (Oberregierungsrath der Bezirksregierung). Подлежащие министры в праве установить в отдельных случаях другой порядок заместительства.

2. Окружной Комитет (Bezirksausschuss)

§ 28.

Окружной Комитет состоит из Регирунгспрезидента, как председателя, и шести членов.

Два члена, из которых один должен удовлетворять условиям занятия судейских должностей, а другой — высших административных, назначаются пожизненно королем.

Из числа этих членов король назначает в то же время заместителя Регирунгспрезидента по должности его председателя, с званием Директора Административного Суда. Для замены Регирунгспрезидента в Окружном Комитете в других отношениях и для замены каждого из пожизненно назначенных членов король назначает заместителей из числа лиц, занимающих в месте нахождения Окружного Комитета судейскую или высшую административную должность. Заместители назначаются на срок продолжительности их главной должности в месте нахождения Окружного Комитета.

Остальные четыре члена Окружного Комитета избираются из жителей его округа Провинциальным Комитетом. Последний избирает также четырех заместителей, о порядке призыва которых постановляет наказ (Geschäftsregulativ).

Избранию подлежит всякий подданный Германской Империи, удовлетворяющий условиям избрания в провинциальный ландтаг, за исключением Обер-президента, Регирунгспрезидента, начальников королевских полицейских учреждений, Ландратов и должностных лиц провинциального союза. Члены Провинциального Совета не могут быть членами Окружного Комитета.

В остальном к выборам и избранным членам находят себе соответствующее применение постановления § 11, 12 и 13.

§ 29.

Там, где количество дел того требует, могут быть королевским распоряжением учреждены отделения Окружного Комитета для отдельных частей округа. В таких случаях председатель и, если особых назначений для различных отделений не воспоследовало, то и назначенные члены принадлежат всем отделениям. Избранные члены и их заместители назначаются отдельно в каждое отделение. В остальном находят себе применение правила, установленные для Окружного Комитета.

§ 30.

Председательство в Окружном Комитете в случаях, препят-

ствующих Регирунгспрезиденту, а за ним Директору Административного Суда, отправлять свою должность, переходить на второго назначенного члена, а за ним на заместителя директора Административного Суда. Препятствием для Регирунгспрезидента считается во всяком случае рассмотрение жалобы, принесенной на его постановление.

§ 31.

На членов по назначению не может быть возложена замена Регирунгспрезидента или помощь ему в делах, лично ему порученных. Оба члена по назначению принимают участие в общих собраниях Правления на основании правил, установленных для членов Правления. В остальном им дозволяется занимать другую должность лишь в том случае, если она судебная или не сопряжена с вознаграждением.

§ 32.

Члены по избранию и их заместители приводятся к присяге председателем. Все члены и их заместители подлежат в этом своем качестве правилам закона о служебных проступках судей и т.д. от 7 мая 1851 г. (собр. зак., стр. 218), или закона 26 марта 1856 г. (собр. зак., стр. 201).

Дисциплинарным судом является общее собрание Административного Суда; председатель обвинения назначается президентом Административного Суда.

§ 33.

Окружной Комитет может постановлять свои решения в присутствии пяти членов, а в спорных делах между союзами для помощи бедным в присутствии трех членов, в состав которых, включая президента, должны, во всяком случае, входить, по крайней мере, два члена по назначению, причем один из них должен удовлетворять условиям занятия судейской должности и один член по избранию.

Решения постановляются по большинству голосов. При четном числе голосов выбывает, если кроме председателя присутствуют два члена по назначению, по старшинству службы младший член по назначению; если же кроме председателя присутствует лишь один член по назначению, то выбывает член по избранию, младший по возрасту, с тем, однако, что право голоса принадлежит преимущественно:

1) среди членов по назначению тому, кто удовлетворяет ус-

ловиям занятия судейской должности, поскольку он необходим для возможности постановить решение;

2) в остальных случаях — докладчику.

§ 34.

Члены по избранию и их заместители получают суточные и разъездные по правилам закона, установленным для чиновников четвертого класса.

Все сборы Окружного Комитета поступают в государственную кассу. На нее же падают все расходы.

III Отдел
Уездные учреждения (Kreisbehörden)

§ 36.

Во главе управления уездом стоит Ландрат. Последний председательствует в Уездном Комитете. В остальном состав Уездного Комитета определяется уездными положениями.

§ 37.

Городской Комитет состоит из Бюргермейстера или его законного заместителя, как председателя, и из четырех членов, избираемых Магистратом (коллегиальной общинной управой) из своей собственной среды на срок их главной должности.

На случай невозможности Бюргермейстеру или его законному заместителю исполнять обязанности председателя Городской Комитет избирает председателя из среды своих членов. Последний подлежит утверждению Регирунгспрезидента, а в округе г. Берлина Обер-президента Бранденбургской провинции.

Председатель или один из членов Городского Комитета должен удовлетворять условиям занятия судейской или высшей административной должности.

§ 38.

В городских округах, в которых Бюргермейстер один представляет общинную управу, члены Городского Комитета, кроме председателя, избираются общинным представительством из числа граждан общины.

Избрание производится на шесть лет.

Каждые три года половина избранных членов выбывает, и состав Комитета восполняется посредством новых выборов.

Выбывающие остаются во всяком случае при своей деятельности до вступления в нее вновь избранных членов.

В первый раз выбывающие определяются жребием. Они могут быть избраны вновь.

Члены, выбывающие во время избирательного периода, заменяются посредством дополнительных выборов. Заместители остаются при деятельности до конца того периода, на который избраны были выбывшие.

В остальном, в отношении избираемости, порядка выборов, введения в деятельность, приведения к присяге, а также потери должности вследствие временного удаления от нее, действуют постановления закона, изданные для неполучающих вознаграждения членов магистрата.

§ 39.

Члены по избранию Уездного (Городского) Комитета могут быть лишены своего занятия в порядке дисциплинарного производства, по основаниям, допускающим удаление чиновников от должности (§ 2 закона 21 июля 1852 г. о служебных проступках должностных лиц несудебного ведомства).

Порядок дисциплинарного производства определяется правилами означенного закона с следующими изменениями:

Возбуждение производства и назначение следственного комиссара зависят от Регирунгспрезидента.

Решающим дело учреждением первой инстанции является Окружной Комитет, а решающим учреждением второй инстанции — общее собрание Высшего Административного Суда.

Представитель обвинения для первой инстанции назначается Регирунгспрезидентом; для второй же инстанции — Министром Внутренних Дел.

§ 40.

Решения Уездного (Городского) Комитета постановляются в присутствии трех членов, включая председателя. Решения постановляются по большинству голосов. Если присутствует четное число членов, то член по избранию младший по возрасту не принимает участия в голосовании. Но докладчик пользуется во всяком случае правом голоса.

V Отдел
Положение учреждений

§ 48.

Служебный надзор за делопроизводством Уездного (Город-

ского) Комитета осуществляется Регирунгспрезидентом (в Берлине — Обер-президентом); за делопроизводством Окружного Комитета — Обер-президентом, за делопроизводством Провинциального Совета — Министром Внутренних Дел.

Представления по поводу вытекающих из права надзора постановлений Регирунгспрезидента окончательно рассматриваются Обер-президентом, представления по поводу таких же постановлений Обер-президента подлежат окончательному рассмотрению Министра Внутренних Дел.

Учреждениям надзора принадлежит право производства общих ревизий.

§ 49.

Учреждения, означенные в § 48, взаимно обязаны оказывать одно другому помощь (Rechtshülfe). Они обязаны исполнять деловые поручения и указания стоящих над ними в порядке инстанций учреждений.

Третья глава
ПОРЯДОК ПРОИЗВОДСТВА ДЕЛ

I Отдел
Общие постановления

§ 50.

Закон определяет, каким способом могут быть оспариваемы постановления (Bescheide, Beschlüsse) в административных делах. Для первоначального обжалования служат по общему правилу административная жалоба (Beschwerde) или жалоба (Klage) в порядке спорного административного производства (Verwaltungsstreitverfahren).

Жалоба административная не может иметь места в тех случаях, где допускается спорное административное производство, за исключением особо в законе указанных случаев.

Во всяком случае остается в силе право учреждений государственного надзора в пределах их компетенции отменять постановления и распоряжения подчиненных им учреждений или снабжать их указаниями.

§ 51.

Там, где законы для принесения административной жалобы на постановления Уездного (Городского) Комитета, Окружного Комитета или Провинциального Совета, либо жалобы или ходатайства (Antrag) об устном разбирательстве в порядке административно-спорного производства установляют иной срок, нежели

двухнедельный, там на будущее время срок этот считается двухнедельным и т.д.

§ 52.

Сроки для принесения административной жалобы и жалобы или ходатайства об устном разбирательстве в порядке административно-спорного производства, а также все сроки в административно-спорном процессе, суть сроки преклузивные и начинают свое течение, поскольку закон не постановляет иного, с момента объявления обжалуемого постановления. Исчисление сроков определяется правилами гражданских процессуальных законов.

Учреждение, в которое обратился жалобщик, может восстановить срок, если он пропущен не по вине жалобщика.

Восстановление срока в административно-спорном процессе определяется специальными правилами административно-спорного процесса (§ 112).

§ 53.

Принесение административной жалобы, а также жалобы или ходатайства об устном разбирательстве в порядке административно-спорного производства имеет приостанавливающее действие, за исключением установленных в законе изъятий. Постановления (Verfügungen, Bescheide und Beschlüsse), хотя бы они и оспорены были посредством жалобы административной, жалобы или ходатайства об устном разбирательстве в порядке административно-спорного процесса, могут быть приведены в исполнение, если, по мнению учреждения, от которого исходит это постановление, исполнение не может быть отсрочено без вреда для общежития с сохранением, однако, изъятия, установленного в 3 абзаце § 133 настоящего закона.

§ 54.

Производство в Уездном (Городском) и Окружном Комитетах в делах общего местного управления является либо производством административно-спорным, либо административным.

Административно-спорное производство возникает во всех делах, где законы говорят о решении в спорных административных делах или о рассмотрении дела в порядке спорного производства, или путем окончательного решения или о жалобе в порядке спорного производства (Klage) в Уездном Комитете, Окружном Комитете или в Административном Суде и повсюду, где такое производство предписано законом.

В прочих делах производство Уездного (Городского) и Окружного Комитетов есть производство административное.

Производство Высшего Административного Суда есть производство исключительно административно-спорное; производство Провинциального Совета — производство административное.

§ 55.

Председатель Уездного (Городского) и Окружного Комитетов, а также Провинциального Совета созывает коллегию, руководит и надзирает за ходом дел и заботится об их скорейшем рассмотрении. Он подготовляет постановления и заботится об их исполнении. Он представляет учреждение вовне, сносится его именем с другими учреждениями и частными лицами, ведет переписку и подписывает акты именем учреждения.

§ 56.

Насколько ход дел и процесс Уездного (Городского) и Окружного Комитетов и Провинциального Совета не определены нижеследующими или особыми законами, они определяются инструкциями Министра Внутренних Дел.

§ 57.

Местная подведомственность для административного и административно-судебного производства определяется следующими правилами:

компетентным в первой инстанции является:

1) в делах, относящихся к земельным участкам, — учреждение того места, где находятся эти участки;

2) во всех прочих случаях — учреждение того округа (уезд, округ, провинция), где живет лицо, или находится корпорация или публичное учреждение, против которых заявлено притязание в порядке административно-судебного процесса или к делу которых относится оспариваемое постановление. Если корпорация или публичное учреждение находится вне его пространственного округа, то компетентно то учреждение, которому подведомствен этот округ.

§ 58.

Если земельные участки находятся в нескольких округах или если сомнительно, какому округу они принадлежат, то компетентное учреждение окончательно определяется:

1) для административно-спорного производства Окружным Комитетом, а если земельные участки находятся в различных уездах, то Высшим Административным Судом;

2) для административного производства Регирунгспрезидентом, Обер-президентом или Министром Внутренних Дел в зависимости от того, входят ли эти округа в один и тот же округ, в одну и ту же провинцию или в различные округа, или в различные провинции.

То же самое имеет место, если лица или корпорации, дела которых подлежат разрешению или административному рассмотрению, живут или находятся в различных округах.

§ 59.

Если в деле, подлежащем компетенции Уездного (Городского) Комитета, заинтересована соответствующая уездная корпорация (городская община), как таковая, то разрешение дела или его административное рассмотрение поручается другому Уездному или Городскому Комитету:

1) для административно-спорного производства Регирунгспрезидентом, а если заинтересован городской округ, то Высшим Административным Судом;

2) для административного производства — Регирунгспрезидентом.

§ 60.

Исполнение в производстве административно-спорном и административном совершается в административно-понудительном порядке. Об исполнении именем учреждения, которое в первой инстанции постановило решение или сделало постановление, делает распоряжение председатель. Жалобы на распоряжения председателя разрешаются учреждением, в котором он председательствует. Решение учреждения может быть обжаловано в двухнедельный срок в ближайшее высшее в порядке инстанций учреждение.

Решение последнего окончательно.

II Отдел
Административно-спорное производство

1. *Об устранении и отводе судей*

§ 61.

Правила гражданских процессуальных законов об устранении и отводе судей находят себе соответствующее применение и в административно-спорном процессе.

Должностная деятельность Ландрата или Регирунгспрезидента в пределах его компетенции не может служить основанием к его отводу вследствие подозрения в пристрастии.

§ 62.

Заявление об отводе разрешается судом, в состав которого входит отводимый, а если отводится председатель Уездного (Городского) или Окружного Комитетов, то непосредственно высшим судом.

Определение, которым уважен отвод, считается окончательным. Если же заявление об отводе признано неосновательным, то заявившему о нем предоставляется право жалобы в двухнедельный срок в ближайший высший в порядке инстанций суд. Решение последнего окончательно. Рассмотрение заявления об отводе происходит в непубличном заседании.

Ближайший высший в порядке инстанций суд также окончательно определяет компетентный суд, если тот суд, член которого устранен или отведен, становится, вследствие вызванной его уходом незаконности состава, неспособным постановить решение.

2. *О порядке производства в первой инстанции*

§ 63.

Жалоба в порядке административно-спорного производства (Klage) подается в компетентный суд письменно. Жалоба, заявленная в Уездный Комитет, может быть изложена в протоколе. В жалобе должно содержаться определенное требование и должны быть указаны лицо ответчика, предмет притязания, а также факты, обосновывающие требование.

§ 64.

Если тотчас же обнаружится, что заявленное требование юридически недопустимо или необоснованно, то жалоба может быть без дальнейшего отклонена путем мотивированного приказа (Rescheid).

Если, напротив того, требование окажется юридически обоснованным, то посредством мотивированного приказа на ответчика может быть без дальнейшего возложена обязанность удовлетворить жалобщика.

Такой приказ может быть издан именем Уездного Комитета его председателем, именем Окружного Комитета — его председателем по соглашению с членами по назначению.

В приказе должно быть объяснено, что стороны имеют право в двухнедельный со дня объявления им приказа срок либо потребовать устного разбирательства, либо воспользоваться тем средством обжалования, которое было бы допустимо, если бы приказ издан был как решение коллегии.

Если будет заявлено требование об устном разбирательстве, то требование это должно быть прежде всего удовлетворено.

Если один из участвующих заявил требование об устном разборе, другой воспользовался средством обжалования, то удовлетворению подлежит лишь первое требование.

Если не воспоследовало ни заявления об устном разбирательстве, ни обжалования, то приказ имеет силу окончательного решения.

§ 65.

Если приказ согласно § 64 не издан, то жалоба сообщается ответчику с требованием представить письменный ответ к назначенному сроку, определяемому в пределах от одной до четырех недель. Если дело производится в Уездном Комитете, то ответ может быть занесен в протокол.

Назначенный срок может быть продолжен в делах неспешных не далее, как на две недели. Объяснение ответчика сообщается жалобщику.

§ 66.

К письменным объяснениям должны быть приложены в оригинале или в копии те документы, на которые в них сделана ссылка как на доказательство. К письменным объяснениям и приложениям должны быть представлены копии.

В случае необходимости суд вместо представления копий может допустить, чтобы стороны могли рассматривать подлинные документы в канцелярии.

§ 67.

Если ни со стороны жалобщика, ни со стороны ответчика не было потребовано назначения устного разбирательства, то суд может и без такого производства на основании одного только письменного объяснения сторон постановить свое решение в форме мотивированного приказа. При этом применяются постановления абзацев от 4 до 7 § 64.

§ 68.

Если же, напротив того, хотя бы одна из сторон потребовала назначения устного разбирательства, если бы сам суд нашел его необходимым, то стороны приглашаются в заседание с предупреждением, что, при неявке их, дело будет разрешено на основании имеющегося в деле материала.

Для выяснения обстоятельств дела суд может потребовать явки сторон.

Стороны могут представить со дня заседания свои письменные объяснения или дополнения к ним и без требования суда. Копия такого объяснения сообщается противной стороне. Если это не может быть сделано до дня заседания, то сущность поданного объяснения излагается в заседании.

§ 69.

Если законы для возбуждения административно-спорного производства вместо жалобы (Klage) допускают заявление о назначении устного производства в административно-спорном порядке, то, по подаче такого заявления, стороны без дальнейшего приглашаются в заседание.

Заявление должно содержать в себе все, что по § 63 требуется от жалобы (Klageantrag), поскольку это не содержится уже в актах предварительного производства учреждения.

§ 70.

Суд вправе по собственной инициативе сделать распоряжение о привлечении третьих лиц, интересы коих затрагиваются имеющим быть постановленным решением. В этом случае решение имеет силу и в отношении привлеченных лиц.

§ 71.

При устном разбирательстве должны быть выслушаны стороны или их снабженные доверенностями представители.

Они могут дополнять или исправлять свои фактические или юридические соображения, или изменять свои требования, поскольку этим изменением, по мнению суда, не суживается право защиты противной стороны или не вызывается значительное замедление производства. Они ссылаются на доказательства, поскольку не сделали этого раньше, и представляют имеющиеся у них письменные документы; они могут также приводить свидетелей для допроса.

Председатель суда действует в том направлении, чтобы обстоятельства дела были вполне выяснены и чтобы полезные для дела ходатайства были заявлены сторонами.

Он может предоставить члену суда задавать вопросы.

Вопрос должен быть поставлен, если суд найдет это нужным.

§ 72.

Устное разбирательство происходит в публичном заседании суда.

Гласность может быть устранена посредством публично объяв-

ленного постановления, если суд найдет это необходимым по соображениям публичного блага или нравственности.

Председатель может удалить из зала заседания каждое постороннее лицо, которое выражает знаки одобрения или неодобрения или иным образом нарушает порядок.

Стороны, свидетели, эксперты, которые не повинуются распоряжениям председателя о соблюдении порядка, могут быть удалены из зала заседания по постановлению суда. Против участвующих в деле лиц производство так же продолжается, как если бы они удалились добровольно.

§ 73.

Стороны не стеснены в выборе своих поверенных.

Суд может не допустить таких поверенных, которые, не будучи присяжными поверенными, занимаются представительством на суде, как профессией. Определение это не подлежит обжалованию.

Представители общин, если они легитимированы как таковые, не нуждаются для представительства общины на суде в особой доверенности.

§ 74.

Если на каком-либо публичном учреждении, как стороне, лежит защита публичных интересов, то, по представлению его, может быть назначен комиссар для представительства этого учреждения в устном разбирательстве в Окружном Комитете Регирунгспрезидентом, а для устного разбирательства в Высшем Административном Суде — подлежащим министром.

Регирунгспрезидент или подлежащий министр могут в необходимых случаях и без представления стороны назначить особого комиссара для защиты публичных интересов в устном разбирательстве. До постановления решения должны быть выслушаны объяснения и ходатайства комиссара; но права обжалования ему не принадлежат.

Если закон не обозначает того учреждения, которое должно принять на себя роль жалобщика (Kläger) или ответчика, то комиссара для защиты публичных интересов назначает председатель Уездного (Городского) или Окружного Комитета и подлежащий министр.

§ 75.

Устное разбирательство происходит при участии присяжного

протоколиста. Протокол должен заключать в себе существенные происшествия разбирательства. Он подписывается председателем и протоколистом.

§ 76.

Суд вправе, в случае необходимости, даже до назначения устного разбирательства, производить исследования на месте, вызвать свидетелей и экспертов и приводить их к присяге и проверять доказательства, как приведенные сторонами, так и те, которые он сам сочтет необходимыми.

§ 77.

Проверку доказательств суд может возложить на одного из своих членов или в случае необходимости просить об этом другое учреждение. Он может распорядиться о том, чтобы проверка доказательств произведена была в заседании суда.

Протокол заседания по проверке доказательств составляется лицом, приведенным к присяге или давшим заменяющее ее обещание. Стороны должны быть вызваны.

§ 78.

В отношении обязанности последовать вызову в качестве свидетеля или эксперта, а также в отношении взысканий за неповиновение применяются постановления гражданских процессуальных законов с тем, чтобы денежный штраф за неповиновение не превышал пятидесяти марок.

На определение о наложении на свидетеля или эксперта взыскания или об освобождении его заинтересованным принадлежит право жалобы в двухнедельный срок в ближайший высший в порядке инстанций суд, а на определение Окружного Комитета, как второй инстанции, — в Высший Административный Суд.

§ 79.

Суд постановляет решение по свободному своему убеждению, основанному на всей совокупности прений и доказательств. При неявке какой-либо стороны или при отсутствии объяснения ее факты, на которые ссылается противная сторона, могут считаться признанными. Решение относится только к лицам, привлеченным к спорному производству и к заявленным ими притязаниям.

§ 80.

Решение может быть постановлено и без предварительного

устного разбирательства, если обе стороны заявили об отказе от него.

§ 81.

Решение объявляется в публичном заседании суда. Снабженное мотивами решение в окончательной форме доставляется сторонам, а если для защиты публичных интересов назначен был комиссар (§ 74, Abs. 2), то одновременно решение доставляется и ему. Если решение не было объявлено в публичном заседании, то достаточно его доставки.

3. О производстве в высших инстанциях и о возобновлении производства

§ 82.

На решения в спорных административных делах Уездных Комитетов и на приказы, изданные в случаях, означенных в § 64 и 67, сторонам и по соображениям публичного интереса председателю Уездного Комитета принадлежит право апелляции в Окружной Комитет, поскольку решения эти на основании особых постановлений закона не являются окончательными или не подлежат иному порядку обжалования.

Если председатель Уездного Комитета желает апеллировать на его решение, то он должен объявить об этом тотчас же. Объявление решения в таком случае откладывается не далее, однако, трех дней. Объявлению решения предшествует сообщение, что оно будет обжаловано в публичном интересе. Если решение объявлено без такого сообщения, то апелляция в публичном интересе не имеет места. Основания обжалования сообщаются сторонам для представления письменного объяснения в срок, означенный в § 86. По истечении этого срока дело представляется в Окружной Комитет, о чем объявляется сторонам.

§ 83.

На решения в спорных административных делах Окружных Комитетов, постановленные в первой инстанции, и на приказы, изданные в случаях, означенных в § 64 и 67, сторонам и, по соображениям публичного интереса, председателю Окружного Комитета принадлежит право обжалования в Высший Административный Суд, поскольку решения эти, на основании особых постановлений закона, не являются окончательными или не подлежат особому порядку обжалования.

Право обжалования осуществляется председателем в формах, предписанных во 2 абзаце § 82.

§ 84.

Защита поданной по соображениям публичного интереса председателем Уездного или Окружного Комитетов жалобы возлагается на комиссара, назначаемого для Окружного Комитета Регирунгспрезидентом, а для Высшего Административного Суда подлежащим министром.

§ 85.

Срок на подачу жалобы определяется в две недели с соблюдением постановлений, изложенных во 2 абзаце § 82, во 2 абзаце § 83 и в § 157 настоящего закона.

§ 86.

В пределах означенного в § 85 срока апелляция должна быть заявлена и подана в тот суд, решение которого подлежит обжалованию, с потерей в противном случае права на обжалование.

Суд рассматривает, подана ли жалоба в срок. В последнем случае апелляционная жалоба и приложения ее сообщаются противной стороне для представления ее письменного объяснения в назначаемый для этого срок от одной до четырех недель.

В делах неспешных срок для изложения жалобы и объяснения против нее может быть продолжен по общему правилу не далее как на две недели.

Если срок пропущен, то жалоба должна быть без дальнейшего отклонена мотивированным приказом.

Издание такого приказа принадлежит также от имени Уездного Комитета его председателю, от имени Окружного Комитета председателю по соглашению с членами по назначению. В приказе должно быть объяснено апеллятору, что ему принадлежит право обжаловать этот приказ в апелляционный суд в двухнедельный срок со дня доставки его, в противном случае приказ останется в силе.

§ 87.

Тот, против кого апелляционная жалоба подана, может присоединиться к обжалованию, хотя бы срок для подачи им апелляционной жалобы прошел.

§ 88.

По истечении срока дело представляется в апелляционный

суд. Об этом извещаются стороны, которым сообщаются копии представленных объяснений.

§ 89.

В отношении апелляции, поданной одной из сторон, находит себе соответствующее применение правило § 67 и в апелляционном суде с тем, что против приказа допускается лишь ходатайство об устном разбирательстве.

Изменение обжалованного решения возможно лишь после назначения устного разбирательства.

§ 90.

Стороны вызываются в заседание с предупреждением, что в случае их неявки дело будет рассмотрено на основании имеющегося в деле материала. На тех же основаниях вызывается комиссар, назначенный для защиты апелляции, поданной в публичном интересе.

Для разъяснения дела суд может потребовать личной явки стороны.

§ 91.

Если апелляция подана председателем Уездного или Окружного Комитета по основаниям публичного интереса, то суд разрешает прежде всего предварительный вопрос о том, затронут ли в данном деле публичный интерес. В случае разрешения этого вопроса в отрицательном смысле суд отклоняет жалобу, как не дозволенную, не входя в обсуждение существа дела.

§ 92.

§ 66, 70, 71 — за исключением постановления об изменении жалобы — § 72 до 81 применяются также и в производстве в апелляционной инстанции.

Доставка решения совершается при посредстве суда, решение которого обжаловано.

§ 93.

На решения Окружных Комитетов, постановления во второй инстанции, сторонам принадлежит право обжалования в ревизионном порядке в Высший Административный Суд, поскольку решения эти, на основании особых постановлений закона, не являются окончательными или не подлежат особому порядку обжалования.

Поскольку обжалование в ревизионном порядке допускается

вообще, право на него принадлежит и председателю Окружного Комитета по соображениям публичного интереса.

§ 94.

Обжалование в ревизионном порядке может опираться лишь на то, что:

1) обжалованное решение основано на неприменении или на неправильном применении действующего права, в особенности распоряжений, изданных учреждениями в пределах их компетенции;

2) что порядок производства дела заключает в себе существенные нарушения.

§ 95.

Постановления § 66, 71 — за исключением постановления об изменении жалобы, — а также § 72—75, 80, 81, 2 абзац § 82—91 применяются и в отношении срока заявления и подачи жалобы в ревизионном порядке, а также порядка производства в ревизионной инстанции.

Заявление о жалобе и сама жалоба в ревизионном порядке подаются в тот суд, который разрешил дело в первой инстанции.

§ 96.

В жалобе, подаваемой в ревизионном порядке, должно быть указано, в чем заключаются усматриваемые жалобщиком неприменение или неправильное применение действующего права, или нарушение порядка производства дела.

§ 97.

Высший Административный Суд при решении дела не связан теми основаниями, которые приведены в подкрепление заявленных требований.

§ 98.

Если Высший Административный Суд считает жалобу, поданную в ревизионном порядке, обоснованной, то он отменяет обжалованное решение и постановляет новое, если дело готово для разрешения.

Решения Высшего Административного Суда объявляется через тот суд, который постановил решение в первой инстанции.

§ 99.

Если дело для решения не готово, то Высший Администра-

тивный Суд передает его в другую, смотря по положению дела, инстанцию и предписывает либо новое производство дела, либо же дополнение его, если считает, что при прежнем производстве допущены существенные нарушения.

§ 100.

Против окончательных, вошедших в законную силу решений, постановленных в порядке административно-спорного производства, просьбы о возобновлении производства допускаются при тех же условиях, в том же объеме и в те же сроки, как допускается по гражданским процессуальным законам просьба о кассации или реституции. Компетентным является исключительно Высший Административный Суд. Если Высший Административный Суд найдет просьбу обоснованной, то он отменяет оспариваемое решение, передает дело в инстанцию, соответствующую положению дела для постановления нового решения или же для нового производства или дополнения его, если прежнее производство дела содержало в себе нарушения, указанные как повод к возобновлению его.

§ 101.

Суд, в который передано дело в случаях, предусмотренных § 99, 100, должен в дальнейшем производстве и при постановке нового решения подчиниться началам (Grundsätze), установленным Высшим Административным Судом в определении об отмене прежнего решения, а также в случаях, обозначенных в § 100, установлению фактических обстоятельств, положенному в основание определения об отмене.

4. Об издержках административно-спорного производства

§ 102.

Административно-спорное производство освобождается от штемпельного сбора.

§ 103.

На проигравшую дело сторону падают издержки и расходы производства, а также необходимые расходы стороны, выигравшей дело. В вознаграждение поверенного противной стороны, сторона, проигравшая дело, обязана уплатить лишь столько, сколь-ко полагается за защиту в устном производстве перед Окружным Комитетом или Высшим Административным Судом. На возмещение расходов по личному участию в устном производстве в Окружном Комитете или Высшем Административном Суде сто-

рона, выигравшая дело, имеет право лишь в размере того вознаграждения, которое полагалось бы заступающему ее присяжному поверенному, разве если бы суд обязал сторону к личной явке.

В решении должна быть обозначена цена спорного предмета.

Вознаграждение присяжных поверенных определяется по правилам, установленным для общих судебных мест.

§ 104.

Издержки и расходы падают на сторону, выигравшую дело, поскольку они возникли по ее собственной вине.

§ 105.

Определение об издержках (§ 103, 104) может быть обжаловано в апелляционном или ревизионном порядке лишь вместе с обжалованием решения по главному делу.

§ 106.

В возмещение издержек взыскивается круглая сумма, которая в Уездном и Окружном Комитетах не должна превышать шестидесяти, а в Высшем Административном Суде ста пятидесяти марок. Вознаграждение свидетелей и экспертов определяется правилами гражданского процесса, а для исчисления вышеуказанной круглой суммы издержек Министрами Финансов и Внутренних Дел может быть установлен тариф.

§ 107.

Круглая сумма издержек не взимается:

1) когда проигравшею дело стороною является публичное учреждение, если предметом обжалованного распоряжения или определения ее не была охрана хозяйственных интересов представляемого этим учреждением коммунального союза; наличные расходы производства и расходы стороны, выигравшей дело, падают на того, кто по закону несет расходы по содержанию учреждения;

2) когда решение постановлено без предварительного устного разбирательства;

3) в Уездном Комитете в случаях, означенных в § 60—62 закона 8 марта 1871 г. относительно приведения в исполнение союзного закона о помощи впавшим в бедность (über den Unterstützungswohnsitz, Собр. зак., стр. 130);

4) в Окружном Комитете и в Высшем Административном

Суде, когда апелляционная или ревизионная жалоба принесена председателем Уездного или Окружного Комитетов;

5) в делах, касающихся управления общественным призрением, с лиц, за исключением общин, за которыми признана по имперским или местным законам свобода от сборов в спорных гражданских делах.

§ 108.

Количество издержек и наличных расходов производства определяется тем судом, которому подсудно дело.

Расходы стороны, выигравшей дело, подлежащие возмещению стороной проигравшей, определяются за все инстанции тем судом, которому дело подсудно в первой инстанции.

На определение о количестве расходов, постановленное Уездным Комитетом, приносится жалоба в двухнедельный срок в Окружной Комитет; на такие же определения Окружного Комитета, постановленные им в первой инстанции, жалоба в тот же срок подается в Высший Административный Суд.

§ 109.

В случае удостоверенной бедности проигравшая дело сторона может, согласно постановлениям § 30 закона о порядке приведения в исполнение германского закона о судебных издерж-ках от 10 марта 1879 г. (собр. зак., стр. 145) или по другому особенному поводу, быть освобождена совершенно или частью от судебных издержек, или же уплата их может быть ей отсрочена. На определение об отклонении такого ходатайства, постановленное Уездным Комитетом, может быть принесена в двухнедельный срок жалоба в Окружной Комитет; на такие же определения Окружного Комитета жалоба в двухнедельный срок подается в Высший Административный Суд.

5. Заключительные постановления об административно-спорном производстве

§ 110.

Жалобы по предмету руководства производством в Уездном и Окружном Комитетах окончательно разрешаются ближайшим высшим в порядке инстанций судом.

§ 111.

Все жалобы представляются, в установленные сроки, в суд, против решения которого они направлены.

В случае пропуска срока суд поступает согласно постановлению, изложенному в последнем абзаце § 86.

Суд, разрешающий жалобу, руководствуется § 64; но вместо ходатайства о назначении устного разбирательства или обжалования должна быть заявлена просьба о постановке судом решения.

Если, вопреки постановлению первого абзаца, жалоба в указанный законом срок подана будет в суд, компетентный для ее разрешения, то срок считается соблюденным. Жалоба в таких случаях передается для дальнейшего направления в тот суд, на определение которого приносится жалоба.

§ 112.

О восстановлении срока может ходатайствовать тот, кому стихийные бедствия или иные неотвратимые случайности воспрепятствовали соблюсти сроки, установленные настоящим или другими законами для предъявления жалобы или ходатайства об устном разбирательстве в порядке административно-спорного производства. Неотвратимым случаем должно быть признано незнание ходатайствующим о восстановлении срока без его вины о посланном ему объявлении. Ходатайство это разрешается судом, компетентным постановить решение о пропущенном действии. Пропущенное действие должно быть наверстано в двухнедельный срок с приведением фактов и доказательств, подкрепляющих ходатайство о восстановлении срока; срок этот начинается по истечении дня, в который препятствие было устранено. По истечении года со дня окончания срока наверстание пропущенного действия или ходатайство о восстановлении срока не могут иметь больше места. Расходы по рассмотрению просьбы о восстановлении срока падают во всяком случае на возбудившего ходатайство.

§ 113.

Центральные и провинциальные административные учреждения вправе возбуждать пререкания о подведомственности и по делам, подлежащим рассмотрению в порядке административно-спорного производства.

Возбуждение пререкания о подведомственности на основании утверждения, что рассматриваемое в порядке административно-спорного производства дело подведомственно другому административному учреждению, не может иметь места.

Учреждения, признанные решать дела в порядке административно-спорного производства, должны сами соблюдать свою компетенцию.

Если в первой инстанции сторона заявит отвод о неподсудности, то он может быть разрешен прежде всего.

Если в одном и том же деле признали себя компетентными учреждение, в которое оно поступило для разрешения в порядке административно-спорного производства, и другое административное учреждение, то спор о компетенции разрешается высшим административным судом по рассмотрении письменных объяснений спорящих о компетенции учреждений и по выслушании сторон в заседании. То же самое имеет место, когда оба учреждения признают себя в одном и том же деле некомпетентными. В том и другом случае ни круглая сумма издержек, ни наличные расходы не взимаются. Так же точно не возмещаются издержки сторонам.

§ 114.

Решения по преюдициальным вопросам, подсудным Высшему Административному Суду согласно § 11 закона о введении в действие учреждения судебных постановлений от 27 января 1877 г. (листок имп. зак., § 77), постановляются в порядке, определенном последним абзацем § 13 этого закона, относительно которого в остальном находят себе применение правила административно-спорного производства.

Четвертая глава
ОБЖАЛОВАНИЕ ПОЛИЦЕЙСКИХ РАСПОРЯЖЕНИЙ

§ 127.

На распоряжения местных и уездных полицейских учреждений административные жалобы, поскольку закон не постановляет иного, приносятся:

a) на распоряжения (Verfügungen) местных полицейских учреждений в селениях или во входящих в уезд городах, число жителей которых не превышает 10 000, — Ландрату, а на его определения — Регирунгспрезиденту;

b) на распоряжения местных полицейских учреждений города, составляющего самостоятельный уезд, за исключением Берлина, или города, входящего в состав уезда, но имеющего более 10 000 жителей, или Ландрата — Регирунгспрезиденту и на его приказы — Обер-президенту;

c) на местные полицейские распоряжения в Берлине — Обер-президенту.

На определения (Bescheid) Регирунгспрезидента или Обер-президента, постановленные в последней инстанции, жалоба

подается в Высший Административный Суд. Жалоба в Высший Административный Суд может опираться лишь на то, что:

1) обжалованным определением, благодаря неприменению или неправильному применению действующего права и в особенности изданных учреждениями, в пределах их компетенции, распоряжений, нарушены права жалобщика;

2) не существует тех фактических условий, которые давали бы право полицейскому учреждению издать распоряжение.

Проверка закономерности обжалованных полицейских распоряжений распространяется и на те случаи, в которых до сих пор в силу § 2 закона 11 мая 1842 г. (Собр. зак., § 192) допускался общий судебный порядок.

Решение окончательно, но не касается частно-гражданских отношений.

§ 128.

Вместо жалобы административной во всех случаях, означенных в § 127, может быть подана жалоба в административно-спорном порядке:

a) на распоряжение местных полицейских учреждений в селениях или во входящем в уезд городе, число жителей которого не превышает 10 000, — в Окружной Комитет;

b) на распоряжения Ландрата или местных полицейских учреждений города, образующего самостоятельный уезд, с населением более 10 000 жителей — в Окружной Комитет.

Жалоба в Окружной Комитет может опираться на те же утверждения, что и жалоба в Высший Административный Суд (§ 127 абзацы 3 и 4).

§ 129.

Административная жалоба в случае, означенном в § 127, абзац 1, и жалоба в административно-спорном порядке, предусмотренная § 128, подаются в то учреждение, на распоряжение которого они приносятся.

Учреждение, куда жалоба подана, пересылает ее в то учреждение, которое признано постановить определение или решение. Жалобщик поставляется об этом в известность.

Жалоба в административном порядке, а также жалоба в административно-спорном порядке на полицейские распоряжения и на определения, постановленные по жалобам, поданным в административном порядке, приносятся в двухнедельный срок.

Жалоба в административном порядке исключает принесение ее в порядке административно-спорном. Если в жалобе не обозначено, что она подается в порядке административно-спорном, или

если в ней прямо не выражено требование о разрешении дела в порядке административно-спорном, то она считается поданной в порядке административном. При одновременном поступлении обоего рода жалоб ход дается жалобе в административном порядке. Неподлежащая принятию жалоба возвращается учреждением, означенным в 1-м абзаце. На определение о возвращении жалоба приносится в двухнедельный срок в учреждение, признанное разрешить жалобу, поданную в административно-спорном порядке.

Если, вопреки постановлению первого абзаца, жалоба в том или другом порядке будет в законом установленный срок принесена в то учреждение, которому подведомственно определение по ней или решение, то срок считается соблюденным. Жалоба, поданная в том или другом порядке, пересылается в таких случаях для дальнейшего направления в то учреждение, на постановление которого она принесена.

§ 130.

На полицейские распоряжения Регирунгспрезидента жалоба в административном порядке приносится в двухнедельный срок Обер-президенту, а на определения Обер-президента по принесенной ему жалобе, в тот же срок, приносится жалоба в административно-спорном порядке в Высший Административный Суд согласно постановлениям 3-го и 4-го абзацев § 127.

На высылку лиц, которые не являются подданными Германской Империи, жалоба не может быть принесена.

§ 131.

§ 6 закона 11 мая 1842 г. (Собр. зак., стр. 192) применяется и в тех случаях, когда полицейское распоряжение отменено было вошедшим в законную силу решением, постановленным в порядке административно-спорного производства.

Пятая глава
ПРАВО ПРИНУЖДЕНИЯ

§ 132.

Президенту Окружного Управления (Регирунгспрезиденту), Ландрату, местному полицейскому учреждению и общинному старшине (управе) предоставляется добиваться исполнения изданных ими, в осуществление их власти и на основании их законных полномочий, распоряжений путем применения следующих принудительных мер:

1) учреждение исполняет, насколько это возможно, подлежащее исполнению действие через третье лицо и взыскивает принудительным порядком с обязанного предварительно определяемую сумму издержек;

2) если подлежащее исполнению действие не может быть выполнено через третье лицо или если установлено, что обязанный не в состоянии нести издержки, возникающие из исполнения через третье лицо, или если нужно принудить к несовершению чего-либо, то учреждения вправе установить и назначить денежный штраф:

a) общинный старшина — до пяти марок;

b) местные полицейские учреждения и городские головы (управы) в уездах — до шестидесяти марок;

c) Ландраты, а также полицейские учреждения и общинные старшины (управы) в городах, образующих самостоятельные уезды, до ста пятидесяти марок;

d) Президент Окружного Управления (Регирунгспрезидент) — до трехсот марок.

Одновременно должен быть, согласно § 28, 29 уголовного уложения для Германской Империи, определен срок ареста, которому подвергается лицо, если оно не в состоянии уплатить денежный штраф. Крайний срок ареста составляет:

в случае a ..... один день
—"— b ..... одна неделя
—"— c ..... две недели
—"— d ..... четыре недели.

Исполнению через третье лицо (№ 1), а также наложению штрафа (№ 2) должно предшествовать письменное предупреждение; если необходимо побудить к действию, то в предупреждении обозначается срок, в пределах которого действие должно быть исполнено;

3) непосредственное принуждение применяется тогда лишь, когда распоряжение не может быть без него исполнено.

§ 133.

Установление меры принуждения подлежит тому же порядку обжалования, как и распоряжения, об исполнении которых идет речь. Обжалование распространяется вместе с тем и на эти распоряжения, если они не сделались уже предметом жалобы в административном или административно-спорном порядке.

Наложение и приведение в исполнение меры принуждения подлежит во всех случаях обжалованию лишь в порядке надзора в двухнедельный срок.

Арест, установленный № 2 § 132 вместо денежного штрафа, не может быть приведен в исполнение ранее окончательного постановления или вошедшего в законную силу решения, состоявшихся вследствие поданной жалобы или до истечения срока, назначенного для принесения жалобы.

II. ЗАКОН ОБ УСТРОЙСТВЕ АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДОВ И ОБ АДМИНИСТРАТИВНО-СПОРНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ от 3 июля 1875/2 августа 1880 года

Четвертая глава
О ВЫСШЕМ АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДЕ

§ 17.

Высший Административный Суд состоит из президента, президентов Сенатов (§ 26) и необходимого числа членов. Половина членов Высшего Административного Суда должна отвечать условиям, требуемым для занятия судейских, другая половина — высших административных должностей.

Членами Высшего Административного Суда могут быть назначаемы только лица, достигшие 30-летнего возраста.

§ 18.

Члены Высшего Административного Суда назначаются королем по представлению (Vorschlag) Совета министров (Staatsministerium). Назначение имеет пожизненный характер.

§ 19.

Члены Высшего Административного Суда могут занимать другую платную должность лишь в тех случаях, когда закон дозволяет поручение такой должности согласно штатам назначенному судье.

§ 20.

Члены Высшего Административного Суда не подлежат никакому дисциплинарному производству, за исключением случаев, означенных в § 21 и следующих.

Член Высшего Административного Суда, присужденный вошедшим в законную силу приговором к наказанию за обеспечивающее деяние или к лишению свободы на срок более одного года, может быть лишен своей должности и содержания по определению общего собрания Высшего Административного Суда.

§ 22.

Член Высшего Административного Суда, преданный за преступление или проступок суду, может быть по определению общего собрания Высшего Административного Суда временно устранен от должности.

Если член Высшего Административного Суда будет подвергнут предварительному заключению, то временное устранение от должности на срок заключения наступает в силу самого закона.

Временное устранение от должности не лишает права пользоваться содержанием.

§ 23.

Если вследствие телесного повреждения или слабости физических или духовных сил член Высшего Административного Суда станет на продолжительное время неспособным исполнять свои обязанности по должности, то он увольняется от службы (Versetzung in den Ruhestand) с предоставлением ему пенсии (Ruhegehalt).

§ 24.

Если прошения об увольнении от службы не поступит, хотя условия такого увольнения имеются налицо, то президент требует этого, назначив срок, в течение которого прошение должно быть подано. Если требование президента не будет исполнено, то об увольнении в отставку постановляет общее собрание Высшего Административного Суда.

§ 25.

В производстве, возбуждаемом на основании § 21, 1 абзаца § 22 и § 24, соблюдаются следующие правила:

1. Президент назначает комиссара, который исследует факты, обосновывающие производство, поверяет, если нужно, доказательства с приглашением заинтересованного члена Высшего Административного Суда и представляет об этом доклад.

Доклад сообщается заинтересованному члену Высшего Административного Суда.

2. До постановления решения происходит устное разбирательство перед Высшим Административным Судом. В этом заседании могут быть допрошены свидетели и эксперты. Заинтересованный член Высшего Административного Суда или его куратор должны быть выслушаны.

3. Заинтересованный член суда может пользоваться помощью

(Beistand) или представительством присяжного поверенного, но Высший Административный Суд вправе потребовать личной явки члена Суда с предупреждением, что при неявке представитель его не будет допущен.

4. Производство против президента возбуждается его заместителем на основании определения общего собрания Высшего Административного Суда.

§ 26.

Высший Административный Суд может быть по постановлению Совета министров разделен на Сенаты (отделения).

В начале каждого года и по крайней мере на срок его президиум назначает для каждого Сената постоянных его членов и их заместителей.

Таким же способом, согласно изданному для этой цели наказу (Regulativ), распределяются между Сенатами дела.

Президиум состоит из президента, президентов Сенатов и старшего по службе или, при равенстве службы, по возрасту члена Высшего Административного Суда. Решения президиума постановляются по большинству голосов; при равенстве голосов голос президента дает перевес.

§ 27.

Президент председательствует в общем собрании и в том Сенате, в состав которого он войдет; в других Сенатах председательствует особый председатель Сената.

В случаях, препятствующих председателю исполнять его обязанности в общем собрании Высшего Административного Суда, председательствует тот президент Сената, а в Сенате тот член его, которые занимают названную должность наиболее долгий срок, а, при равенстве этого срока, старшие по возрасту.

§ 28.

Для действительности постановляемых Высшим Административным Судом решений необходимо участие по крайней мере пяти членов.

Число членов, имеющих решающий голос при постановлении определений, должно быть во всяком случае нечетным. Если присутствует четное число членов, то младший по времени назначения, а, при одновременности назначения, младший по возрасту не имеет голоса. Но докладчику право голоса принадлежит во всяком случае.

§ 29.

(Если по какому-либо вопросу права Сенат желает отступить от прежнего решения другого Сената или Общего Собрания, то рассмотрение и решение дела переносится в Общее Собрание).

Для постановления решения в Общем Собрании необходимо участие по крайней мере двух третей всех членов[1].

I.

[1] *§ 29 Закон 27 мая 1888 г. (Собр. зак., стр. 226) об изменении закона об устройстве административных судов и административно-спорном производстве 3 июля 1875 г./ 2 августа 1880 г. (Собр. зак. 1880 г., стр. 328).*

Ст. 1.

Первый абзац § 29 закона об устройстве административных судов и административно-спорном производстве от 3 июля 1875 г./ 2 августа 1880 г. заменяется следующими постановлениями:

Если Сенат Высшего Административного Суда по какому-либо вопросу права желает отступить от прежнего решения другого Сената или Общего Собрания, то спорный вопрос права разрешается в Общем Собрании Суда. Решение постановляется без предварительного устного разбирательства. Но до решения в Общем Собрании комиссарам, назначенным подлежащими министрами для защиты публичных интересов, должна быть предоставлена возможность высказаться письменно о подлежащем разрешению вопросе права.

Решение Общего Собрания по вопросу права обязательно для дела, подлежащего рассмотрению.

Если разрешение дела требует предварительного устного разбирательства, то решение постановляется компетентным Сенатом на основании нового устного разбирательства, к которому приглашаются стороны с сообщением им последовавшего по вопросу права решения.

Ст. 2.

Закон этот применяется ко всем делам, окончательно не решенным ко времени вступления его в действие.

II.

Закон о дисциплинарном производстве в Высшем Административном Суде 8 мая 1889 г. (Собр. зак., стр. 107).

§ 1.

Для разрешения формальных дисциплинарных следствий, направленных к удалению от должности, в тех случаях, когда разрешение это возлагается законом на Общее Собрание Высшего Административного Суда или на Высший Административный Суд, при нем образуется Дисциплинарный Сенат, состоящий из двух президентов и семи членов этого Суда. Председательствует в этом Сенате президент Суда, заме-

§ 30.

В остальном движение дел и распределение их между Сенатами определяется наказом, проектированным Общим Собранием Высшего Административного Суда и подлежащим утверждению Совета министров.

Назначение субалтернов и низших должностных лиц при

няет же его тот президент Сената, который занимает эту должность наиболее долгое время.

В остальном состав Дисциплинарного Сената образуется таким способом, что до восполнения законного числа его членов к постоянным членам первого Сената присоединяются президент Сената и члены Суда, старшие по времени занятия ими должности, при равенстве же срока службы, старшие по возрасту. При этом не идут в счет те, которые в отдельном случае не могут участвовать фактически или юридически.

Ведомство Дисциплинарного Сената распространяется также на производство о разрешении факта неспособности должностного лица нести службу.

Правила производства, установленные для отдельных Сенатов, применяются также и в Дисциплинарном Сенате.

Разрешение жалоб на наложение взысканий (Ordnungsstrafen) подлежит ведомству первого Сената Высшего Административного Суда.

В отношении членов Высшего Административного Суда сохраняют силу постановления § 21, 22 и 24 закона 3 июля 1875 г. / 2 августа 1880 г. об устройстве административных судов и административно-спорном производстве.

§ 2.

§ 1 этого закона применяется ко всем во время вступления его в действие не решенным еще делам.

III.

Закон 26 марта 1893 г. об изменении § 21—30 закона 3 июля 1875 г./ 2 августа 1880 г. об устройстве административных судов и административно-спорном производстве.

Ст. 1.

Сенат Высшего Административного Суда, постановляющий решения по делам о государственных налогах, может быть по постановлению Совета министров разделен на камеры.

Назначение членов и их заместителей в камеры, распределение дел между камерами и определение порядка производства дел в них совершаются согласно 2-му и 3-му абзацам § 26 и § 30 закона 3 июля 1875 г. /2 августа 1880 г.

Ст. 2.

Для постановления камерами действительных определений необходимо участие в них по крайней мере трех членов.

Высшем Административном Суде, поскольку оно наказом президенту не предоставлено, зависит от Совета Министров.

§ 30 a.

Дисциплинарная власть над состоящими при Высшем Административном Суде субалтернами и низшими должностными лицами осуществляется президентом, пользующимся правами, предоставленными министрам в отношении подчиненных им должностных лиц законом 21 июля 1852 г. о дисциплинарной ответственности должностных лиц не судейского звания. Возбужде-

---

Председатель Сената председательствует в той камере, в состав которой он входит; в других же камерах председательствует старший по службе, а, при равенстве служебного срока, старший по возрасту член.

Ст. 3.

Жалобы, в которых возбуждаются юридические вопросы принципиального значения, могут быть оставлены президентом Сената для разрешения их Сенатом, ведающим дела о налогах, или могут быть переданы этому Сенату для разрешения компетентными камерами.

Ст. 4.

Если какая-либо камера предполагает уклониться в юридическом вопросе от решения другой камеры, Сената или Общего Собрания, то она передает дело на разрешение Сената, ведающего дела о налогах.

Ст. 5.

Если будет образовано несколько Сенатов, ведающих дела о налогах, то правила ст. 1—4 одинаково применяются к каждому из них.

Если Сенат, ведающий дела о налогах, предполагает уклониться от решения такого же Сената или камеры, то необходимо решение соединенных присутствий всех Сенатов, ведающих дела о налогах.

Ст. 6.

В случаях, означенных в ст. 4 и во 2-м абзаце ст. 5, сенат или соединенное присутствие Сенатов, ведающих дела о налогах, сами разрешают дело.

Для постановки решения необходимо участие по крайней мере двух третей всех членов, если Сенат, ведающий дела о налогах, состоит более чем из семи членов или решение должно быть постановлено соединенным присутствием означенных Сенатов.

Ст. 7.

В остальном применяются правила § 28 упомянутого закона и § 29 его в редакции 27 мая 1888 г. с тем, что решение камер и соединенного присутствия Сенатов имеют силу решений Сената в смысле этого закона.

ние дисциплинарного производства об удалении от должности, назначение следственного комиссара и представителя обвинения лежит на президенте. Решение в первой и последней инстанции постановляет Высший Административный Суд.

Десятая глава
ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ И ПЕРЕХОДНЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ

§ 88.

Место члена Высшего Административного Суда не может быть на будущее время предоставляемо как побочная должность.

III. ЗАКОН О КОМПЕТЕНЦИИ АДМИНИСТРАТИВНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ И СУДОВ ПО АДМИНИСТРАТИВНЫМ ДЕЛАМ
1 августа 1883 г.
(Собрание законов, стр. 237)

Мы, Вильгельм, Божиею Милостью Король Пруссии и пр., повелеваем, с согласия обеих палат Ландтага, относительно компетенции административных учреждений и судов по административным делам, для всей территории Монархии, следующее.

Глава I
Дела провинций

§ 1.

На постановление Провинциального Комитета, изданное вследствие протеста (Reklamation), последовавшего со стороны уезда по поводу распределения провинциальных налогов, допускается жалоба в административно-спорном порядке в Высший Административный Суд в течение двух недель.

Последний абзац § 112 провинциального положения для провинций Восточной и Западной Пруссии, Бранденбурга, Померании, Силезии и Саксонии 29 июня 1875 г. (Собр. зак., 1881 г., стр. 233) отменяется.

Глава II
Дела уездов

§ 2.

В случаях изменения границ уездов и образования новых уез-

дов, а также при выделении больших городов из состава уезда Окружной Комитет постановляет о взаимных расчетах участвующих уездов, причем за последними сохраняется в отношении друг к другу право принесения в двухнедельный срок жалобы в административно-спорном порядке в Окружной Комитет.

§ 3.

На решение Окружного Комитета относительно привлечения или обложения уездными сборами допускается жалоба лишь в ревизионном порядке.

§ 4.

Второй абзац § 180 уездного положения для провинций Восточной и Западной Пруссии, Бранденбура, Померании, Силезии и Саксонии 13 декабря 1872 г. (Собр. зак., 1881 г., стр. 179) изменяется следующим образом:

На распоряжения Регирунгспрезидента уезду принадлежит право жалоб в административно-спорном порядке в двухнедельный срок в Высший Административный Суд.

Для осуществления этого права уезда Уездное Собрание может назначить особого представителя.

Г л а в а III
Дела волостных союзов (Amtsverbände)

§ 5.

Первый абзац § 55 с уездного положения для провинций Восточной и Западной Пруссии, Бранденбурга, Померании, Силезии и Саксонии 13 декабря 1872 г. (собр. зак., 1881 г., стр. 179) изменяется следующим образом:

Надзор государства за управлением делами волостных союзов, независимо от вышеприведенных постановлений, осуществляется в первой инстанции Ландратом, как председателем Уездного Комитета, а в высшей и последней инстанции Регирунгспрезидентом.

§ 6.

В пределах действия уездного положения для провинций Восточной и Западной Пруссии, Бранденбурга, Померании, Силезии и Саксонии 13 декабря 1872 г. (Собр. зак., 1881 г., стр. 179) поверка, окончательное утверждение и изменение границ волостей (Amtsbezirken) (§ 49 абзац 2 уездного положения), соединение сельских общин и вотчин (Gutsbezirke) в отношении

управления полицией с городом (§ 49 а, абзац 1 ук. пол.), а также и выделение первых из волостного округа (§ 49 а, абз. 3 указ. пол.) производится отныне Министром Внутренних Дел по соглашению с Окружным Комитетом, и по предварительном выслушании заинтересованных и уездного собрания.

Глава IV
Дела городских общин

§ 7.

Надзор государства за управлением городскими общинными делами осуществляется в первой инстанции Регирунгспрезидентом, а в высшей и последней инстанции Обер-президентом с сохранением определенного законами участия Окружного Комитета и Провинциального Совета.

Для г. Берлина место Регирунгспрезидента занимает Обер-президент, место Обер-президента — Министр Внутренних Дел.

Жалобы в административном порядке по делам городских общин подаются во всех инстанциях в учреждения, ведающие надзор, в двухнедельный срок.

§ 8.

Окружной Комитет постановляет об изменении границ городских округов, поскольку по законам об общинном устройстве постановления эти предоставлены учреждению, ведающему надзор.

Окружной Комитет постановляет о взаимных расчетах заинтересованных общин, вызванных изменением границ городских округов, с сохранением за общинами права жалобы в отношении друг к другу в порядке административно-спорного производства.

§ 9.

Споры относительно существующих границ городских округов подлежат разрешению в порядке административно-спорного производства.

Об определении спорных границ, поскольку этого требует публичный интерес, предварительно постановляет Окружной Комитет. Это предварительное постановление остается в силе, пока не воспоследует окончательное решение в порядке административно-спорного производства.

§ 10.

Общинное представительство постановляет:

1. По жалобам в административном порядке и возражениям относительно обладания или утраты права гражданства, особенно права на участие в выборах в общинное представительство, а также права на занятие обусловленного гражданством места в общинном управлении или представительстве; относительно обязанности приобретения или предоставления права гражданства или уплаты пошлин за приобретение его и принесения присяги на гражданство; относительно принадлежности к определенному классу граждан, правильности общинных избирательных списков.

2. О действительности выборов в общинное представительство.

3. О праве на отказ или сложение с себя должностей или мест в общинном управлении и представительстве; о последствиях, которым подлежат члены городской общины за неисполнение обязанностей, лежащих на них по законам об общинном устройстве, а также о взысканиях, налагаемых в силу законов об общинном устройстве на членов общинного представительства за нарушение порядка во время производства дел.

Возражения против правильности избирательных списков приносятся в общинную управу в период времени, пока они публично выставлены, а возражения против действительности выборов — в общинное представительство в двухнедельный срок, по объявлении о результатах выборов.

§ 11.

Постановления общинного представительства (§ 10) не требуют одобрения либо утверждения со стороны общинной управы или учреждения; ведающего надзор. На постановление общинного представительства может быть принесена жалоба в порядке административно-спорного производства. В случаях, указанных в § 10, право принесения жалобы предоставляется также и общинной управе.

Жалоба в административно-спорном порядке в случаях, указанных в § 10 п. 1 и 2, не имеет приостанавливающего действия, но дополнительные выборы (Ersatzwahlen) не могут быть произведены, пока решение не войдет в законную силу.

§ 12.

Окружной Комитет постановляет, поскольку постановления

по законам об общинном устройстве предоставлены учреждению, ведающему надзор, относительно:

1) числа членов общинного представительства, подлежащих избранию от каждого участка (Ortschaft) городской общины;

2) назначения чрезвычайных дополнительных выборов в общинное представительство или в общинную управу.

§ 13.

Поскольку утверждение выборов общинных должностных лиц по законам об общинном устройстве входит в компетенцию органов надзора, оно осуществляется через посредство Регирунгспрезидента.

В утверждении может быть отказано лишь с согласия Окружного Комитета. Если Окружной Комитет откажет в своем согласии, то оно может быть заменено, по ходатайству Регирунгспрезидента, согласием Министра Внутренних Дел.

Если Регирунгспрезидент откажет в утверждении с согласия Окружного Комитета, то по ходатайству общинной управы или общинного представительства это утверждение может последовать со стороны Министра Внутренних Дел.

§ 14.

Относительно действительности выборов тех общинных должностных лиц, которые не подлежат утверждению, постановляет Окружной Комитет, поскольку постановление это входит в компетенцию учреждения надзора.

§ 15.

Постановления общинного представительства или коллегиальной общинной управы, превышающие их полномочия или нарушающие закон, должны быть опротестованы общинной управой или Бюргермейстером, по собственной инициативе или по предписанию учреждения, ведающего надзор, с приостановлением исполнения и с указанием оснований.

Распоряжение общинной управы (Бюргермейстера) может быть обжаловано общинным представительством или коллегиальной общинной управой в порядке административно-спорного производства.

Предоставленное законами об общинном устройстве учреждениям надзора право опротестовывать постановления общинного представительства или коллегиальной общинной управы в силу иных оснований, чем вышеуказанные, отменяется.

§ 16.

Общинные постановления относительно отчуждения или существенного изменения предметов, имеющих особую научную, историческую или художественную ценность, в особенности архивов или частей их, должны быть одобрены Регирунгспрезидентом.

Относительно управления общинными лесами остаются в силе действующие постановления.

В остальном Окружной Комитет постановляет об утверждении (одобрении) местных статутов и иных общинных постановлений, касающихся городских общинных дел, поскольку утверждение это по законам об общинном устройстве сохранено за учреждениями надзора.

§ 17.

Поскольку нижеследующие постановления по законам об общинном устройстве входят в компетенцию учреждения, ведающего надзор, Окружной Комитет постановляет:

1) независимо от указанных в § 15 разногласий между общинной управой и общинным представительством или между Бюргермейстером и коллегиальной общинной управой во всех тех случаях, когда одна сторона требует, чтобы было постановлено решение, а дело в то же время не может быть оставлено в прежнем положении;

2) вместо общинных учреждений, когда вследствие противоречия интересов они неспособны постановить определения;

3) вместо общинного представительства, когда оно распущено в силу законов об общинном устройстве.

Окружной Комитет постановляет далее в качестве учреждения, ведающего надзор:

4) относительно способа судебно-принудительного исполнения по денежным требованиям к городским общинам (§ 15 п. 4 закона о введении в действие германского устава гражданского судопроизводства, 30 янв. 1877 г.);

5) об определении и взыскании начетов с общинных должностных лиц на основании указа 24 января 1844 г. (Собр. зак., стр. 52).

Постановление его окончательно, но не исключает обращения к обычному судебному порядку.

§ 18.

По жалобам в административном порядке и возражениям относительно:

1) права участия в пользовании публичными общинными учреждениями, равно как и участия в пользовании общинным имуществом и в доходах с него;

2) привлечения к обложению или обложения общинными сборами — постановляет общинная управа.

Постановление управы может быть обжаловано в порядке административно-спорного производства.

Разрешению в административно-спорном порядке подлежат равным образом споры между участниками о правах их на выгоды или обязанностях в отношении повинностей или правомочий, основанных на нормах публичного права и указанных в абзаце 1.

Жалобы в административном порядке и возражения, равно как и жалобы в порядке административно-спорного производства, не имеют приостанавливающего действия.

§ 19.

В случае упущения или отказа городской общины от внесения в смету или сверхсметного утверждения лежащих на ней по закону и установленных компетентным учреждением повинностей, о внесении в смету или установлении сверхсметного расхода постановляет с указанием оснований Регирунгспрезидент.

Постановление Регирунгспрезидента может быть обжаловано общиною в Высший Административный Суд в порядке административно-спорного производства.

Установление городской сметы учреждением, ведающим надзор, на будущее время отменяется. Но в городах Новой Померании и Рюгена копия сметы тотчас после установления ее городскими учреждениями сообщается органам надзора.

§ 20.

В отношении служебных проступков Бюргермейстеров, помощников их, членов Магистрата и других должностных лиц общины применяются постановления закона 21 июля 1852 г. со следующими изменениями:

1) на Бюргермейстеров, помощников их, членов Магистрата и на прочих должностных лиц общины дисциплинарные взыскания вместо Окружного Правления и в пределах принадлежавшей ему до сих пор дисциплинарной власти налагает Регирунгспрезидент. На карательные распоряжения Регирунгспрезидента допускается в двухнедельный срок жалоба в административном порядке Обер-президенту, а на последовавшее по жалобе поста-

новление Обер-президента жалоба в порядке административно-спорного производства подается в тот же срок в Высший Административный Суд. В Берлине на карательное распоряжение Обер-президента допускается в двухнедельный срок жалоба непосредственно в Высший Административный Суд в административно-спорном порядке;

2) на карательные распоряжения Бюргермейстера допускается в двухнедельный срок административная жалоба Регирунгспрезиденту, а на последовавшее по жалобе постановление Регирунгспрезидента в тот же срок жалоба в Высший Административный Суд в порядке административно-спорного производства;

3) в производстве об удалении от должности возбуждение производства предписывается Регирунгспрезидентом или Министром Внутренних Дел, и им же назначается следственный комиссар. Вместо Окружного Правления или Дисциплинарного Суда решающим дисциплинарным присутствием первой инстанции является Окружной Комитет. Место Совета министров занимает Высший Административный Суд. Представителя государственного обвинения при Окружном Комитете назначает Регирунгспрезидент, а при Высшем Административном Суде — Министр Внутренних Дел.

В вышеописанном порядке производства об удалении от должности решается также в случае надобности вопрос о факте неспособности к службе Бюргермейстера, помощников его, членов Магистрата и прочих должностных лиц общины.

В отношении членов общинного представительства дисциплинарное производство не может иметь места.

§ 21.

Первой инстанцией в порядке административно-спорного производства для случаев, предусмотренных в настоящей главе, является, при отсутствии иных специальных постановлений, Окружной Комитет, а для городского округа Берлина в случаях, указанных в абзаце 2 § 8, в § 9 и 15, Высший Административный Суд. Для подачи жалобы в административно-спорном порядке предоставляется во всех случаях двухнедельный срок.

Общинное представительство или коллегиальная общинная управа могут для защиты своих прав в административно-спорном производстве назначить особого представителя.

Решения Окружного Комитета в случаях, указанных во 2-м п. § 18, подлежат обжалованию лишь в ревизионном порядке.

Г л а в а V
Дела сельских общин и вотчинных округов (Gutsbezirke)

§ 24.

Надзор государства за управлением делами сельских общин, волостей (Aemter) в провинции Вестфалии и бюргермейстеров в Рейнской провинции, а равно и вотчинных округов (Gutsbezirke) осуществляется в первой инстанции Ландратом, как председателем Уездного Комитета, а в высшей и последней инстанции Регирунгспрезидентом независимо от постановлений уездных положений и определенного законами содействия Уездного и Окружного Комитетов.

Жалобы в административном порядке по вышеуказанным предметам приносятся во все инстанции учреждений, ведающих надзор, в двухнедельный срок.

§ 25.

Уездный Комитет постановляет об изменении границ сельских общинных и вотчинных округов, насколько постановления об этом согласно положениям о сельских общинах входят в ведомство учреждений, ведающих надзор.

В отношении изменения границ волостей (Aemter) в провинции Вестфалии и Бюргермейстерств в Рейнских провинциях так же, как и в отношении образования новых общин и вотчин, остаются в силе действующие постановления.

В случаях, указанных в абзаце 1, нет надобности наряду с постановлением Уездного Комитета выслушивать уездное собрание, как то требуется общинными положениями. В прочих же случаях изменения границ общинных округов, включая означенные во 2-м абзаце, для которых подобное требование установлено общинными положениями, вместо уездного собрания должен быть выслушан Уездный Комитет.

О взаимных расчетах, вызванных изменением границ сельских общин и вотчин, равно и упомянутых в абзаце 2 волостей и бюргермейстеров, постановляет Уездный Комитет с сохранением за заинтересованными в отношении друг к другу права жалобы в порядке административно-спорного производства.

§ 26.

Споры о существующих границах сельских общин и вотчинных округов, а также и о том, является ли местность общиной,

а вотчина самостоятельным округом, подлежат разрешению в порядке административно-спорного производства.

Если публичный интерес того требует, то по предметам, указанным в первом абзаце, постановляет предварительно Уездный Комитет. Постановление это сохраняет свое действие до вступления в законную силу решения, постановленного в порядке административно-спорного производства.

§ 27.

Общинное представительство, а, где такового не существует, общинная управа постановляют:

1) по жалобам в административном порядке и возражениям относительно обладания или утраты права сочленства или гражданства в общине, права голоса в общинном собрании, права участия в общинных выборах, принадлежности к определенному классу избирателей, права быть избираемым на должности в общинном управлении или в общинном представительстве, осуществления права голоса через третье лицо и правильности общинных избирательных списков;

2) о действительности выборов в общинное представительство;

3) о праве на отклонение или сложение с себя должности в общинном управлении или в общинном представительстве; о последствиях, которым подлежат члены общины за неисполнение лежащих на них по законам об общинном устройстве обязанностей, равно как и о штрафах, налагаемых в силу таких же законов на членов общинного представительства за нарушение порядка производства дел или за неизвинительную неявку на заседание.

Возражения представляются в общинную управу: против правильности избирательных списков в период времени, пока они публично выставлены; против действительности выборов в общинное представительство в двухнедельный срок по объявлении результатов выборов.

§ 28.

Постановления общинного представительства или общинной управы в случаях, указанных в § 27, не нуждаются в одобрении или утверждении общинной управы или учреждения, ведающего надзор. На постановления эти допускается жалоба в порядке административно-спорного производства. В случаях, указанных в § 27, когда постановление исходит от общинного представи-

тельства, право жалобы в административно-спорном порядке принадлежит также общинной управе.

Жалоба в административно-спорном порядке, в случаях, указанных в п. 1 и 2 § 27, не имеет приостанавливающего действия. Новые выборы не должны быть, однако, назначаемы ранее вступления в законную силу решения, постановленного в порядке административно-спорного производства.

§ 29.

Постановления общинного собрания, общинного представительства или коллегиальной общинной управы, превышающие их полномочия или нарушающие законы, должны быть опротестованы общинным старостой как по собственной инициативе, так и по указанию учреждения, ведающего надзор, с приостанавливающим действием протеста и с объявлением его оснований. На распоряжение общинного старосты общинное собрание, общинное представительство или коллегиальная общинная управа имеют право принести жалобу в порядке административно-спорного производства.

Предоставленное законами об общинном устройстве учреждениям, ведающим надзор, право опротестовывать постановления общинного представительства по иным основаниям, чем вышеуказанные, отменяются.

§ 30.

Общинные постановления об отчуждении или существенном изменении предметов, имеющих особую научную, историческую или художественную ценность, особенно архивов или частей их, подлежат одобрению Регирунгспрезидента.

В отношении управления общинными лесами сохраняют силу действующие постановления.

§ 31.

В остальном Уездный Комитет постановляет об утверждении местных статутов и прочих общинных постановлений, касающихся сельских общинных дел, а также о дополнении или изменении местных правил о праве голоса в общине, поскольку постановления эти предоставлены общинными положениями учреждениям, ведающим надзор.

В вышеуказанных случаях нет надобности наряду с постановлениями Уездного Комитета выслушивать еще Уездное Собрание, как того требуют положения об общинном устройстве.

§ 33 и 34 гл. VII, ч. II Общего Земского Улож. (Allg.

Landr.), кабинетский указ 25 января 1831 г. относительно приобретения рыцарских имений сельскими общинами или их членом (Собр. зак., стр. 5) и § 4 прибавления к уставу общего судопроизводства отменяются.

§ 32.

Уездный Комитет постановляет, поскольку разрешение этих вопросов по законам об общинном устройстве входит в компетенцию учреждения, ведающего надзор:

1) о числе членов общинного представительства, подлежащих избранию от каждой местности (Ortschaft) общины;

2) о назначении чрезвычайных дополнительных выборов в общинное представительство или в общинную управу;

3) об увеличении числа членов общинной управы, шеффенов и старост (Ortsvorsteher), равно как и о назначении особых старост или различных местностей общинного района;

4) об определении жалованья, вознаграждения за труд и издержки старост вотчинных округов и прочих, в качестве комиссаров, назначенных должностных лиц.

Уездный Комитет постановляет далее:

5) вместо учреждения, ведающего надзор, относительно приведения в известность и возмещения недостающих сумм в кассах и других управлениях сельских общин, на основании указа 24 января 1844 г. (Собр. зак., стр. 52). Постановление является окончательным с сохранением права обратиться к общему судебному порядку.

§ 33.

Уездный Комитет постановляет, поскольку постановление по законам об общинном устройстве входит в компетенцию учреждения, ведающего надзор:

1) независимо от случаев, указанных в § 29, по разногласиям во мнениях, возникшим между общинной управой и общинным представительством или между общинным старостой и коллегиальной общинной управой;

2) вместо общинного учреждения в случае неспособности его постановить определение, вызванной противоречием интересов, или в иных случаях повторяющейся неспособности постановить определение;

3) вместо распущенного в силу законов об общинном устройстве общинного представительства.

Уездный Комитет постановляет далее вместо Окружного Правления:

4) о способе судебно-принудительного взыскания по денежным требованиям против сельских общин (§ 15 п. 4 закона о введении в действие германского устава гражданского судопроизводства 30 января 1877 г.).

§ 34.

По жалобам в административном порядке и возражениям относительно:

1) права совместного пользования публичными общинными учреждениями, а также участия в пользовании и доходах с общинного имущества;

2) привлечения к общинным повинностям как обложения ими;

3) особых прав или обязанностей отдельных частей общинного района или отдельных классов лиц, принадлежащих к общине, в отношении упомянутых в п. 1 и 2 прав и обязанностей, постановляет общинная управа.

На постановление это допускается жалоба в порядке административно-спорного производства.

Разрешению в порядке административно-спорного производства подлежат равным образом споры между заинтересованными о правах их и обязанностях; основанных на публичном праве в отношении означенных в абзаце 1 выгод или повинностей.

Жалобы в порядке административном и возражения, равно как и жалобы в порядке административно-спорном, не имеют приостанавливающего действия.

Вышеизложенные правила находят себе соответствующее применение к жалобам в административном порядке и возражениям относительно привлечения к публичным повинностям и обложения ими землевладельцев и жителей вотчинных округов.

§ 35.

Если сельская община (волость, бюргермейстерство) или вотчинный округ упустит или откажется внести в смету или разрешить в экстраординарном порядке или исполнить статьи расходов, лежащих на них по закону или установленных учреждением в пределах его компетенции, то Ландрат постановляет мотивированное определение о внесении в смету или о назначении экстраординарного расхода.

На определение Ландрата общине или владельцу имения пре-

доставляется принести жалобу в Окружной Комитет в порядке административно-спорного производства.

§ 36.

Относительно судебных проступков общинного старосты, шеффенов, членов общинной управы и прочих общинных должностных лиц, а также вотчинного старосты применяются определения закона 21 июля 1852 г. со следующими изменениями:

1) право наложения дисциплинарных взысканий на общинных старост (волостных старшин, Amtmänner, в Вестфалии, Бюргермейстеров в Рейнской провинции), шеффенов, членов коллегиальной общинной управы и прочих общинных должностных лиц, а также на вотчинных старост принадлежит Ландрату, а в объеме дисциплинарного права провинциальных учреждений — Регирунгспрезиденту. На карательные распоряжения Ландрата допускается в двухмесячный срок жалоба в административном порядке Регирунгспрезиденту, а на карательные распоряжения Регирунгспрезидента в тот же срок жалоба в административном порядке Обер-президенту;

2) на карательные распоряжения против низших должностных лиц общин, волостей или бюргермейстерств, изданные волостным старшиной в Вестфалии или Бюргермейстером в Рейнской провинции на основании § 83 и 104 Рейнского общинного положения 23 июля 1845 г., допускается в двухмесячный срок жалоба в административном порядке Ландрату, а на последовавшее по жалобе решение Ландрата в тот же срок жалоба в административном порядке Регирунгспрезиденту;

3) на последовавшее по жалобе в порядке административного производства в случаях, означенных в п. 1 и 2 последней инстанции определение Регирунгспрезидента или Обер-президента допускается в двухнедельный срок жалоба в порядке административно-спорного производства в Высший Административный Суд;

4) в производстве об удалении от должности возбуждение производства предписывается Ландратом или Регирунгспрезидентом, и ими же назначается следственный комиссар и представитель государственного обвинения. Решающим дисциплинарным учреждением первой инстанции является вместо Окружного Правления Уездный Комитет, а вместо Совета министров — Высший Административный Суд. Представитель обвинения в Высшем Административном Суде назначается Министром Внутренних

Дел. В порядке производства, означенным в п. 4, разрешается в случае надобности и вопрос о факте неспособности к службе сельских общинных должностных лиц.

§ 37.

Для случаев, предусмотренных в этой главе, компетентным учреждением первой инстанции в административно-спорном порядке производства является Уездный Комитет, если не постановлено иного. Срок для подачи жалобы во всех случаях двухнедельный. Общинное собрание, общинное представительство или коллегиальная общинная управа могут для защиты своих прав в порядке административно-спорного производства назначить особого представителя.

Г л а в а VI
Дела по призрению бедных

§ 39.

Споры между союзами призрения бедных о публичной помощи нуждающимся подлежат разрешению в порядке административно-спорного производства.

Компетентным в первой инстанции является Окружной Комитет.

В остальном сохраняют силу постановления имперского закона о призрении 6 июня 1870 г.

§ 40.

Окружной Комитет постановляет окончательно об утверждении указанных в § 8, 9, 10 и 12 закона о введении в действие союзного закона о призрении, 8 марта 1871 г. (Собр. зак., стр. 130) и в соответственном Лауенбургском законе 24 июня 1871 г. (Официальная еженед. газета, стр. 183), статутов, регулирующих призрение бедных в вотчинных округах, не состоящих в исключительной собственности вотчинников, и в коллективных союзах призрения бедных (Gesammtarmenverbände), а также разрешений на распущение коллективных союзов призрения.

Составление статутов, поскольку оно до сих пор лежало на обязанности Уездного Собрания, производится впредь Уездным Комитетом. Окружной Комитет окончательно устанавливает содержание статутов, которым неоднократно отказывалось в утверждении.

§ 41.

Жалобы бедных в административном порядке на определения местных союзов призрения (Ortsarmenverbände) относительно размера и формы следуемого им пособия (§ 63 закона 8 марта и § 51 закона 24 июня 1871 г.) подлежат:

1) если в союзе призрения бедных участвует город с населением свыше 10 000 жителей, окончательному постановлению Окружного Комитета;

2) в остальных случаях окончательному постановлению Уездного Комитета.

Равным образом окончательному постановлению Окружного Комитета подлежат жалобы бедных в административном порядке на определения областных союзов призрения (Landarmenverbände) относительно формы и размера пособия, если областной союз состоит из одного только округа.

§ 42.

Жалобы местных союзов призрения в административном порядке на определения областных союзов призрения относительно размера и формы следуемого им вспомоществования (§ 36 закона 8 марта 1871 г.) подлежат окончательному постановлению Провинциального Совета.

§ 43.

Уездный (Городской) Комитет постановляет:

1) вместо указанной в § 60—62 закона 8 марта 1871 г. и в § 48—50 Лауенбургского закона 24 июня 1871 г. уездной комиссии о пререканиях между союзами призрения, в качестве третейского суда или посредника;

2) вместо Ландрата или городской управы, по требованию союза призрения бедных, заявленному против родственников нуждающегося, обязанных оказать ему помощь согласно § 65 или 53 указ. зак.

Постановления Уездного (Городского) Комитета являются окончательными, с сохранением, во 2-м случае, права обращения к общему судебному порядку.

§ 44.

По жалобам в административном порядке и возражениям, относящимся:

1, к обязанности участия в повинностях по призрению бедных в вотчинных округах и в коллективных союзах призрения (§ 8 и сл. закона 8 марта 1871 г.);

2, к привлечению к повинностям и к обложению ими областных союзов призрения (§ 29 ук. зак.),

постановляет в случаях, указанных в п. 1, староста имения или председательствующий в представительстве коллективного союза призрения, а в случаях, указанных в п. 2, правление областного союза призрения.

На постановление допускается жалоба в течение двух недель, в порядке административно-спорного производства. Компетентным является в случаях, относящихся к п. 1, Уездный Комитет, а в случаях, относящихся к п. 2, Окружной Комитет. Решения Окружного Комитета подлежат обжалованию лишь в ревизионном порядке. Возражения против прибавок к прямым государственным налогам, направленные против основной величины последних, не допускаются.

Жалобы в административном порядке и возражения так же, как и жалобы в порядке административно-спорном, не имеют приостанавливающего действия. В случаях, указанных в п.2, право возражения на жалобы предоставляется лишь отдельным союзам, округам и общинам, непосредственно привлеченным к расходам по призрению бедных.

Глава VII
Дела школьные

§ 45.

Об определении денежной стоимости вознаграждения натурой и дохода с земли при установлении органами надзора вознаграждения начального учителя постановляет по просьбе заинтересованных Уездный Комитет, а, если речь идет о городских школах, то Окружной Комитет. Постановление Окружного Комитета в первой или второй инстанции окончательно.

§ 46.

1. По жалобам в административном порядке и возражениям, касающимся привлечения к налогам и другим, имеющим основание в публичном праве, повинностям для школ, служащих всеобщему обязательному обучению, постановляет за исключением правил, означенных в § 47, местное учреждение, определившее налоги и повинности для школ (правление школьной общины, школьное товарищество, школьная община и т.д.).

2. На постановление это допускается в двухнедельный срок жалоба в административно-спорном порядке.

3. Разрешению в административно-спорном порядке подлежат равным образом споры между участниками об основанных на публичном праве обязанностях их нести налоги и повинности в пользу школ, служащих всеобщему обязательному обучению.

4. Компетентным в порядке административно-спорного производства является в первой инстанции Уездный Комитет, а, если речь идет о городских школах, то Окружной Комитет.

5. По спорам о налогах и иных требуемых на основании публичного права повинностях в пользу указанного рода школ, а также по спорам о плате за обучение в этих школах на основании § 15 закона 24 мая 1861 г. и расширении возможности обращения к суду решение на будущее время постановляется в порядке административно-спорного производства.

6. Возражения против размера прибавок на школьные цели к прямым государственным налогам, направленные против основного размера последних, не допускаются.

7. Жалобы в административном порядке и возражения, равно и жалобы в порядке административно-спорном, не имеют приостанавливающего действия.

8. Правила этого параграфа не имеют применения к таким налогам и повинностям в пользу школ, которые принадлежат к общинным налогам (§ 18, 34).

§ 47.

Относительно распоряжений по постройке или ремонту школ всеобщего обязательного обучения и публично-правовой обязанности нести расходы по постройке, а также распределения этих издержек между общинами (вотчинными округами), школьными союзами и третьими лицами, обязанными нести эти расходы, вместо них или наряду с ними, постановляет, в случае возникновения спора, учреждение, ведающее надзор за школами.

На постановление допускается жалоба в порядке административно-спорного производства. Если тот, к кому предъявляется требование, считает вместо себя обязанным, в силу публично-правовых оснований, другое лицо, то жалоба должна быть направлена и против этого лица.

Также и в других случаях споры между заинтересованными (абзац 1) относительно того, на ком из них лежит публично-правовая обязанность постройки или поддержания школы всеобщего обязательного обучения, подлежат разрешению в порядке административно-спорного производства.

Жалоба в административно-спорном порядке, в случаях, ука-

занных во 2-м абзаце, приносится в двухнедельный срок. Компетентное учреждение может для дополнения жалобы назначить соответствующий добавочный срок. С истечением этого срока не теряется, однако, право жалобы в порядке административно-спорного производства по предмету возмещения расходов за исполнение повинности, лежащей, в силу публичного права, на третьем лице.

Компетентным для разрешения дела в порядке административно-спорного производства является в первой инстанции Уездный Комитет, а, если дело идет о городских школах, то Окружной Комитет.

§ 48.

Если школьный союз (школьная община, школьное товарищество или общество) упустит либо откажется внести в смету или разрешить экстраординарным порядком, или исполнить лежащие на нем в силу публично-правовых оснований установленные компетентным учреждением повинности относительно школ, служащих всеобщему обязательному обучению, в иных случаях, нежели указанные в § 47 абз. 1, то Ландрат, а, поскольку дело идет о городских школах, — Регирунгспрезидент, постановляют о внесении в смету или о назначении экстраординарного расхода.

На постановление Ландрата школьному союзу предоставляется право жалобы в порядке административно-спорного производства в Окружной Комитет, а на распоряжение Регирунгспрезидента в том же порядке в Высший Административный Суд. При этом находят себе соответствующее применение правила 2-го п. абзаца 2 и 4-го абзаца § 47.

§ 49.

Правила § 47 применяются также и в том случае, если школа соединена с помещением кистера.

При постановке решений в порядке административно-спорного производства в случаях, указанных в § 47, необходимо руководствоваться общими распоряжениями о производстве школьных построек, изданными в пределах их компетенции учреждениями, ведающими надзор за школами.

Право учреждения новых или разделения существующих школьных товариществ, принадлежащее по закону учреждениям, ведающим надзор за школами, остается неприкосновенным.

Г л а в а VIII
Дела по расквартированию

§ 50.

Общинные постановления или местные статуты, регулирующие распределение квартирной повинности и других натуральных повинностей (подводной, кормовой, фуражной) (§ 7 — абзац 5 закона 25 июня 1868 г., касающегося квартирной повинности для вооруженных сил в мирное время, Сборн. союзн. зак., стр. 523, и § 7 абз. 2 закона о натуральных повинностях для вооруженных сил в мирное время 13 февраля 1875 г., имперск. законодат. газ., стр. 52), утверждаются Уездным Комитетом, а в городах — Комитетом Окружным.

Уездный Комитет определяет размер квартирной повинности для тех вотчинных округов, которые не заключили соглашения с общиной (последний абзац § 7 закона 25 июня 1868 г.).

§ 51.

Если против кадастра, составленного для распределения квартирной повинности (§ 6 абз. 4 закона 25 июня 1868 г.), представлены будут возражения в двадцатиоднодневный, законом определенный срок, то по возражениям этим в отношении городов постановляет общинная управа, а в отношении прочих местных учреждений — Уездный Комитет.

На постановления эти допускается в двухмесячный срок жалоба в административном порядке в Окружной Комитет.

Постановление Окружного Комитета окончательно.

Г л а в а IX
Дела сберегательных касс

§ 52.

Учреждение сберегательных касс уездными, городскими и сельскими общинами и другими, не выходящими за пределы уезда общинными союзами, нуждается отныне в правительственном утверждении (Genehmigung) даже в тех частях страны, где таковое до сих пор не требовалось. Это утверждение, равно как и утверждение соответствующих уставов, зависит от Обер-президента.

В утверждении может быть отказано лишь с согласия Провинциального Совета. Согласие Провинциального Совета требуется равным образом для изменения уставов и для закрытия сбе-

регательных касс, поскольку Обер-президент вправе по действующему закону принимать такие меры против воли уездов, общин и прочих союзов.

Надзор за управлением указанных в § 52 сберегательных касс осуществляется учреждениями, ведающими надзор за общинами.

Там, где в отношении этого управления действующими законами или уставами требуется утверждение со стороны государства, оно дается Регирунгспрезидентом, а в Берлине Обер-президентом. Отказ в утверждении может последовать лишь с согласия Окружного Комитета.

Глава X
Дела синагогальных общин

§ 54.

Окружный Комитет постановляет решения по жалобам в административно-спорном порядке отдельных лиц о принадлежащих им, как членам синагогальной общины, или на основании закона 28 июля 1876 г. о выходе из еврейской синагогальной общины (Собр. зак., стр. 353) правах или лежащих на них обязанностях нести налоги и повинности.

Глава XI
Дорожная полиция

§ 55.

Надзор за публичными дорогами и их принадлежностями, а равно и попечение об удовлетворении потребностей публичного оборота в путях сообщения, остается в прежнем объеме на учреждениях, ведающих дорожную полицию. Учреждение, ведающее дорожную полицию, требует в случае надобности исполнения в соответствующий срок дорожной повинности и, если повинность эта не оспаривается, то прибегает по мере надобности и к законным мерам принуждения.

Для поддержания подвергшегося опасности пути или для восстановления прерванного сообщения учреждение, ведающее дорожную полицию, вправе предпринимать необходимые работы, даже без предварительного вызова обязанных к их выполнению лиц и за их счет, если опасность промедления такова, что не позволяет выжидать исполнения предпринимаемых работ самими обязанными.

§ 56

1. Против распоряжений учреждения, ведающего дорожную полицию, касающихся устройства и поддержания публичных дорог или сбора и распределения требуемых для этого сумм, или обращения дорог в пути публичного сообщения, допускаются в двухнедельный срок возражения, подаваемые в это учреждение.

2. Если, вопреки предписанию первого абзаца, возражение в течение законного срока будет подано в те учреждения, которые компетентны для постановления или решения по жалобам в административном порядке, приносимым на постановления или определения учреждения, ведающего дорожную полицию, то срок не считается пропущенным.

3. Возражение в таких случаях передается из того учреждения, в которое оно подано, в учреждение, ведающее дорожную полицию для соответствующего постановления.

4. По существу сделанного возражения постановляет учреждение, ведающее дорожную полицию. Постановление это подлежит обжалованию в порядке административно-спорного производства. Если тот, к кому предъявлено требование, считает обязанным, в силу публично-правовых оснований, вместо себя третье лицо, то жалоба должна быть направлена и против этого лица.

В порядке административно-спорного производства должно быть в случае надобности постановлено решение и о том, следует ли считать дорогу публичной.

5. Споры заинтересованных о том, на ком из них лежит публично-правовая обязанность проложения или поддержания публичной дороги, подлежат и в остальном разрешению в порядке административно-спорного производства.

6. Жалоба в административно-спорном порядке в случаях, указанных в 4-м абзаце, приносится в двухнедельный срок. Компетентное учреждение может для дополнения жалобы назначить добавочный срок. С истечением этого срока не теряется, однако, право жалобы в административно-спорном порядке по предмету возмещения расходов по выполнению повинности, лежащей, в силу публичного права, на третьем лице.

7. Компетентным для разрешения дела в порядке административно-спорного производства является в первой инстанции Уездный Комитет; в городских же округах, в городах, с населением свыше 10 000 жителей, или, если дело идет о шоссейных дорогах или участником в деле является провинциальный областной или уездный общинный союз, как таковой, или в Ганно-

верской провинции дорожный союз, — или если жалоба в административно-спорном порядке направлена против решения Ландрата, то компетентным является Окружной Комитет.

8. Если дорога в порядке административно-спорного производства объявлена публичной, то за тем, кто отстаивает свои частно-гражданские права на дорогу, сохраняется право требовать вознаграждения с тех, на ком лежит обязанность устройства дороги, обычным судебным порядком на основании § 4 закона 11 мая 1842 г. (Собр. зак., стр. 192).

§ 57.

Об упразднении или изменении публичных дорог постановляет, не касаясь содержащихся в § 58—60 особых постановлений для провинций Шлезвиг Гольштейна и Ганновера, связанных с тамошним дорожным законодательством, учреждение, ведающее дорожную полицию, после того, как о предполагаемой мере объявлено местным обычным порядком, а также через уездную и волостную газеты (durch das Kreisblatt und das Amtsblatt), с приглашением представить возражения в течение четырех недель и с предупреждением об оставлении их, в противном случае, без рассмотрения. На постановление учреждения, ведающего надзор, лицу, возражение которого не уважено, предоставляется принести в двухнедельный срок в административно-спорном порядке жалобу в Уездный или в Окружной Комитет, на основании правила § 56, абзац 7.

Если ходатайство об изменении или упразднении публичной дороги отклонено учреждением, ведающим дорожную полицию, с самого начала или после производства по возражениям или по оставлении их без рассмотрения, то просителю дозволяется лишь обратиться в учреждение, ведающее надзор.

Статья 4 закона 13 декабря 1872 г. об изменении правил уездного положения для провинции Пруссии, Бранденбурга, Померании, Познани, Силезии и Саксонии и дополнения к ним 19 марта 1881 г. (Собр. зак., стр. 155) отменяется.

Г л а в а XII
Водная полиция

А. Очистка канав, ручьев и водных потоков

§ 65.

Об издании правил (Reglements, Regulativen) касательно очисток канав, ручьев и водных потоков постановляет в случаях,

предусмотренных нижеуказанными законами, вместо учреждения, бывшего компетентным до сих пор, Уездный (Городской) Комитет.

§ 66.

1. Против распоряжений учреждения, ведающего водную полицию, относительно очистки канав, ручьев и потоков или сбора и распределения требуемых для этого сумм, допускаются в двухнедельный срок возражения, подаваемые в учреждение, ведающее водную полицию. При этом находят себе соответствующее применение постановления 2-го и 3-го абзацов § 56.

2. По возражениям определение постановляет учреждение, ведающее водную полицию. На определение этого учреждения допускается жалоба в административно-спорном порядке. Если тот, к кому предъявлено требование, считает вместо себя обязанным, в силу публично-правовых оснований, другое лицо, то жалоба должна быть направлена и против этого лица.

3. Также и в остальных случаях споры между заинтересованными относительно того, на ком из них лежит публично-правовая обязанность очистки канав и других водных потоков, подлежат разрешению в порядке административно-спорного производства.

4. Жалоба в административно-спорном порядке, в случаях, означенных во 2-м абзаце, приносится в двухнедельный срок. Компетентное учреждение может для дополнения жалобы назначить соответствующий добавочный срок. С истечением этого срока не теряется, однако, право жалобы в административно-спорном порядке о вознаграждении за исполненную повинность против лица, обязанного к ней в силу публично-правовых оснований.

5. Компетентным для разрешения дела в административно-спорном порядке является в первой инстанции Уездный Комитет; а в городских округах, если жалоба в административно-спорном порядке направлена против постановления Ландрата, а также в городах с населением свыше 10 000 жителей, — Окружной Комитет.

6. К канавам, ручьям и водным потокам, находящимся в районе союза для устройства и поддержания плотин, вышеприведенные постановления не применяются.

В. Запруды, осушительные и оросительные сооружения, а также допущение стоков

a. Определение высоты воды при запрудах

§ 67.

Для определения высоты воды при запрудах сведущие комиссары окончательно назначаются по постановлению Уездного (Городского) Комитета. Суд в этом больше не участвует.

На определение комиссарами, при отсутствии юридически обязательных ясных постановлений, высоты воды заинтересованными может быть принесена жалоба в Уездный (Городской) Комитет в административно-спорном порядке.

Споры о том, определена ли высота воды юридически обязательным и ясным способом, подлежат разрешению Уездного (Городского) Комитета в порядке административно-спорного производства. Уездный (Городской) Комитет вправе путем определения, не подлежащего обжалованию, установить высоту воды, которая должна соблюдаться впредь до вступления в законную силу решения, постановленного в порядке административно-спорного производства.

b. Допущение стоков воды

§ 68.

Уездный (Городской) Комитет постановляет:

1) По ходатайствам о допущении стоков воды, по производстве местного расследования. Третейское разбирательство, согласно правилам § 15 закона 15 ноября 1811 г. о допущении стока воды, имеет место также в случаях, указанных в § 103—109 и 113—116 ч. I гл. 8 Общего Земского Уложения;

2) По ходатайствам об участии в пользовании осушительными сооружениями и об изменении осушительного плана (§ 17, 20 зак. 9 февраля 1867 г.).

На постановления эти допускается в двухнедельный срок просьба о допущении устного разбирательства в порядке административно-спорного производства.

§ 69.

Уездный (Городской) Комитет окончательно постановляет: о приглашении избрать третейских судей, назначении председателя, а также судей, своевременно заинтересованными не избранных, и об уполномочии третейского суда (§ 22, 23, 25, 27 зак. 15 ноябр. 1811 г.; § 23, 24, 26 зак. 9 февр. 1867 г.).

§ 70.

Уездный (Городской) Комитет постановляет:

1) о законности отказа от исполнения обязанностей третейского судьи (§ 30 зак. 15 ноября 1811 г.; § 24 зак. 9 февраля 1867 г.);

2) об устранении недопустимых третейских судей (§ 28, 29 зак. 15 ноября 1811 г.; § 24 зак. 9 февр. 1867 г.);

3) об определении вознаграждения третейских судей (§ 33 зак. 15 ноября 1811 г., § 27 зак. 9 февр. 1867 г.);

4) об определении вознаграждения комиссарам (§ 27 зак. 9 февр. 1867 г.).

На постановления Уездного (Городского) Комитета заинтересованным предоставляется в двухнедельный срок право ходатайствовать о допущении устного разбирательства в порядке спорного производства, в котором Уездный (Городской) Комитет постановляет окончательное решение.

§ 71.

Решение третейского суда может быть оспорено путем принесения в шестинедельный срок жалобы в Уездный (Городской) Комитет в порядке административно-спорного производства (§ 25, 26 зак. 15 ноября 1811 г.; § 26 зак. 9 февр. 1867 г.).

с. Оросительные сооружения

§ 73.

Окружной Комитет постановляет об ограничении отвода воды, когда оросительное сооружение угрожает опасностью публичным интересам или же когда ниже обитающие жители лишаются необходимого количества воды (§ 15 зак. 28 февр. 1843 г.; § 3 положения о лугах для округа Зигена 28 февр. 1846 г.).

§ 74.

Уездный (Городской) Комитет постановляет об устранении тех заинтересованных, которые в определенный срок не заявили о своих возражениях и притязаниях по поводу предполагаемых оросительных сооружений (§ 19 до 22 и 6 до 9 назв. зак.). Просьбы о восстановлении сроков, вследствие такого постановления, подаются в двухнедельный срок в Уездный Комитет, который разрешает их в порядке административно-спорного производства. Жалобы разрешаются окончательно Окружным Комитетом.

Тот же порядок соблюдается в производстве об исключении заинтересованных при устройстве осушительных сооружений (зак. 23 янв. 1846 г.; ст. 3 зак. 11 мая 1853 г.; § 29 зак. 9 февр. 1867 г.).

§ 75.

По возражениям против оросительных сооружений владельца берега (§ 16 а и в, 17, абзацы 1-й и 2-й § 23 зак. 28 февр. 1843 г.; § 12 полож. о луг. 28 окт. 1846 г.) постановляет решение Уездный (Городской) Комитет в порядке административно-спорного производства.

§ 76.

Ходатайства владельца берега о предоставлении ему или об ограничении чьих-либо прав ввиду возведения или поддержания оросительных сооружений предъявляются Уездному (Городскому) Комитету.

Для проверки основательности ходатайства на месте, а также для допроса заинтересованных Уездный (Городской) Комитет назначает отдельных своих членов или других сведущих лиц, которые излагают результаты своего расследования с присоединением своего заключения.

Вслед за этим Уездный (Городской) Комитет постановляет определение по предварительному вопросу, имеются ли в данном случае налицо преобладающие интересы сельскохозяйственной культуры (§ 30—32 зак. 28 февр. 1843 г.).

§ 77.

Уездный (Городской) Комитет окончательно назначает комиссаров для дальнейшего производства и постановляет определения по возражениям как против составленного комиссарами плана, так и против срока приведения его в исполнение.

Против определений этих может быть заявлено в двухнедельный срок ходатайство об устном разбирательстве в порядке административно-спорного производства (§ 33, 34 означ. зак.).

§ 78.

Окружной (Городской) Комитет назначает таксаторов и определяет окончательным решением вознаграждение.

Это окончательное решение может быть обжаловано в Высший Суд по делам земледельческой культуры (§ 43—47, 54 и 55 означ. зак.).

§ 79.

Взыскание, уплата или внесение в депозит установленной суммы вознаграждения лежит на обязанности Ландрата, а в городских округах на обязанности общинной управы.

§ 80.

По просьбам о предварительном разрешении сооружений, а также о размере подлежащего внесению обеспечения постановляет Окружной (Городской) Комитет[1].

С. *Общие определения*

§ 94.

Закон 1 апреля 1879 г. (собр. зак., стр. 297) об образовании водных товариществ (Wassergenossenschaften) применяется отныне со следующими изменениями:

предоставленный абзацем 3 § 49 Уездному (Городскому) Комитету, а по жалобам в административном порядке Окружному Комитету, надзор за водными товариществами осуществляется отныне Ландратом, как председателем Уездного Комитета, в городских округах местным полицейским учреждением, а в качестве инстанции, рассматривающей жалобы в административном порядке, Регирунгспрезидентом. В случаях, указанных в § 51, 53, 71, сохраняется компетенция Уездного (Городского) Комитета.

Вместо второго абзаца § 50 вводится следующее постановление:

На распоряжение или определение Ландрата или местного полицейского учреждения товариществу предоставляется принести жалобу в административно-спорном порядке в двухнедельный срок в Окружной Комитет, а на распоряжение или предписание Регирунгспрезидента жалобу в административно-спорном порядке в Высший Административный Суд.

Относительно обжалования угроз мерами принуждения, установления их в конкретном случае и приведения в исполнение в случаях, означенных в § 54, применяются постановления § 132 и сл. закона 30 июля 1883 г. о местном управлении.

При производстве об учреждении публичных водных товариществ, поскольку район действий товарищества не выходит из границ округа в случаях, предусмотренных § 73, 75, 76, 77, 93 и 94, место Обер-президента занимает Регирунгспрезидент, а в

[1] § 81—93 содержат в себе постановления применительно к специальным положениям, действующим в отдельных местностях прусской монархии, которые представляют интерес лишь в связи с этими положениями.

случае, означенном в § 72, под цифрой 2, Ландрат, а в городских округах вместо правительственного учреждения общинная управа. Право передачи дела учреждению, заведующему взаимными расчетами (§ 77 абзац 1, п. 2), остается за Обер-президентом.

§ 53 абзац 3, § 97 и 98, равно как и сделанная в § 57 особая оговорка на случай иной организации высших административных учреждений, теряют силу.

§ 95.

Постановления настоящей главы не затрагиваются:

1) компетенция учреждений, ведающих речную, судоходную и портовую полицию;

2) компетенция учреждений по производству расчетов для регулирования связанных с этими расчетами плотинных, оросительных и осушительных сооружений;

3) постановления имперского устава о промышленности 21 июня 1869 г. (Собр. союзн. законов, стр. 245) о запрудах для вододвигательных сооружений и относящиеся сюда постановления о компетенции, изложенные в § 109 и сл. настоящего закона.

Глава XIII
Дела о плотинах

§ 96.

Окружной Комитет постановляет, поскольку дело идет о плотине, не принадлежащей ни к какому плотинному союзу:

1) относительно утверждения новых или перемещения, возвышения или уничтожения существующих плотинных сооружений на основании § 1—3 закона о плотинах 28 января 1848 г. — Собр. зак., стр. 54; § 16 и 17 Кургессенского указа 31 декабря 1824 г., относительно водных сооружений — Кургессенское собр. зак., стр. 99; ст. 10, 36 и 40 баварского закона 28 мая 1852 г. о пользовании водой, собр. зак., для Баварии, стр. 489;

2) о восстановлении пришедших в упадок или разрушенных вполне или частью плотин и о привлечении обязанных к поддержанию или восстановлению их на основании § 4 и 5 закона 28 января 1848 г.;

3) о временном несении повинности по постройке плотины (Deichbaulast) и о распределении сборов на это на основании § 6—8 указанного закона;

4) об ограничении или воспрещении пользования плотиной на основании § 24 того же закона.

Жалоба в административном порядке подается министру сельского хозяйства и т.д.

§ 97.

Полномочия относительно плотинных союзов, предоставленные по закону о плотинах 28 января 1848 г. правительственным окружным учреждением, могут быть путем статута или изменения статута представлены Уездным (Городским) Комитетам, Окружным Комитетам или Провинциальным Советам.

Указанным учреждениям могут быть также предоставлены правомочия относительно плотинных и им подобных союзов, посредством таких статутов, которыми вновь регулируется или установляется внутренняя организация плотинных союзов в пределах действия особого положения о плотинах, на основании ст. 4 зак. 11 апреля 1872 г. (Собр. зак., стр. 377).

Г л а в а XIV
Полиция рыболовства
(Fischereipolizei)

§ 98.

Окружной Комитет постановляет:

1) об издании обязательных постановлений, касающихся надзора и охраны заповедных рыбных районов (§ 31 закона 30 мая 1874 г., о рыболовстве, Собр. зак., стр. 197);

2) о разрешении (Genehmigung) устройства свободного прохода для рыб (§ 36 и 39 указанного закона);

3) о времени года, когда проход для рыбы должен быть закрыт, и в каких пределах выше и ниже прохода на время его открытия запрещаются всякие способы рыбной ловли (§ 41 и 42 там же).

§ 99.

Окружной Комитет постановляет далее:

1) о дозволении устройства стоков (Ableitungen) согласно абз. 2 § 43 закона о рыбной ловле 30 мая 1874 г. и о распоряжениях касательно обезвреживающих эти стоки мер, поскольку такие стоки не являются принадлежностью сооружений, требующих по § 16 имперского устава о промышленности от 21 июня 1869 г. разрешения;

2) о дозволении исключений из запрета мочить лен и коноплю в незакрытых водах (§ 44 ук. зак.).

§ 100.

Уездный (Городской) Комитет имеет надзор за образованными в силу § 9, 10 закона 30 мая 1874 г. о рыбной ловле товариществами.

Если товарищество утверждает, что постановленное в порядке надзора определение противоречит уставу или закону, то ему принадлежит право требовать в двухнедельный срок устного разбирательства в порядке административно-спорного производства.

§ 101.

Если подвергается оспариванию обязанность участия в тяготах (Lasten) товарищества, образованного в силу § 9, 10 ук. зак., вопросы эти разрешаются правлением товариществ. На решение допускается жалоба в административно-спорном порядке в Уездный (Городской) Комитет. Решение Уездного (Городского) Комитета подлежит предварительному исполнению.

§ 102.

Разрешению Окружного Комитета подлежат:

1) споры о том, следует ли считать данные воды закрытыми (§ 4 указан. закона);

2) жалобы в административно-спорном порядке имеющих право рыбной ловли или рыболовных товариществ на другие ограничения или полную отмену их прав на пользование отдельными определенными средствами ловли или постоянными приспособлениями для нее (§ 5, цифра 2 ук. зак.).

Глава XV
Полиция охоты

§ 103.

В делах, относящихся до полиции охоты, постановляет, насколько по действующему праву такие постановления принадлежат административным учреждениям, независимо от нижеследующих правил, Ландрат, а в городских округах местное полицейское управление.

На постановления этих учреждений об уменьшении количества диких зверей или об отклонении направленных к этому хо-

датайств допускается вместо общих способов обжалования жалоба в административном порядке в двухнедельный срок в Окружной Комитет. Постановление этого Комитета окончательно.

§ 104.

Уездный Комитет, а в городских округах Окружной Комитет, постановляют, насколько по действующему праву постановления эти предоставлены административным учреждениям:

1) об утверждении образования из района одной общины нескольких самостоятельных районов для охоты;

2) о мерах к соединению нескольких общин в один общий охотничий район (Jagdbezirke) согласно § 6 указа относительно права охоты и охотничьей полиции в бывшем герцогстве Нассау, 30 марта 1867 г. (Собр. зак., стр. 426) и § 8 Лауенбургского закона относительно права охоты и охотничьей полиции 17 июля 1872 г. (Официальная еженедельная газета, № 42).

Постановление, согласно которому для сдачи охоты в аренду иностранцу требуется особое утверждение, к подданным Германской Империи впредь не применяется.

§ 105.

Споры заинтересованных о правах и обязанностях их в отношении охоты, основанных на постановлениях публичного права, в особенности:

1) об ограничениях в осуществлении права охоты на собственной земле;

2) об образовании общих охотничьих районов, присоединении земельных участков к общему охотничьему району или исключении земельных участков из такового;

3) об охоте на чужих земельных участках, окруженных большим лесом или одним или несколькими самостоятельными охотничьими районами, а равно о вознаграждении собственников этих участков, подлежат разрешению в порядке административно-спорного производства.

Компетентным для разрешения этих споров в административно-спорном порядке является в первой инстанции Уездный Комитет, а в городских округах Окружной Комитет.

§ 106.

По жалобам в административном порядке и возражениям от-

носительно установленного общинным учреждением или охотничьей управой (Jagdvorstand) распределения доходов от общего пользования охотой постановляет общинное учреждение или охотничья управа.

На постановления эти допускается жалоба в административно-спорном порядке в Уездный Комитет, а в городских округах в Окружной Комитет.

Упомянутые в первом абзаце постановления не нуждаются в одобрении или утверждении со стороны органов надзора.

§ 107.

Окружной Комитет постановляет о продлении или сокращении законного периода воспрещения охоты или о полной отмене этого воспрещения, если по действующему праву такие постановления могут быть изданы в административном порядке. Постановления эти окончательны.

Глава XVI
Полиция промышленности

А. Промышленные предприятия

§ 109.

Уездный (Городской) Комитет, а в городах, принадлежащих к сельскому округу (Landkreise) с населением свыше 10 000 жителей, Магистрат (коллегиальная общинная управа) постановляют по просьбам о дозволении (Genehmigung) устроить или переделать промышленное предприятие (§ 16—25 имперского устава о промышленности 21 июня 1869 г.), поскольку речь идет о нижеисчисленных производствах, требующих предварительной концессии: заводах для приготовления и сохранения газа, заводах для очистки нефти, для приготовления бурого угля, каменного угля и кокса, заводах для обжигания асфальта и варки смолы, стеклянных заводах, коптильных, известковых, кирпичных и гипсовых печах, чугунолитейных заводах, железоделательных заводах, белильных фабриках, заводах для обработки льняного масла, фабриках крахмала и крахмальной патоки, фабриках клеенки, струн, кровельного толя, обделыванья кишок, клееваренных, мыловаренных, для обработки ворвани, обработки костей (обжиганья, сушенья, варки, беленья), изготовления щетины, салотопенных заводах, бойнях, кожевенных заводах, живодернях, фабриках соломенной бумажной материи, водяных маши-

нах, фабриках с паровыми котлами или с другими жестяными сосудами, поставленными на заклепках, фабриках для пропитывания дерева растопленным дегтярным маслом, фабриках искусственной шерсти, наконец, паровых котлах, за исключением предназначенных для употребления на железнодорожных локомотивах, горных и заготовительных заводах.

На случай дальнейшего дополнения списка предприятий, требующих согласно последнему абзацу § 16 имперского устава о промышленности разрешения, определение того, для каких из дополнительно внесенных в список предприятий компетентным является Уездный Комитет (Городской Комитет, Магистрат), сохраняется за королем.

§ 110.

Окружной Комитет постановляет по просьбам о дозволении устройства или изменения промышленных предприятий, поскольку постановления эти § 109 не предоставлены Уездному (Городскому) Комитету (Магистрату).

Окружной Комитет постановляет далее по соглашению с компетентным высшим горным управлением (Oberbergamt) относительно допустимости водяных двигателей, служащих для горных работ или для заготовительных заводов (§ 59 общего горного закона 24 июня 1865 г., Собр. зак., стр. 705).

§ 111.

Окружной Комитет определяет по представлению местного полицейского учреждения, подлежит ли производство промысла в предприятиях, эксплуатация которых связана с необычным шумом, в избранных для производства местах полному запрещению, или же при соблюдении некоторых условий оно может быть дозволено.

§ 112.

Право запрещать, согласно § 51 имперского устава о промышленности, дальнейшую эксплуатацию промышленного предприятия, вследствие значительного вреда и опасности его для общего благосостояния, принадлежит Окружному Комитету.

§ 113.

В случаях, указанных в § 109—112, допускается жалоба в административном порядке министру торговли и промышленности. Если водными сооружениями затрагиваются интересы зем-

ледельческой культуры, то к делу может быть привлечен и министр сельского хозяйства.

В. Промышленные концессии

§ 114.

По просьбам о выдаче дозволения: на содержание гостиницы или питейного дома, на мелочную торговлю водкой или спиртом, на открытие ссудной кассы под залог, на торговлю ядами (§ 33, 34 Имперского устава о промышленности) постановляет Уездный (Городской) Комитет.

Если в дозволении отказано, то просителю предоставляется в двухнедельный срок потребовать устного разбирательства в административно-спорном порядке в Уездном (Городском) Комитете.

По просьбам о выдаче дозволения на содержание гостиницы, на торговлю на вынос водкой, вином, пивом или другими спиртными напитками, а также на мелочную торговлю водкой и спиртом должно быть прежде всего выслушано мнение общинного и местного полицейского учреждения. Если со стороны одного из этих учреждений сделано будет возражение, то дозволение может быть выдано лишь на основании устного разбирательства в порядке административно-спорного производства.

Решение Окружного Комитета окончательно.

Во входящих в сельский округ городах, имеющих более 10 000 жителей, место Уездного Комитета занимает Магистрат (коллегиальная общинная управа).

§ 115.

По просьбам о выдаче:

а) концессия на частные лечебницы, частные родовспомогательные заведения и частные больницы для душевнобольных (§ 30, абз. 1-й Имперского устава о промышлен.);

б) дозволений на театральные предприятия (§ 32, там же) постановляет Окружной Комитет.

В случае отказа в концессии (дозволения) допускается в двухнедельный срок просьба об устном разбирательстве в административно-спорном порядке.

При разрешении в порядке административно-спорного производства дел в случаях, означенных под а и б, имеют обязательное значение издаваемые учреждениями медицинского надзора в пределах их законной компетенции общие распоряжения относительно санитарно-полицейских требований, которые дол-

жны быть предъявляемы к постройкам и к техническому оборудованию учреждений, указанных под а.

§ 116.

На распоряжения местного полицейского учреждения, коим отказано в разрешении публичного распространения печатных произведений в виде промысла (§ 43 Имперского устава о промышл.) или запрещено публичное распространение печатных произведений не в виде промысла (§ 5 Имперского закона о печати 7 мая 1874 г., Имперск. законодат. газ., стр. 65), допускается в двухнедельный срок жалоба в административном порядке в Уездный Комитет, а в городских округах и в принадлежащих к сельскому округу городах, имеющих более 10 000 жителей, в Окружной Комитет.

§ 117.

На распоряжения низших административных учреждений, коими имперским подданным отказывается в легитимационных картах для закупки товаров или для приискания заказов (§ 44 Имперского устава о промышл.), допускается в двухнедельный срок жалоба в административно-спорном порядке в Окружной Комитет. По просьбам о выдаче удостоверений для торговли в разнос постановляет Окружной Комитет.

На постановление об отказе в такой просьбе допускается в двухнедельный срок просьба о назначении устного разбирательства в административно-спорном порядке.

§ 118.

В случаях, указанных в § 115—117, окончательное решение Окружного Комитета подлежит обжалованию лишь в ревизионном порядке.

§ 119.

Уездный Комитет, а в городских округах и во входящих в сельский округ городах, имеющих более 10 000 жителей, Окружной Комитет постановляет решения по жалобам компетентного учреждения в административно-спорном порядке:

1) о запрещении эксплуатации упомянутых в § 35 и 37 Имперского устава о промышленности промыслов;

2) о лишении концессий на содержание трактиров и питейных домов, на мелочную торговлю водкой и спиртом, на содержание касс для выдачи ссуд под залог и на торговлю ядами (§ 53, там же).

§ 120.

Окружной Комитет постановляет решения по жалобе со стороны компетентного учреждения в порядке административно-спорном о лишении:

1) не упомянутых в предыдущем § 119, п. 2, приведенных в § 53 Имперского устава о промышленности одобрений, дозволений, назначений, за исключением разрешений, данных маркшейдером;

2) концессий предпринимателей по страхованию, а также предпринимателей и агентов по эмиграции;

3) концессий торговых маклеров;

4) патентов капитанов речных судов (§ 31, абз. 3-й имперского устава о промышленности);

5) свидетельств на право практики акушерок.

§ 121.

Поскольку имперским законом определено, что помимо промыслов, указанных в § 114—120, разрешение (одобрение, дозволение, назначение) требуется еще и для занятия другими промыслами или что и другие промыслы могут быть запрещены или данное на них разрешение отнято, учреждение, компетентное для выдачи разрешения, для запрещения промысла или для отнятия данного уже разрешения, определяется королевским указом.

C. Местные статуты

§ 122.

Окружной Комитет постановляет об утверждении местных статутов, касающихся промышленности (§ 142 Имперского устава о промышленности и № 2 § 57 указа 9 февраля 1845 г., Собр. зак., стр. 93).

D. Цехи

§ 123.

Окружной Комитет постановляет:

1) об утверждении возвышения вступительного взноса в цех (§ 85 имперского устава о промышленности);

2) об утверждении распущения цехов (§ 93 того же устава).

§ 124.

Окружной Комитет постановляет об одобрении статутов цехов и их изменении (§ 92 Имперского устава о промышленнос-

ти; § 98, там же, в изложении Имперского закона 18 июля 1881 г., Имперская законодат. газ., стр. 273).

На отказ в утверждении допускается в двухнедельный срок просьба об устном разбирательстве в порядке административно-спорного производства.

Решения Окружного Комитета подлежат обжалованию лишь в ревизионном порядке.

§ 125.

Решению Окружного Комитета подлежат споры между общинами и цехами, вследствие распущения последних согласно абзацу 4-му § 94, имперского устава о промышленности (§ 103, абзац 3-й имперского закона 18 июля 1881 г.).

Равным образом в случаях, указанных в § 95, абз. 1-й имперского устава о промышленности и в § 104, абзацы 7-й и 8-й имперского закона 18 июля 1881 г., допускается на упомянутые там решения учреждения, ведающего надзор, в четырехнедельный срок жалоба в административно-спорном порядке в Окружной Комитет.

§ 126.

Окружной Комитет решает по жалобе в административно-спорном порядке учреждения, ведающего надзор, о закрытии одного цеха или общего цехового комитета (§ 103 Имперского закона 18 июля 1881 г.).

Окружной Комитет может до постановления окончательного решения, по выслушании цеховой управы или общего цехового комитета, сделать распоряжение о предварительном закрытии цеха или общего цехового комитета впредь до постановления окончательного решения.

Е. Ярмарки

§ 127.

Провинциальный Совет постановляет о числе, времени и продолжительности ярмарок.

На постановления его допускается жалоба в административном порядке министру торговли и промышленности.

§ 128.

Окружной Комитет постановляет о числе, времени и продолжительности еженедельных базаров, о дальнейшем дозволении обычной базарной торговли известными продуктами ремесленного

производства местным торговцам (§ 64 Имперского устава о промышленности), а также о том, какие предметы, кроме перечисленных в § 66 указ. уст., по местным обычаям и потребностям принадлежат к числу предметов базарной торговли во всем уезде или только в известных местностях.

Определение числа, времени и продолжительности еженедельных базаров производится с согласия общинных учреждений места базара.

§ 129.

Если при отмене ярмарок и базаров, перечисленных в § 127 и 128, возникает вопрос о вознаграждении имеющих право торговли на них, то относящиеся до этого постановления нуждаются в согласии министра торговли и промышленности.

§ 130.

Окружной Комитет постановляет о введении новых, а также повышении, понижении или иной регулировке существующих ярмарочных сборов (закон 26 апреля 1872 г. о повышении ярмарочных сборов, Собр. зак., стр. 513).

Постановление абзаца 2-го § 5 закона 26 апреля 1872 г. сохраняет силу.

F. Общественные бойни

§ 131.

Окружной Комитет постановляет:

1) об утверждении общинных постановлений, принятых на основании § 1—4 закона 18 марта 1868 г. об устройстве общественных боен исключительного пользования, а также об утверждении договоров между общиной и предпринимателем об устройстве общественных боен (§ 12 ук. зак.);

2) о вознаграждении собственников частных боен и имеющих право пользования ими за убытки, причиненные им учреждением общественных боен исключительного пользования (§ 9—11, там же).

В случаях, указанных в п. 1, допускается жалоба в административном порядке министру торговли и промышленности, а в случаях, означенных в п. 2, только иск обычным судебным порядком, согласно § 11 указ. зак.

G. Округа для очистки дымных труб

§ 132.

Окружной Комитет постановляет об образовании, упразднe-

нии или изменении участков для трубочистов (§ 39 имперского устава о промышленности).

Н. Выкуп промышленных прав

§ 133.

Окружной Комитет постановляет по ходатайствам об отмене промышленных прав и о вознаграждении за отнятое право.

На окончательные решения Окружного Комитета допускается лишь обжалование в Высший Административный Суд с исключением всяких иных способов осуществления права.

Глава XVII
Торговые палаты, купеческие корпорации, биржи

§ 136.

На постановления управы купеческой корпорации о принятии, временном устранении и исключении кого-либо из числа членов, о действительности выборов в управу, о правах и обязанностях членов и о наложении на них дисциплинарных взысканий допускается в двухнедельный срок жалоба в административно-спорном порядке в Окружной Комитет, если устав корпорации допускает обжалование в какое-либо учреждение.

§ 137.

На постановления торговой палаты или управы купеческой корпорации, коими на время или навсегда отнято разрешение посещать биржу, поставленную под надзор торговой палаты или купеческой корпорации, или отклонена жалоба в административном порядке на неправильную оценку для взимания биржевых взносов, или наложено дисциплинарное взыскание на торгового маклера, допускается, вместо предусмотренного в положении о биржах и маклерах порядка обжалования, жалоба в двухнедельный срок в административно-спорном порядке в Окружной Комитет.

Окончательные решения Окружного Комитета в случаях, указанных в § 135—137, подлежат обжалованию лишь в ревизионном порядке.

Глава XVIII
Пожарное дело

§ 139

Уездный Комитет постановляет, если этому не противоречат специальные узаконения относительно пожарного дела, об утвер-

ждении, а в случае необходимости и о принятии мер к образованию, изменению или упразднению союзов нескольких сельских общин или вотчинных округов в целях общего обзаведения и поддержания пожарных машин (пожарные союзы, Spritzenverbände). Постановления об общих делах союза, в особенности о способах взимания и распределения сумм, необходимых на покрытие расходов, излагаются, если это нужно, в выработанном по взаимному соглашению участников статута, который подлежит утверждению Уездного Комитета. Если соглашение относительно содержания статута в срок, определенный Уездным Комитетом, не состоится или если по уставу неоднократно отказано будет в утверждении, то содержание его устанавливается Уездным Комитетом.

§ 140.

О взаимных между участниками расчетах, вызванных изменением или упразднением пожарного союза, постановляет Уездный Комитет.

На постановление это допускается в двухнедельный срок просьба об устном разбирательстве в административно-спорном порядке.

Споры между участвующими общинами или вотчинными округами о правах и обязанностях их относительно участия в выгодах или расходах пожарного союза подлежат решению Уездного Комитета в административно-спорном порядке.

Глава XIX
Вспомогательные кассы

§ 141.

Окружной Комитет постановляет по ходатайствам о разрешении зарегистрированных вспомогательных касс (§ 4 имперского закона о занесенных в списки вспомогательных кассах 7 апреля 1876 г., Имперск. законодат. газ., стр. 125).

На постановление об отказе в разрешении допускается в двухнедельный срок просьба о назначении устного разбирательства в административно-спорном порядке.

Решение Окружного Комитета подлежит обжалованию лишь в ревизионном порядке.

§ 142.

Окружной Комитет постановляет по жалобе в административ-

но-спорном порядке учреждения, ведающего надзор о закрытии зарегистрированных вспомогательных касс (§ 29 ук. зак.).

Окружной Комитет может до постановления окончательного решения, по выслушании правления кассы, предписать предварительное закрытие вспомогательной кассы впредь до постановления окончательного решения.

Глава XX
Строительная полиция

§ 143.

Окружной Комитет постановляет о применении, согласно указу 17 июля 1846 г. (Собр. зак., стр. 399), действующих в городах пожарно- и строительно-полицейских правил для построек, к постройкам на таких, не принадлежащих к городской земле участках, которые лежат внутри городов или вперемежку с городскими застроенными участками.

§ 144.

О применении указа 21 декабря 1846 г., касающегося рабочих, занятых при постройке железных дорог (Собр. зак., 1847 г., стр. 21), к другим общественно-строительным предприятиям (сооружение каналов, шоссейных дорог etc.), согласно § 26 упомянутого указа, постановляет:

1) если дело идет о постройках округов, волостных или дорожных союзов или общин — Регирунгспрезидент с согласия Окружного Комитета;

2) если дело идет о постройках провинциальных союзов — Обер-президент с согласия Провинциального Совета;

3) для городского округа Берлина — Обер-президент.

§ 145.

Об освобождении от правил строительных уставов постановляет, согласно этим уставам, Уездный Комитет, а в городских округах и во входящих в сельский округ городах, имеющих более 10 000 жителей, Окружной Комитет, если только дело, на основании тех же строительных уставов, не относится к ведению других органов. Распоряжения последних подлежат оспариванию лишь в порядке административной жалобы в учреждение, ведающее надзор.

Во всех случаях освобождения от правил компетентным является вместо окружного правительственного учреждения Окружной Комитет.

Подать жалобу в административном порядке на постановление вправе также и учреждение, компетентное для выдачи разрешения на постройку, которому постановление должно быть сообщено.

На постановление Окружного Комитета в первой инстанции допускается жалоба в административном порядке министру публичных работ.

§ 146.

§ 17 и 18 закона 2 июля 1875 г., относительно положения и изменения улиц и площадей в городах и сельских местностях, отменяются.

Исполнение функций, присоединенных § 5, 8 и 9 ук. зак. Уездному Комитету, возлагается для городского округа Берлина на министра общественных работ, для остальных же городских округов, а также для городов, входящих в сельский округ и имеющих более 10 000 жителей, на Окружной Комитет. Утверждение статутов на основании § 12 и 15 ук. зак. для городского округа Берлина зависит от министра внутренних дел.

Глава XXI
Дела о расчленении и заселении (Dismembrations und Ansiedelungssachen)

§ 147.

§ 22 и 23 закона 25 августа 1876 г. относительно распределения общественных повинностей при разделении земельных участков и при основании новых поселений в провинциях Пруссии, Бранденбурга, Померании, Познани, Силезии, Саксонии и Вестфалии (собр. зак., стр. 405) отменяются.

§ 148.

Предоставленное § 1—4 Лауенбургского закона 4 ноября 1874 г. об основании новых поселений в герцогстве Лауенбург (Офиц. еженед. газ., стр. 291) Ландрату разрешение новых поселений дается местным полицейским учреждением. На постановление по этому предмету, которое должно быть мотивировано и сообщено как возбудившему ходатайство, так и предъявившим возражение, допускается со стороны участников в двухнедельный срок жалоба в административно-спорном порядке в Уездный Комитет.

§ 149.

В пределах действия Лауенбургского закона 22 января 1876 г. о распределении общественных повинностей при раздроблении земельных участков (Офиц. еженед. газ., стр. 11) допускается:

1) вместо предоставленной в § 12 абз. 2 ук. зак. заинтересованным и патронатскому учреждению в двухнедельный срок жалобы на распределение повинностей в административном порядке, жалоба Уездному Комитету в порядке административно-спорного производства;

2) вместо предварительного распределения повинностей Ландратом (§ 16 ук. зак.), предварительное распределение их по постановлению Уездного Комитета, которое не подлежит обжалованию в административном порядке.

Глава XXII
Дела об отчуждении

§ 150.

Права и обязанности, возложенные законом 11 июня 1874 г. об отчуждении земельной собственности (Собр. зак., стр. 211) на Окружные Правления, осуществляются в случаях, указанных в § 15, 18—20, 24 и 27 назв. зак., Регирунгспрезидентом, а в случаях, указанных в § 3—5, 14, 21, 29, 32—35 и 53 абз. 2, Окружным Комитетом в административном порядке; в городском же округе Берлина первым отделением полицейского управления (Polizeipräsidiums).

На Окружной Комитет или на первое отделение полицейского управления в Берлине переходят также полномочия, принадлежащие Окружному Правлению на основании общего горного закона 25 июня 1865 г.

Состоявшиеся в первой инстанции постановления Окружного Комитета или первого отделения полицейского управления, поскольку не допускается предъявление иска в общем судебном порядке, подлежат в двухнедельный срок обжалованию в административном порядке министру публичных работ.

Трехдневный срок для обжалования, определенный законом 11 июня 1874 г. для случая, означенного в § 34, сохраняет свою силу.

§ 151.

Предоставленное абзацем 1-м § 53 закона 11 июня 1874 г. Ландрату (в Ганновере — соответствующему начальству) решение заменяется постановлением Уездного (Городского) Комитета.

§ 56 упомянутого закона отменяется.

§ 152.

Поскольку по сохранившим на основании § 54 № 1 закона 11 июня 1874 г. в интересах земледельческой культуры силу узаконениям об отчуждении, в связи с законом о местном управлении 30 июля 1883 г., Регирунгспрезидент должен был бы постановить решение об отчуждении, по этому предмету постановляет — независимо от правила § 97 настоящего закона — Окружной Комитет, за исключением случаев отчуждения для устройства плотин, принадлежащих плотинному союзу.

§ 153.

Окружной Комитет постановляет окончательно, не лишая права предъявить иск в общем судебном порядке, об определении вознаграждения в случаях, указанных в § 39 и сл. имперского закона 21 декабря 1871 г., относительно ограничения прав земельной собственности в окрестностях крепостей (Имперская законодат. газ., стр. 459).

Г л а в а XXIII
Личное состояние и подданство

§ 154.

Государственный надзор за служебными действиями должностных лиц, ведущих акты о состоянии, осуществляется в сельских общинах и вотчинных округах Ландратом, как председателем Уездного Комитета, в высшей же инстанции Регирунгспрезидентом и министром внутренних дел; в городских общинах Регирунгспрезидентом, а в высшей инстанции Обер-президентом и министром внутренних дел; в городском округе Берлина Обер-президентом и в высшей инстанции министром внутренних дел.

Вознаграждение должностным лицам, ведущим акты о состоянии, в случаях, указанных в абзаце 2-м § 7 имперского закона 6 февраля 1875 г. (абзац 1-й § 5 закона 8 марта 1874 г.), определяется в городских общинах общинным представительством, в сельских общинах по постановлению Уездного Комитета. Жалобы в административном порядке приносятся в обоих случаях в двухнедельный срок в Окружной Комитет. Решение Окружного Комитета окончательно.

§ 155.

Полномочия, предоставленные имперским законом 1 июня 1878 г. о приобретении и утрате союзного и государственного

подданства (Газ. союзн. зак., стр. 355) высшему административному учреждению, осуществляются отныне Регирунгспрезидентом.

На постановление Регирунгспрезидента, коим подданным другого входящего в Германский Союз государства или прежнему имперскому подданному отказано в выдаче удостоверения о принятии в подданство (Aufnahmeurkunde) или прусскому подданному в мирное время отказано в выдаче удостоверения об увольнении из подданства (§ 7, 15, 17 и последний абзац 21 указ. зак.), допускается в двухнедельный срок жалоба в административном порядке в Высший Административный Суд.

Г л а в а XXIV
Дела о налогах

§ 156.

Заменен постановлением закона о подоходном налоге 24 июня 1891 г., согласно которому общины и самостоятельные вотчинные округа (Guttbezirke) могут быть соединены в округ для предварительной оценки имущества правительством по выслушании заинтересованных лиц и по соглашению с Уездным Комитетом и, если бы такого соглашения нельзя было достигнуть, то Оберпрезидентом.

Г л а в а XXV
Дополнительные, переходные и заключительные постановления

§ 157.

Предписанный настоящим законом порядок обжалования определенному министру не касается основанного на действующих правилах участия других министров в разрешении жалобы.

§ 158.

Полномочия постановлять решения или определения в делах дорожной полиции и водных, предоставленные настоящим законом учреждениям, не касаются полномочий по делам железнодорожным, предоставленных местным полицейским учреждениям и министру публичных работ § 4 и 14 закона о железнодорожных предприятиях 3 ноября 1838 г. (Собр. зак., стр. 505) и § 7 закона 1 мая 1865 года (Собр. зак., стр. 317).

§ 159.

Полномочия, присвоенные § 7 и 22 закона о железнодорожных предприятиях 3 ноября 1838 г. и § 9 закона 1 мая 1865 г. (Собр. зак., стр. 317) уездному правлению, переходят к Министру Публичных Работ.

§ 160.

В случаях, означенных в § 1, 18, 34, 44, 46, 47, 54 и 140 настоящего закона, а также в § 53 закона об образовании водных товариществ 1 апреля 1879 г. (Собр. зак., стр. 297) Уездный (Городской) Комитет, Окружной Комитет и Высший административный Суд являются постольку компетентными, поскольку до настоящего времени на основании § 79 главы 14 части II Общего Земского Уложения, а также на основании § 9 и 10 закона о расширении средств обжалования 24 мая 1861 г. (Собр. зак., стр. 241) или на основании других действующих постановлений допускался общий судебный порядок.

При этом сохраняет силу начало, что постановляемые решения не касаются частно-гражданских отношений (§ 7 закона о местном управлении 30 июля 1883 г.).

§ 161.

Для Берлинского городского округа Окружной Комитет является компетентным также в случаях, означенных в § 14, 17 № 2 и 5, 42, 110—113, 128, 130, 132, 145 и абз. 3-й § 154 настоящего закона.

В случаях, означенных в § 115, 117, 124 и 141, вместо Окружного Комитета постановляет определения для г. Берлина президент полиции: на определения его, заключающие в себе отказ, жалоба приносится в двухнедельный срок в Окружной Комитет.

§ 162.

При определении количества населения города принимается в отношении постановлений настоящего закона во внимание количество местного гражданского населения, установленное последней переписью.

§ 163.

Настоящий закон вступает в действие одновременно с законом о местном управлении 30 июля 1883 г.

В отношении дел, возбужденных до этого времени, применяется правило, изложенное в 3-м абзаце § 154 последнего закона.

§ 164.

В день вступления в действие настоящего закона теряет во всех своих частях силу закон о компетенции административных и судебно-административных учреждений 26 июля 1876 г. (Собр. зак., стр. 297).

В указанный момент теряют также силу все постановления, противоречащие постановлениям настоящего закона.

В удостоверение чего за нашей собственноручной подписью и приложением королевской печати.

В и л ь г е л ь м.
Князь ф. Бисмарк, ф. Путткамер, Майбах, Луциус, Фридберг, ф. Госслер, ф. Шольц, гр. ф. Гоцфельд.

Ф Р А Н Ц И Я

I. ЗАКОН 21 июня 1865 года О СОВЕТАХ ПРЕФЕКТУРЫ

Ст. 1. Совет префектуры состоит из восьми членов, включая председателя в Сенском департаменте, из четырех членов в следующих департаментах: Aisne и др.[1], и из трех членов в остальных департаментах.

Ст. 2. Никто не может быть назначен советником префектуры, если он не достиг 25 лет, если кроме того он не имеет звания кандидата прав (licencié en droit), или если он не занимал, по крайней мере в течение десяти лет, платных должностей по административной или судебной службе, или же если он не был, в течение того же времени, членом генерального совета или мэром.

Ст. 3. Функции советника префектуры несовместимы с какой-либо другой государственной должностью и с каким-либо профессиональным занятием.

Ст. 4. Ежегодно, декретом императора[2], для каждого департамента, за исключением Сенского, один из советников префек-

[1] Всего в 29 департаментах.

[2] Теперь — президент республики.

туры назначается для председательствования в совете в тех случаях, когда префект отсутствует или почему-либо не может председательствовать.

Ст. 5. В каждой префектуре имеется один штатный генеральный секретарь. — Он исполняет обязанности правительственного комиссара. Он дает заключения в административно-спорных делах. — Аудиторы Государственного Совета, прикомандированные к префектуре, могут быть облечены функциями прокурорского надзора при ней.

Ст. 6. В случае недостаточности числа членов, необходимых для действительности решений, принимаются меры согласно с распоряжением 19 фруктидора года IX и с декретом 16 июня 1808 г.

Ст. 7. При каждом совете имеется секретарь, заведующий канцелярией (secrétaire-greffier), назначаемый префектом и избираемый из служащих в префектуре.

Ст. 8. Заседания советов префектуры по спорно-административным делам публичны.

Ст. 9. После доклада, который делается по каждому делу одним из советников, стороны могут предоставить свои замечания либо лично, либо через поверенного. — Мотивированное решение объявляется в заседании, после совещания без присутствия сторон.

Ст. 10. Отчеты коммунальных сборщиков (receveurs des communes) и благотворительных учреждений рассматриваются не в публичном заседании.

Ст. 11. На будущее время в совет префектуры вносятся все спорно-административные дела, решение по которым предоставляется префекту в совете префектуры, при условии обжалования в Государственный Совет.

Ст. 12. Обжалование в Государственный Совет решений советов префектуры по проступкам, репрессия которых вверена им по закону, может иметь место путем представления простой записки (simple mémoire) в генеральный секретариат префектуры или в су-префектуру и без участия адвоката при Государственном Совете. Представляющему записку выдается расписка, а записка немедленно препровождается префектом в генеральный секретариат Государственного Совета.

Ст. 13. К советам префектуры применяются постановления статьи 85 и статей 88 и следующих раздела V Кодекса гражданского судопроизводства и постановления 1036 того же Кодекса.

Ст. 14. Административный регламент устанавливает времен-

ные правила: 1) о сроках и формах, в которых могут быть оспариваемы решения советов префектуры; 2) о правилах производства, подлежащих соблюдению в советах префектуры, а именно по расследованиям, экспертизам и местным осмотрам; 3) об издержках. — Закон по этому предмету будет издан в течение пяти лет.

II. ЗАКОН 22 июля 1889 года О ПОРЯДКЕ ПРОИЗВОДСТВА ДЕЛ В СОВЕТАХ ПРЕФЕКТУРЫ

Раздел I
Представление прошений и общее направление дела

Ст. 1. — Прошения по делам, по которым совет префектуры призван решать в административно-судебном порядке, должны быть подаваемы в канцелярию совета, за исключением тех случаев, для которых особым законом установлен другой порядок.

Эти прошения, по вступлении их, тотчас записываются в реестр, который ведется секретарем, заведующим канцелярией; на прошениях, а также на документах, при них приложенных, кладется штемпельная отметка с указанием времени вступления их.

Секретарь выдает сторонам, по их требованию, удостоверение о подаче в канцелярию просьбы и различных представленных документов.

Ст. 2. — В прошении должны быть указаны имя, профессия и местожительство истца, а также имя и местожительство ответчика, предмет просьбы и перечень документов, которыми истец намеревается воспользоваться и которые приложены к прошению.

Ст. 3. — К прошениям, представляемым как частными лицами, так и администрацией, должны быть приложены удостоверенные просителем копии, предназначенные для сообщения сторонам в деле. Эти копии не подлежат оплате гербовым сбором.

Если не предоставлено ни одной копии или если число копий не соответствует числу участников в деле, имеющих отдельный интерес, которым совет префектуры делает сообщение, предусматриваемое статьей 6, истец уведомляется секретарем, что, если копии не будут представлены в пятнадцатидневный со

времени такого извещения срок, совет префектуры объявит прошение недействительным.

Ст. 4. — Стороны могут заявлять о своей просьбе через повестку пристава (par exploit d'huissier). В таком случае подлинная повестка представляется в канцелярию. Если она не представляется в течение пятнадцати дней со времени заявления, повестка теряет силу. Издержки по заявлению через пристава не входят в счет издержек производства.

Ст. 5. — Непосредственно после регистрации в канцелярии прошения председатель совета префектуры назначает докладчика, которому дело пересылается в двадцать четыре часа.

Ст. 6. — В течение восьми дней, следующих за этой пересылкой, совет префектуры в распорядительном заседании определяет, по выслушании докладчика, о вручении ответчикам исковых прошений.

Он устанавливает, сообразно с обстоятельствами дела, срок для доставления их ответа и назначает лицо, на которого возлагается это вручение.

Ст. 7. — Решения, принятые советом префектуры по подготовке (instruction) дел, в случаях, предусмотренных в предшествующей статье, сообщаются ответчикам, в порядке распорядительном и в определенные советом сроки, лицом, которое им назначено, равно как и копии прошений и записок, представленные в канцелярию во исполнение статьи 3.

В этом вручении выдается расписка.

За отсутствием расписки составляется протокол сообщения, редактируемый лицом, его сделавшим.

Расписка или протокол немедленно препровождается в канцелярию совета префектуры.

Ст. 8. — Стороны или их поверенные могут обозревать в канцелярии документы по делу.

Однако председатель совета может разрешить выдачу документов на срок, им определенный, по ходатайству адвокатов или стряпчих, представляющих интересы сторон.

Если поверенный стороны не является ни стряпчим, практикующим в департаменте, ни адвокатом, то он должен удостоверить свое полномочие актом, составленным домашним порядком, засвидетельствованным мэром и внесенным в реестр, или же подлинной доверенностью.

Лишенный права свидетельствовать на суде не может быть допущен в качестве поверенного стороны.

Тяжущийся, имеющий жительство вне департамента, должен избрать место пребывания в его главном городе.

Ст. 9. — Ответы и возражения представляются в канцелярию порядком, указанным в статьях 1, 2, 3 и 4 настоящего закона.

Сообщение их производится советом префектуры тем же порядком, какой установлен для вручения прошений.

Ст. 10. — Когда дело идет о проступке (contravention), то соблюдается следующий порядок, если не установлены особые правила специальными законами:

В течение десяти дней, следующих за составлением протокола о проступке и за удостоверением его под присягой, когда таковое требуется, префект делает распоряжение о вручении лицу, совершившему проступок, копии протокола, а также и удостоверения, с повесткой о вызове в месячный срок в совет префектуры. Вручение и вызов совершаются в порядке распорядительном.

В повестке о вызове должно быть указано обвиняемому, что, если он желает дать письменные объяснения, то он обязан представить их в пятнадцатидневный срок со времени сделанного ему вручения, и должно быть предложено ему сообщить, при представлении его письменного объяснения, желает ли он воспользоваться правом представить словесные объяснения в заседании.

О вручении и вызове составляется акт, который должен быть направлен в совет префектуры и занесен в реестр, как сказано в статье 1.

Совет префектуры делает в случае надобности распоряжение о сообщении подлежащему учреждению объяснения, представленного обвиняемым, и о сообщении обвиняемому ответа, данного учреждением.

Ст. 11. — Жалобы и протесты по производству выборов и по делам прямого обложения подлежат, как и прежде, представлению и дальнейшему производству в порядке, установленном специальными законами по этим предметам.

Когда стороны приглашаются доставить замечания во исполнение статьи 29 закона 21 апреля 1832 г. и статьи 37 закона 5 апреля 1884 г., им должно быть предложено сообщить, намерены ли они воспользоваться правом представить устные объяснения в публичном заседании, в котором будет рассматриваться дело.

Такой же порядок соблюдается при жалобах и протестах в отношении к сборам, по взиманию приуроченных к прямым

налогам и раскладки и распределение которых вверены ведомству обложения.

Жалобы и протесты по тем ассимилированным сборам, раскладки которых не вверены этому ведомству, направляются в порядке, установленном статьями 1—9 настоящего закона.

Ст. 12. — Когда дело подготовлено к слушанию или когда встречается надобность в проверке посредством экспертизы, исследования или другими подобными способами, то докладчик изготавливает доклад. — Этот доклад передается секретарю, который немедленно препровождает его правительственному комиссару.

Раздел II
О различных способах поверки

§ 1. — Об экспертах

Ст. 13. — Совет префектуры может или по своему усмотрению, или по просьбе сторон или одной из них, постановить, прежде рассмотрения дела по существу, чтобы произведена была экспертиза по предметам, указанным в его определении.

По делам об убытках, возникающих из выполнения общественных работ, или о специальных пособиях при чрезвычайных повреждениях проселочных дорог, экспертиза должна быть произведена, если о производстве ее просят стороны или одна из них для поверки обстоятельств, служащих основанием требования.

Ст. 14. — Экспертиза производится тремя экспертами, если только стороны сами не признают, чтобы она была произведена одним экспертом.

В последнем случае эксперт назначается советом, если только стороны сами не укажут его по взаимному согласию.

Если экспертиза поручается трем экспертам, один из них назначается советом префектуры, и каждая из сторон приглашается назначить своего эксперта.

Ст. 15. — Стороны, не присутствовавшие в публичном заседании, в котором состоялось определение об экспертизе, или не указавшие своего эксперта в своих прошениях и записках, приглашаются, посредством извещения, делаемого согласно ст. 7, указать эксперта в восьмидневный срок.

Если это указание не будет сообщено в канцелярию в этот срок, назначение эксперта производится по усмотрению совета префектуры.

Ст. 16. — В определении совета префектуры, которое по-

становляет произвести экспертизу и устанавливает предмет ее и которое назначает эксперта или экспертов, указывается орган власти, перед которым они должны быть приведены к присяге, если только он не освобождает их от нее с согласия сторон.

Привод к присяге и составление протокола не оплачивается какой-либо пошлиной.

Совет префектуры, кроме того, назначает срок, в который эксперты обязаны представить в канцелярию свой доклад.

Ст. 17. — Должностные лица, которыми выражено мнение по спорному делу или которые принимали участие в работах, давших повод к иску, не могут быть назначаемы экспертами.

Правила, установленные Кодексом гражданского судопроизводства для отвода экспертов, применяются в том случае, когда эксперты назначаются по усмотрению совета префектуры.

Отвод должен быть предъявлен в течение восьми дней со времени объявления определения о назначении эксперта. Отвод рассматривается безотлагательно.

Ст. 18. — В том случае, когда эксперт не принимает возлагаемого на него поручения, назначается другой на его место.

Эксперт, который, приняв поручение, не исполнит его, и тот, который не представит своего доклада в срок, назначенный советом префектуры, могут быть подвергнуты взысканию всех напрасных издержек и даже, в случае надобности, убытков. Кроме того, эксперт, в случае надобности, заменяется другим.

Ст. 19. — Стороны должны быть извещаемы экспертом или экспертами о днях и часах, в которые будет производиться экспертиза; это извещение посылается им по крайней мере за четыре дня заказным письмом.

Замечания, делаемые сторонами во время производства экспертизы, должны быть упомянуты в докладе.

Ст. 20. — Если назначаются несколько экспертов, они совместно совершают местный осмотр и составляют один общий доклад. В случае разногласия между ними они указывают, каждый, свое мнение и мотивы последнего.

Ст. 21. — Доклад представляется в канцелярию совета. Стороны приглашаются, посредством объявления в порядке, установленном статьей 7, ознакомиться с докладом и сообщить свои замечания в пятнадцатидневный срок; может быть предоставлена отсрочка.

Ст. 22. — Если совет не находит в докладе об экспертизе достаточных разъяснений, то он может предписать дополнитель-

ное исследование или же постановить о вызове экспертов для сообщения совету необходимых объяснений и сведений.

Совет ни в каком случае не обязан подчиняться мнению экспертов.

Ст. 23. — Эксперты присоединяют к своему докладу опись своих расходов и вознаграждения.

Расчет последних производится распоряжением председателя совета префектуры, даже по делам о прямых налогах или уподобленных им сборах, сообразно с тарифом, который будет установлен административным регламентом; но эксперты или стороны могут, в течение трех дней со времени объявления им указанного распоряжения, обжаловать расчет перед советом префектуры, который делает свое постановление по этому предмету в распорядительном заседании.

Ст. 24. — В случае безотлагательности председатель совета префектуры может, по просьбе сторон, назначить эксперта для установления обстоятельств, могущих обосновать требование, заявленное перед этим советом.

Об этом немедленно извещается подлежащий ответчик.

§ 2. — О местных осмотрах

Ст. 25. — Совет может, если признает это нужным, постановить, что или он в полном составе, или один либо несколько из членов его отправятся на место для производства там установления и поверки обстоятельств, указанных в его определении.

Совет или его члены могут, кроме того, при производстве осмотра на месте, выслушать сообщения тех лиц, которые они укажут, и совершить в их присутствии действия, которые будут призваны полезными.

Стороны извещаются объявлением в порядке, указанном в статье 7, о дне и часе, когда должен быть произведен осмотр на месте.

Составляется протокол осмотра. Издержки на производство осмотра вносятся в общий счет расходов производства.

§ 3. — Об исследованиях и допросах

Ст. 26. — Совет может, либо по просьбе сторон, либо по своему усмотрению, постановить об исследовании обстоятельств, установление которых признается им полезным для подготовки дела.

Ст. 27. — В определении об исследовании указываются обстоятельства, которых оно должно касаться, и постановляется, смотря по надобности, будет ли оно произведено перед советом в публичном заседании или перед одним из членов совета, который отправится на место.

Ст. 28. — Стороны извещаются объявлением в порядке, указанном в статье 7, что они могут ознакомиться в канцелярии с определением о производстве исследования, причем они приглашаются представить своих свидетелей в день, указанный в этом определении.

Стороны могут вызывать свидетелей, на свой счет, повестками через пристава.

Ст. 29. — Не могут быть выслушиваемы, в качестве свидетелей, состоящие в свойстве или родстве по прямой линии с одним из тяжущихся или их супругами.

Все прочие лица допускаются в качестве свидетелей, за исключением тех, которые не правоспособны свидетельствовать на суде.

Ст. 30. — Свидетели выслушиваются отдельно как в присутствии, так и в отсутствии сторон. Каждый свидетель, до снятия с него допроса, объявляет свою фамилию, имена, занятие, возраст и место жительства, а также, состоит ли он в родстве или свойстве с тяжущимися и в какой степени, и не состоит ли он в услужении одного из тяжущихся. Он приносит присягу в том, что будет говорить правду.

Лица, не достигшие полных пятнадцати лет, не допускаются к принесению присяги, и показания их могут быть принимаемы лишь к сведению.

Свидетели могут быть допрашиваемы снова и подвергаемы очной ставке.

Ст. 31. — В том случае, когда исследование производится в публичном заседании, секретарь составляет протокол допроса свидетелей.

Этот протокол подписывается президентом и присовокупляется к подлинному определению.

Ст. 32. — Если исследование поручается одному из членов совета, то составляется протокол, содержащий в себе: указание дня, места и часа исследования; упоминание об отсутствии или присутствии тяжущихся; имена, фамилии, занятия и местожительства свидетелей; предъявленные основания для отвода; присяга, принесенная свидетелями, или основания к неприведению их к присяге; их показания. Каждому свидетелю прочитывается

его показание, после чего свидетель подписывает его, или же делается пометка, что он не умеет, не может или не желает подписать его.

Протокол, составленный производившим исследование, передается в канцелярию совета.

Ст. 33. — Если тяжущиеся не присутствовали при исследовании, то они уведомляются посредством объявления в порядке, указанном в статье 7, что они могут ознакомиться с протоколом в канцелярии в срок, назначаемый советом префектуры.

Ст. 34. — Когда совет префектуры постановляет об исследовании по предмету действительности выборного производства, оспариваемого перед ним, он должен постановить решение по жалобе в срок, определенный статьей 38 закона 5 апреля 1884 года.

Извещения, предусматриваемые статьями 28 и 33, могут быть делаемы согласно с последними параграфами статьи 4.

Ст. 35. — Если свидетели, допрошенные при исследовании, требуют вознаграждения, последнее производится председателем совета или членом, совершившим исследование, в подлежащем случае, сообразно с тарифом, который будет определен в административном регламенте.

По делам о выборном производстве вознаграждения свидетелям не полагается.

Ст. 36. — Совет может, либо по своему усмотрению, либо по просьбе тяжущихся, постановить, что тяжущиеся будут допрошены или в публичном заседании, или в распорядительном заседании.

§ 4. — О поверке подлинности и заявлении о подлоге

Ст. 37. — Совет может постановить о производстве поверки подлинности одним или несколькими экспертами, по его назначению, в присутствии одного из членов совета, назначенного для этой цели.

Ст. 38. — В случае заявления о подлоге какого-либо представленного документа совет назначает срок, в течение которого сторона, представившая его, обязана заявить, намерена ли она воспользоваться им.

Если сторона заявляет, что она не намерена воспользоваться документом, или не делает вовсе заявления, документ устраняется из производства.

Если сторона заявляет, что она намерена воспользоваться документом, совет может либо отложить постановление решения

по существу дела до разрешения вопроса о подлоге компетентным судом, либо постановить решение по существу, если он признает, что решение не находится в зависимости от документа, о подлоге которого заявлено.

Р а з д е л III
О частных производствах

Ст. 39. — К частным прошениям применяются правила, установленные статьями 1—9 настоящего закона.

Ст. 40. — Вступление в дело допускается со стороны тех, которые заинтересованы решением по тяжбе, производящейся в совете префектуры.

Ст. 41. — Постановления статей 378—389 Кодекса гражданского судопроизводства об отводе судей применяются к советам префектуры.

Ст. 42. — Отказ от требования может быть сделан и принят актами, подписанными тяжущимися или их поверенными и представленными в канцелярию.

Судебные издержки падают на сторону, заявляющую об отказе.

Р а з д е л IV
О решении

Ст. 43. — Список дел, подлежащих слушанию в каждом публичном заседании, определяется председателем совета; он сообщается правительственному комиссару и вывешивается при входе в зал заседаний.

Ст. 44. — Тяжущиеся должны быть извещены объявлением в порядке, указанном в статье 7, о дне, в который дело будет слушаться в публичном заседании.

Если сторона имеет своего представителя перед советом, извещение посылается ее поверенному или защитнику, жительствующему в департаменте.

В обоих случаях уведомление совершается по крайней мере за четыре дня до заседания.

По делам о прямых налогах и уподобленных им сборах, о выборах и о проступках извещаются лишь те тяжущиеся, которые уведомили, до составления списка дел, о своем намерении представить словесные объяснения.

Извещение, по этим же делам, может быть сделано заказным письмом, не подлежащим оплате почтовым сбором.

Если жалобщики по предмету выборного производства не имеют общего поверенного или защитника, достаточно извещения первого из подписавших жалобу.

Ст. 45. — После доклада, который производится по каждому делу одним из советников, тяжущиеся могут представить, либо лично, либо через поверенного, устные объяснения в подкрепление их письменных заключений.

Совет префектуры может равным образом выслушивать чинов компетентного учреждения или приглашать их для сообщения совету объяснений.

Если тяжущиеся представят новые заключения или новые доводы, совет не может принять их, не постановив о дополнительной подготовке.

Ст. 46. — Правительственный комиссар дает свои заключения по всем делам.

Ст. 47. — По всем предметам решения советов префектуры постановляются в составе нечетного числа советников. — Они постановляются по меньшей мере тремя советниками, включая председателя.

Решение объявляется в публичном заседании после совещания в отсутствие сторон.

Ст. 48. — В решениях совета префектуры упоминается, что решение постановлено в публичном заседании. — Решения заключают в себе фамилии и заключения тяжущихся, перечисление документов и указание на законы, которые применяются в них. Когда совет постановляет решения карательного свойства, законодательные постановления должны быть приведены текстуально. В решениях указывается, что тяжущиеся или их поверенные или защитники и правительственный комиссар были выслушаны. — Решения мотивируются.

В решениях упоминаются фамилии членов, участвовавших в их постановке.

Подлинное решение подписывается, в суточный срок, председателем, докладчиком и секретарем.

Ст. 49. — Подлинные решения совета префектуры по каждому делу сохраняются в канцелярии, вместе с перепиской и документами, относящимися к подготовке дела. Документы, принадлежащие тяжущимся, возвращаются им под расписку, если только совет префектуры не постановит о том, чтобы некоторые из этих документов оставались приложенными к решению.

Решения совета префектуры подлежат принудительному исполнению.

Ст. 50. — К советам префектуры применяются постановления статьи 85 и статей 88 и следующих раздела V Кодекса гражданского судопроизводства и постановления статьи 41 закона 29 июля 1881 г.

Однако, если отыскиваются убытки по поводу речей и письменных объяснений какой-либо стороны или ее защитника, совет префектуры выделяет этот иск, по которому постановляется впоследствии компетентным судом решение согласно с последним параграфом упомянутой статьи 41.

То же имеет место и в том случае, если, помимо замечаний, с которыми совет может обратиться к адвокатам и подлежащим должностным лицам, он полагает, что уместным может оказаться здесь другое дисциплинарное наказание.

Постановления статьи 85 Кодекса гражданского судопроизводства имеют применение к защитникам тяжущихся, не состоящим адвокатами и стряпчими, а равно и к самим тяжущимся.

Ст. 51. — Засвидетельствованная копия решения выдается секретарем по предъявлении требования о том. О каждом решении сообщается тяжущимся в их действительном месте жительства, в порядке административном, заботами префекта, когда иск предъявлен от имени государства или против него и когда совет префектуры постановляет карательное решение, не нарушая права тяжущегося сделать извещение повесткой через пристава.

В других случаях извещение делается повесткой через пристава.

Однако ни в чем не изменяются специальные правила, установленные для сообщения решений по делам о прямых налогах и уподобленных им сборах, а также по делам о выборном производстве.

Раздел V
Об отзыве и обжаловании в Государственный Совет

Ст. 52. — Решения, постановленные советами префектуры по административно-спорным делам без участия сторон, могут быть обжалованы путем подачи отзыва в месячный срок со времени извещения о решении тяжущегося. В акте извещения должно быть указано тяжущемуся, что, по истечении названного срока, он лишается права подать отзыв.

Подача отзыва совершается по правилам, установленным ста-

тьями 1—4 настоящего закона. Порядок сношений тот же, как и по исковым прошениям.

Ст. 53. — Почитаются состоявшимися при участии сторон решения, постановленные по прошениям или ответным запискам тяжущихся, хотя бы сами тяжущиеся или их поверенные и не представили словесных объяснений в публичном заседании.

Однако, если после экспертизы стороны не были приглашены ознакомиться с докладом экспертов, они могут подать отзыв против решения совета префектуры.

Ст. 54. — Когда требование предъявляется против двух или нескольких тяжущихся и когда одним или несколькими из них не будет представлено ответа, совет откладывает решение по существу и постановляет, чтобы неявившиеся тяжущиеся были извещены об этой отсрочке уведомлением в порядке, указанном в статье 7, и чтобы они были приглашены представить свой ответ в срок, им назначаемый. По истечении этого срока постановляется решение, не подлежащее возражению ни с чьей стороны.

Ст. 55. — Подача отзыва приостанавливает исполнение, если только не было постановлено иное решение заочным.

Ст. 56. — Всякий, не участвовавший в деле, может обжаловать решение, которое причиняет вред его правам и перед постановкой которого не были вызваны ни он, ни те, кого он представляет.

Подготовка дела по такому обжалованию производится в порядке, установленном статьями 1—9 настоящего закона.

Ст. 57. — Решения советов префектуры могут быть обжалованы в Государственный Совет в двухмесячный срок со времени извещения, когда эти решения постановлены при участии сторон, и со времени истечения срока подачи отзыва, когда решения были постановлены заочно.

Ст. 58. — Этот двухмесячный срок увеличивается согласно статье 73 Кодекса гражданского судопроизводства, измененной законом 3 мая 1862 года, когда проситель жительствует не в пределах континентальной Франции.

Ст. 59. — Срок обжалования против государства или учреждений, представляемых префектом, течет либо со дня извещения о решении префекта сторонами, либо со дня извещения сторон префектом. — Когда совет префектуры постановляет карательное решение, срок обжалования против администрации течет со дня постановки решения.

Ст. 60. — Постановления Кодекса гражданского судопроиз-

водства касательно обжалования частных определений имеют применение к жалобам на определения советов префектуры.

Ст. 61. — Жалобы в Государственный Совет на решения советов префектуры могут быть приносимы без пошлин и без участия адвоката при Государственном Совете по делам:

1) О прямых налогах или сборах, уподобленных этим налогам в порядке взыскания;

2) О выборах;

3) О проступках против законов и регламентов по дорожному делу и других проступках, репрессия которых принадлежит совету префектуры, а также по захвату проселочных дорог.

Однако от взимания гербового сбора жалобы по делам о прямых налогах и сборах, им уподобленных, освобождаются только в том случае, когда сумма сбора не превышает 30 франков, кроме уплаты натурой за проселочные дороги.

Жалоба может быть, в вышеуказанных случаях, представлена или в главный секретариат Государственного Совета, или в префектуру, или в суб-префектуру. В последних двух случаях по жалобе кладется штемпельная пометка о времени ее подачи, и жалоба препровождается префектом в главный секретариат Государственного Совета.

В принятии жалобы выдается, по просьбе стороны, расписка.

Раздел VI
Об издержках

Ст. 62. — Сторона, против которой постановлено решение, присуждается к уплате издержек.

Издержки могут быть, сообразно с обстоятельствами дела, зачтены полностью или в части.

Ст. 63. — Предшествующая статья имеет применение к администрации в спорах, касающихся либо государственных имуществ, либо исполнения контрактов, заключенных для целей государственной службы, либо возмещения убытков, по которым советы префектуры приглашаются постановить решение.

По делам карательного свойства сторона оправданная освобождается от издержек.

По делам о выборах издержки не присуждаются.

Определение издержек по экспертизе производится председателем совета префектуры согласно статье 23.

Ст. 64. — В состав издержек могут входить только гербовые или явочные пошлины, расходы по изготовлению копий прошений и записок, издержки по экспертизе, исследованиям и дру-

гим способам подготовки дела, а также издержки по объявлению решения.

Ст. 65. — Определение издержек производится, если возможно, в решении по делу сообразно таксе, которая будет установлена административным регламентом.

Ст. 66. — Если расчет издержек не был своевременно представлен совету префектуры, определение их производится председателем совета по выслушании докладчика.

Тяжущиеся могут обжаловать это определение перед советом префектуры, который постановляет по жалобе в распорядительном заседании, в восьмидневный срок со времени извещения.

Ст. 67. — Административный регламент по установлению таксы издержек должен быть издан в течение шести месяцев со времени обнародования настоящего закона.

Ст. 68. — Отменяются постановления закона и регламенты, противные настоящему закону.

ГЕОРГ ЕЛЛИНЕК

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ГОСУДАРСТВЕ

Глава двадцать вторая
ГАРАНТИИ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Всякое право есть право действующее. Действие же права должно быть каким-либо образом обеспечено, т.е. должны существовать силы, наличность которых давала бы участникам правового общения возможность считать вероятным превращение правовых норм из предъявляемой человеческой воле абстрактных требований в конкретные действия. Абсолютные гарантии, правда, невозможны, ибо абсолютно достоверному нет места в человеческих учреждениях, всегда несовершенных.

Гарантии публичного права так же различны на разных ступенях культурного развития и в отдельных государствах, как и право вообще. Поэтому всякий правопорядок имеет в каждую данную эпоху свои особые гарантии. Исчерпывающий анализ и перечисление их возможны поэтому только в учении об отдельных учреждениях конкретного государства в определенную эпоху. Общее учение о государственном праве, однако, может и должно для завершения своей задачи рассмотреть и систематизировать по общим категориям различные средства, гарантирующие публичное право.

Публичное право, как и всякое право, обеспечивается трояко-го рода гарантиями; гарантиями социальными, политическими и правовыми. Что право существует не исключительно там, где имеются правовые гарантии, — было показано уже выше. В частности, это относится к международному праву, гарантии которого имеют преимущественно социальный и политический характер. Детальное рассмотрение гарантий международного права выходит, однако, за пределы общего учения о государственном праве.

О социальных гарантиях публичного права достаточно сказать здесь несколько слов, так как мы можем сослаться на сделанные уже выше указания. Великие социальные силы: религия, мораль, общественные нравы, словом, вся совокупность культурных факторов и обусловливаемые ими интере-

сы и общественные различия непрерывно воздействуют на построение и развитие права и дают сильнейшую, только совершенствуемую другими факторами, гарантию его действительности. Они представляют могущественнейшее фактическое ограничение всякого произвола, даже поскольку он возможен с абстрактно юридической точки зрения, и с силою, превосходящею влияние сознательной воли, определяют реальную жизнь государственных учреждений и историю государств. Но по самой природе своей они могут также идти вразрез с действующим правом, могут в равной мере явиться как правоохраняющими, так и праворазрушающими силами. Они оказывают воздействие, далее, по общему правилу, на весь правопорядок, но нередко не проявляют своего влияния в отдельных случаях. Поэтому социальные гарантии, хотя и могут сами по себе обеспечить действие правопорядка, но тем не менее являются лишь несовершенными, а потому и сам правопорядок представляется несовершенным.

Таких социальных гарантий никогда не был чужд ни один длящийся порядок государственных отношений. Даже произвол властителей, мнивших себя свободными от всякого человеческого закона, находил в них свой предел или падал в борьбе с ним.

П о л и т и ч е с к и е г а р а н т и и заключаются в реальном соотношении сил организованных государственных факторов: самих государств в международно-правовых отношениях, органов государства в отношениях государственно-правовых. Важнейшая политическая гарантия государственного порядка заключается в характере разделения власти, находящего свое выражение в организации государства.

Такое разделение власти может быть сознательно установлено с целью обеспечения публичного права, но может оказывать действие также в силу самого факта своего существования. Необходимость предоставить попечение о значительной части государственных дел должностным лицам и в абсолютных государствах означает ограничение реальной власти монарха, что, впрочем, может как гарантировать право, так и сопровождаться противоположными последствиями. Но фактическое разделение власти между разными членами государства во все времена признавалось важнейшим средством к обеспечению существующего порядка, хотя рядом с этим оно всегда преследовало и другие цели.

Античные республики усматривали в разделении функций власти между различными магистратами, в порядке их взаимных отношений, весьма действительное средство к охранению их учреждений. В развитом средневековом государстве политическое

разделение власти eo ipso вытекало уже из противоположности между rex и regnum. Развитая организация современного государства основана на существовании разграниченных, относительно не зависимых друг от друга компетенций. Отчасти это разграничение совершилось независимо от какой бы то ни было политической теории; в широких размерах оно проведено было позднее на континент Европы под влиянием общих теорий, в частности учения о разделении властей. Создание особых органов для отдельных функций государства имело также целью гарантировать путем такого разделения власти неприкосновенность публичного правопорядка[1]. Характер организации учреждений: единоличные или коллегиальные, самоуправление в разных его формах, обеспечение профессиональным должностным лицам прочного правового положения — также осодействует гарантированию публичного права.

Другие политические гарантии оказались с течением времени менее существенными. Сюда относится прежде всего установленная законом политическая присяга, которая всего чаще требовалась именно там, где действие ее оказывалось всего менее значительным.

Политические гарантии имеют то общее с социальными гарантиями свойство, что действие их не может быть предусмотрено с полной достоверностью. Подобно социальным гарантиям они могут влечь за собою последствия, противоположные тем, которые имелись в виду. В создании народных представительств первоначально усматривали на континенте вернейшую гарантию осуществления правопорядка. История показала, однако, что произвол парламентов и падение парламентских нравов могут в такой же мере оказывать праворазрушающее действие, как княжеское и бюрократическое всемогущество.

Правовые гарантии отличаются от социальных и политических тем, что действие их может быть с достоверностью предусмотрено. Сомнения может вызывать только вопрос о том, санкционированы ли они в отдельном случае, достаточны ли в их конкретном виде, найдут ли они применение при всех обстоя-

[1] Теоретически, разделение властей должно гарантировать только правовое положение индивида: цель его, по М о н т е с к ь е, есть liberté politique. Практика, однако, иначе воспользовалась этим учением. Как известно, отделение суда от управления проведено во Франции с 1790 г. не столько в интересах независимости правосудия, сколько в интересах свободы управления от какого бы то ни было судебного контроля.

тельствах: такое несовершенство свойственно всякому делу рук человеческих. Но по самому существу своему они призваны служить обеспечению права. При взаимодействии всех социальных явлений они сопровождаются также побочными социальными и политическими последствиями.

Правовые гарантии распадаются на две основные категории: целью их является обеспечение либо объективного права, либо индивидуальной правовой сферы, в которой, впрочем, всегда заключается также момент гарантирования объективного права, так что, точнее говоря, целью их является обеспечение преимущественно объективного или субъективного права.

Правовые учреждения, через посредство которых осуществляются эти гарантии, распадаются на четыре класса: контроль, суд, средства правовой защиты, индивидуальная ответственность.

Контроль, т.е. проверка важных для государства действий его органов и членов с точки зрения соответствия их определенным нормам, может быть политический или правовой. Здесь мы рассмотрим только правовой контроль, целью которого служит оценка упомянутых действий с точки зрения соответствия их правовым нормам.

Такой контроль весьма распространен в современном государстве. Он распадается на а д м и н и с т р а т и в н ы й к о н т р о л ь, осуществляемый высшим установлением по отношению к низшему, в последней инстанции — главою государства. Сюда относится также контроль государства над органами самоуправления. Далее, ф и н а н с о в ы й контроль, нередко отделенный от административного, осуществляемый особыми контрольными установлениями, частью относящийся к следующей категории. Последняя обнимает п а р л а м е н т с к и й контроль, значение и развитие которого различны в отдельных государствах. Он осуществляется путем парламентской критики действий правительственных органов, далее при помощи конституционных средств интерпелляции, резолюции, назначения парламентского следствия, адреса корон, действие которых обусловлено конкретной силою парламента. Они могут служить как политическим целям, так и целям правового контроля. Столь важные в парламентарных государствах вотумы недоверия по общему правилу применяются только по политическим основаниям. То же самое относится и к полномочиям правительства по от-

ношению к парламентам, в частности к праву распущения выборной палаты.

Индивидуальную ответственность перед государством несет всякий государственный орган, который прямо не освобожден законом от этой ответственности. Такой полной безответственностью обладает только монарх, который лично, как индивид, никогда не может быть привлечен к ответственности. Палаты также свободны от всякой ответственности, но только в пределах их деятельности в качестве коллегиальных государственных органов. Отдельные же члены палат подлежат за свою деятельность в качестве депутатов ответственности — правда, весьма ограниченной — перед самой палатой. Должностные лица, напротив того, ответственны перед государством за правомерное отправление должности, причем возможна гражданско-правовая, уголовная и дисциплинарная ответственность. Эта ответственность, по общему правилу, осуществляется через посредство судов и дисциплинарных учреждений. Исключение составляет во многих государствах ответственность высших должностных лиц. Для них существует особый государственный суд, и роль истца принадлежит парламенту. Исторически это учреждение — в той форме, в какой оно мыслится теперь — впервые развилось в Англии, хотя и другие сословные государства имели аналогичные институты. В Англии, как и в некоторых других местах, высшие должностные лица привлекались к ответственности перед верховным судебным установлением империи, именно перед палатою лордов; особенностью являлась, однако, жалоба общин. Это the Impeachment сделалось впоследствии привилегией подлежавших ему высших должностных лиц, так что преследование их было возможно только этим путем. Этот институт был сперва реципирован Америкой, но с значительными модификациями. Здесь сенат является судьею, а жалобщиками — депутаты. Обвиняемый может, однако, быть приговорен только к отставлению от должности и лишению политических прав; уголовное наказание в подлежащих случаях должно быть постановлено обыкновенным судьей. Английская и американская система Impeachment положена в основу современных законов об ответственности министров, в деталях весьма различных в отдельных государствах. Эта ответственность министров может иметь как политический, так и правовой характер.

Практическое значение ее всего меньше в парламентарных государствах, где кабинеты легко могут быть удаляемы посредством выражения недоверия. Вообще эта ответственность имеет более принципиальное, нежели практическое, значение. Подробно мы здесь на этом вопросе останавливаться не можем.

О т п р а в л е н и е п р а в о с у д и я есть государственная функция, целью которой служит защита всего права. Здесь мы имеем в виду не столько формальное, сколько материальное правосудие. Поэтому оно может также быть осуществляемо учреждениями, организация которых представляет уклонения от традиционного типа обыкновенных судов. Существенны независимость правосудия от административных влияний и упорядоченное правом производство. Судьбе принадлежит различно нормируемая конкретными законодательствами обязанность проверки законов и распоряжений с точки зрения их правомерности, что в свою очередь заключает в себе важную гарантию публичного права. Государство может пользоваться правосудием и для решения вопросов объективного права, а именно представляя роли сторон своим органам, как это имеет место при спорах о компетенции.

Подчинение суду всей области публичного права является одним из существеннейших успехов, достигнутых современным государством в течение XIX века. Оно нашло свое выражение прежде всего в установлении и осуществлении административной юстиции, весьма различно организованной в отдельных государствах. Хотя она и применяется также для защиты объективного права, ближайшим образом она, однако, служит гарантией субъективных публичных прав индивидов и союзов.

С р е д с т в а п р а в о в о й з а щ и т ы предоставлены подданным в широких размерах для защиты их публичных прав. И перед ними должностное лицо несет гражданско-правовую ответственность, может быть ими привлечено к уголовной ответственности, далее, перед ними ответственно и государство, хотя в этом отношении еще не редки ограничительные определения. Притязание, управомочивающее к предъявлению административного иска, как и вообще притязание на правовую защиту, имеет публичный характер. К нему присоединяется административная жалоба, а равно и притязание на защиту и покровительство интересам индивида. С просьбою о праве индивид может обра-

щаться не только к судебным и административным установлениям, но и к высшим государственным органам — в частности, к палатам в силу права петиции, осуществление которого дает последним возможность вотировать обязательные для правительства решения в целях защиты индивидуального права.

Мысленно обозревая процесс все прогрессирующей обеспеченности публичного права и исполнения основанных на нем требований индивида к государству, мы не можем, как бы пессимистически мы не относились к совершенству человеческих учреждений, отказаться от идеи, что будущему суждено сделать трудно достижимое благо ненарушимого правопорядка постоянной принадлежностью государств и вместе с тем человечества. Да будет нам позволено, в заключение этого труда, выразить надежду на близкое осуществление этого лучшего будущего.

Н. П. КАРАДЖЕ-ИСКРОВ

НОВЕЙШАЯ ЭВОЛЮЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА[1]

I. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО ЭПОХИ ПОЛИЦЕЙСКОГО ГОСУДАРСТВА

Выйдя победителем из борьбы с феодалами и городами, монарх эпохи полицейского государства[2] обладал неограниченной властью. Все, что он прикажет, обязательно. Никаких юридических границ его власть не имеет. Он отвечает только перед богом и своей совестью, руководствуется он исключительно соображениями целесообразности, пользы, фактической необходимости. Его чиновник действует лишь на основании его инструкций. Однако эти инструкции не создают прав ни для чиновников, ни для подданных.

По отношению к монарху и своим начальникам чиновник обязан беспрекословным повиновением. Здесь он совершенно бесправен. Но по отношению к обывателю чиновник является маленьким царьком: из инструкций, которыми руководствуется чиновник, никаких прав для обывателя не возникает. Недовольный действиями чиновника, обыватель может лишь обратиться с жалобой по начальству, вплоть до самого монарха. К этому еще следует прибавить, что монарх смотрел на своих подданных, как на лиц несовершеннолетних, неспособных понимать, в чем заключается их собственное благо. В связи с этим полицейская опека проникала во все подробности народной жизни. Так, по указу Александра I, вход в гостиницы, рестораций и трактиры доз-

[1] Вступительная лекция, прочитанная 8 сентября 1926 года в Иркутском государственном университете.

[2] Otto Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. I. 1924, § 4. Fleiner. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 1922, § 3. Hatschek. Lehrbuch des Deutschen und Preussischen Verwaltungsrechts. 1924, § 1. Schön. Deutsches Verwaltungsrecht, § 4. (Holtzendorff–Kohler. Enzyclopädie der Rechtswissenschaft. IV. 1914). Stein. Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. 1912, § 2.

воляется только людям в пристойной одежде и наружной благовидности. Солдат же и людей в ливрее в эти заведения впускать запрещалось. Экипажи для езды по городу разрешалось иметь только людям благородным. Первогильдейский купец мог, по указу 1807 года, ездить четвернею, купец второй гильдии — парою, а третьей — лишь на одной лошади. Излишних лошадей предписывалось на месте отпрягать и ямских отдавать обратно извозчикам, а собственных продавать и деньги отсылать на дело призрения бедных. По указу Николая I (1835), содержатели харчевен не должны давать людям в крестьянской одежде — армяках, смурых кафтанах, нагольных тулупах — таких аристократических блюд, как индейки, каплуны, пулярдки, дичь, стерлядь, осетрину и белугу[1]. Примеры такого рода можно умножить до бесконечности.

Никакой судебной защиты в сфере административного права полицейское государство не знало. Собственно говоря, и административного права-то не было[2].

Иное дело сфера права гражданского и уголовного. Здесь имеются определенные нормы, обязательные для всех, и есть суд, следящий за их применением. Не в пример административным, гражданские и уголовные законы публикуются во всеобщее сведение. Хотя правосудие отправляется именем монарха, хотя он может в него вмешиваться посредством приказов и самостоятельного решения любого дела, однако фактически он почти не вмешивается, оставляя судам действовать на основании законов. Таким образом, обыватель может более или менее предвидеть, что его ожидает в этой сфере: мы имеем некоторый правопорядок.

Для того чтобы создать хоть какие-нибудь гарантии в области публичного права, на нее стали распространять гражданское право и гражданский процесс. Германия в этом отношении шла впереди других стран. Этот процесс до сих пор там не изжит. Поэтому особенно интересно проследить это распространение частного права за счет публичного именно на ее примере.

По Германскому праву эпохи полицейского государства раз-

[1] Указы эти приведены у профессора А. И. Елистратова. Основные начала административного права. 1917, стр. 11 и след.

[2] Нельзя, однако, согласиться с Отто Майером, который (назв. соч. стр. 48) говорит, что, кроме гражданского, не было никакого другого права. Ведь уже, во всяком случае, существовали (как это признает и сам Отто Майер, стр. 42) уголовное и процессуальное право. На эту непоследовательность Отто Майера указал Кельзен. Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Archiv für öffentliches Recht, 1913. Bd. 31, стр. 69 и след.

личаются два вида отношений между государством и подданными. В одних отношениях государство выступает как носитель публичной власти; они регулируются публичным правом и споры по поводу них решаются ведомственным порядком. В других отношениях государство выступает как обыкновенный гражданин; оно здесь носит название фиск; эти отношения регулируются гражданским правом и споры по поводу них разбирает обыкновенный суд.

Юридическая личность государства, таким образом, раздвоилась. Получились два самостоятельных лица: 1) государство-публичная власть, 2) фиск. При этом фиск играл очень своеобразную роль по отношению к государству — публичной власти: он расплачивался за ее грехи, являясь как бы козлом отпущения. Говоря точнее, фиск возмещал убытки, причиненные государственной властью. Например, государство, в силу принадлежащей ему власти приказывать, назначает чиновника: тотчас же фиск заключает с ним договор личного найма — locatio-conductio operarum, которым принимает на себя обязанность платить жалованье. Государство экспроприирует земельный участок: для фиска возникает обязанность "вознаградить потерпевшего". Государство взимает налог свыше установленной законом нормы: фиск отвечает за неосновательное обогащение. В делах имущественного характера (но только в них: характерная черта эпохи!) эта теория фиска давала управляемым довольно солидные гарантии. Известен анекдот о Фридрихе Великом, желавшем купить у своего соседа мельницу близ Sansouci. Так как мельник не уступал ее ни за какие деньги, король пригрозил отобрать ее силой. Мельник спокойно отвечал, что в Берлине есть судьи. Хотя эта легенда и не соответствует действительности[1], однако прекрасно характеризует высокое уважение, которым пользовались суды.

Конечно, таким образом гражданское право распространялось на отношения, вовсе ему чуждые. Но так как иного права не было, этот процесс имел свою положительную сторону: он создавал хоть какие-нибудь правовые гарантии.

В дореволюционной Франции[2] понятие фиска, как государства, подчиняющегося в имущественных отношениях общему гражданскому праву и подсудного общим судам, не выработа-

[1] О т т о М а й е р. Justiz und Verwaltung. 1902, стр. 17.

[2] Л а з а р е в с к и й. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами. 1905, стр. 41 и след.

лось. Основною причиной было отсутствие четкого разграничения администрации и суда. Кроме того, созданию общегражданской подсудности фиска препятствовал принцип, что все дела, так или иначе касавшиеся короля и его доменов, рассматривались им самим или его советом.

Судебная деятельность дореформенных административных учреждений в области фискальной вызывала иногда очень резкие нарекания[1]. Однако при этом не выставляли теории, что фиск должен быть подсуден общим судам.

II. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО ЭПОХИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

Великая Французская Революция и вызванные ею в соседних странах реформы в корне изменили административное право. Новый тип государства, сменивший полицейское государство, есть государство правовое. Мы не будем здесь пытаться дать полное определение этого весьма спорного понятия[2]. Отметим лишь наиболее характерные особенности правового государства в сфере управления.

На смену королевскому абсолютизму пришли новые государственные формы — ограниченная монархия и республика. Провозглашено разделение властей и верховенство закона.

Исполнительная власть становится подзаконной. Она связана настоящим законом, обязательным не только для управляемых, но и для администрации, законом с двусторонней обязательной силой[3]. В противоположность полицейскому, правовое государство определяет свою деятельность In der Weise des Rechts. Так как суд уже раньше был организован таким образом, то дело сводится к упорядочению управления, к его уподоблению суду. По словам Отто Майера, правовое государство означает Justiztörmigkeit der Verwaltung[4].

Принцип законности управления пережил очень интересную эволюцию, насколько нам известно, до сих пор не отмеченную в русской литературе. Говоря коротко, скачала в законе видели

---

[1] В частности, наказы избирателей членам Национального Собрания 1789 года требовали реформы исключительных судов. Dareste La justice administrative en France. 1898, стр. 151 и след.

[2] Ср.: К о т л я р е в с к и й. Власть и Право. 1915, стр. 46—120.

[3] Это различие двусторонне связывающих и односторонне связывающих норм принадлежит И е р и н г у. Zweck im Recht. I, стр. 333 и след. Ср. также О t t o M a y e r. I, стр. 75 и след.

[4] Назв. соч., стр. 62.

лишь п р е д е л для администрации. В новейшее время закон рассматривается как необходимое основание для каждого действия, касающегося граждан.

Согласно старому пониманию[1], закон является необходимым условием административной деятельности не всегда, но лишь в особенно важных вопросах. В остальных исполнительная власть свободна. Она действует по собственному почину, а не на основании закона. Та область, где администрация не может действовать самостоятельно, называется сферой закона (Vorbehalt des Gesetzes). Рядом с нею находится сфера управления (Vorbehalt der Verwaltung). В этой сфере администрация действует свободно, без законного основания. Здесь она может даже создавать без специального уполномочия законодательных органов правовые нормы. Конечно, и в этой сфере действия администрации не должны противоречить законам. К сфере закона относятся в частности, так называемые, основные права граждан.

Эта теория законности выросла главным образом на почве монархических государств. Все полномочия, не октроированные законодательным органам, монарх сохранял за собой и осуществлял их по первоначальному праву.

Новейшая теория закономерности видит в законе не границу исполнительной власти, а необходимое основание для каждого ее действия[2]. Благодаря этому "особая сфера закона" распространяется до бесконечности. Говоря точнее, закон необходим всякий раз, когда надо урегулировать вопрос, на решение которого действующее законодательство не дает администрации специальных полномочий.

---

[1] На его стороне, пожалуй, большинство даже новейших юристов. O t t o B ä h r. Der Rechtsstaat. 1864, стр. 34 и след. L o r e n z v o n S t e i n. Verwaltungslehre. 1869. I, стр. 297. G n e i s t. Rechtsstaat. 1872, стр. 161. A r n d t. Das selbstständige Verordnungsrecht. 1902. O t t o M a y e r. Назв. соч. I, стр. 69 и след.

[2] Принцип закономерности управления в новейшей формулировке можно найти еще во французских декларациях 1791 года, ст. 5 и 1795 года, ст. 7. Более отчетливо он выступает у L a f e r r i é r e Traité de la jurisdiction administrative. II. 1896, стр. 45, Michoud Pouvoir discrétionnaire. Revue générate d'administration. 1915, стр. 17. R o s i n Polizeiverordnungsrecht in Preussen. 1895, стр. 18 и след. A n s c h ü t z Deutsches Sraatsrecht, стр. 151 и след. 161 и след. 170 (H o l t z e n d o r f f—K o h l e r s Enzyclopädie der Rechtswissenschaften. IV. 1914). Особенно отчетливо B u h l e r Die subiectiven öffentlichen Rechte. 1914, стр. 67 и след. C a r r é d e M a l b e r s. Contribution a la théorie générale de l'état. I. 1920, стр. 359 и след.

Благодаря такому изменению сферы закона основные права граждан теряют свой юридический смысл. Ведь и без них гражданин имеет право требовать, чтобы всякое вторжение администрации в его личную сферу происходило на законном основании[1]. Очень образно выражает эту мысль Бертелеми[2]. "Актер, которому в программе не отведена никакая роль, не должен появляться на сцене; администратор, не могущий указать текст, из которого вытекает власть, на которую он претендует, ничего не может от меня требовать. Мы получаем приказ лишь от закона. Все внезаконное (extra 1egal) есть лишь произвол и деспотизм".

Конечно, эта необходимость законного основания не должна быть понимаема слишком строго[3]. Полномочия администрации иногда даются в очень широких, общих выражениях.

Принцип этот есть не требование теории правового государства, но действующее право большинства государств Запада. Выше были приведены германские и французские ученые, считающие его действующим правом Франции и Пруссии[4]. Не может быть никакого сомнения, что принцип этот является также действующим правом Англии[5] и Северо-Американских Соединенных Штатов[6].

Одновременно с созданием правовых норм для урегули-

---

[1] B ü h l e r. Стр. 128. Carré de Malberg. I, стр. 482. Kelsen Allgemeine Staatslehre. 1925, стр. 155. Юридическое значение основные права приобретают лишь тогда, когда их регулирование включено в конституцию и для его изменения требуется изменение конституции. В таком случае они связывают законодательную власть. Это связывание законодательной власти имеет, в особенности в союзном государстве, различные оттенки. Thoma Grundrechte und Polizeigewalt. Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zum Feier des fünfzigiährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts. 1925, стр. 191 и след.

[2] De I'xercire do la souverainete par I'autorité administrative. Revue du droit; public 21 (1904), стр. 209 и след. Traité élémentaire. 1926, стр. 266 и след.

[3] Carré de Malberg. I, стр. 476. BühIer, стр. 154. R o s i n, стр. 19 и след. Особенно трудно указать на законное основание для каждого действия администрации в сфере полиции. См. K i t z i n g e r. Verhinderung strafbarer' Handlungen durch Polizeigewalt. 1913. Passim.

[4] По мнению Бюлера, в ряде германских земель принцип закономерности в новом понимании не является действующим правом. Стр. 87 и след., 153.

[5] H a t s c h e k. Englishes Staatsrecht. II. 1906, стр. 503 и след., 547.

[6] F r e u n d. Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. 1911, стр. 91 и след.

рования административной деятельности и принятием принципа верховенства закона первый период правового государства характеризуется значительным сокращением полицейской опеки. Обыватель перестает рассматриваться как ребенок. Теперь он самостоятельная личность, субъект прав.

На страже законов, регулирующих административную деятельность, поставлены специальные административные суды.

В связи с созданием административных судов и наличностью упорядоченного административного права перестраиваются отношения между юстицией и администрацией, между частным и административным правом.

III. ФРАНЦИЯ

Этот процесс не во всех странах развивался одинаково. Наибольшее расширение получила компетенция административного суда, а с ней и административного права во Франции. Законодательство Великой Революции резко отделило управление от суда. Оно воспретило судам беспокоить каким бы то ни было образом административные учреждения и призывать к себе должностных лиц административного ведомства по поводу их функций (законы 16—24/VIII 1790; конституция 3/IX 1791, гл. V ст. 3; закон 16 фруктидора III года). Почти все споры по поводу административных актов и даже административных договоров переданы на разрешение самой администрации.

Последующие правительства не нашли нужным отказаться от этой столь удобной для них системы. Лишь постепенно в недрах самой администрации выросли специальные административные суды.

Вместе с тем администрации (префектам) дано право возбуждать пререкания о подсудности с судом. Пререкания эти до 1872 года[1] разрешались самой администрацией (Гос. Советом). Теперь их разрешение передано своего рода третейскому суду — Трибуналу Конфликтов, состоящему из равного числа судей и должностных лиц административного ведомства под председательством министра юстиции.

Наконец, должностное лицо могло предстать перед судом гражданским или уголовным лишь с согласия своего высшего начальства — Гос. Совета (закон 7—14 X 1790, конституция VIII года, ст. 75). Эта знаменитая статья 75 конституции VIII года

[1] Если не считать короткого периода 1850—51 годов, когда существовал трибунал конфликтов.

была отменена лишь в 1870 году. Но после некоторых колебаний судебная практика остановилась на следующем решении: и в делах по искам к должностным лицам возможно возбуждение пререканий о подсудности. Обыкновенному суду подсудны те дела, где имеется личное действие должностного лица (faute personnelle). Если же налицо имеется лишь служебное действие (taute de service), дело обыкновенному суду не подсудно: компетентен суд административный.

Ответственность здесь падает на государство. Как разграничить личную вину и вину службы? Л а ф е р ь е р[1] дает такое определение: "Если акт, причинивший ущерб, является безличным, если он исходит от администратора, более или менее подверженного заблуждению, а не от человека с его слабостями, страстями, неблагоразумием, то акт остается административным. Если же, напротив, личность агента проявляется в обычных ошибках, самоуправстве, злом умысле, тогда ошибка вменяется чиновнику, а не его деятельности; акт теряет свой административный характер. Личная ответственность чиновника имеет место лишь тогда, когда неправильность, допущенная им, в то же время устанавливает faude lourde, превосходящую обыкновенный риск, сопряженный с должностью, или если она обнаруживает дурное намерение".

В виду неплатежеспособности должностных лиц в последнее время практика Государственного Совета допускает иск к государству и при наличии "личного действия"[2]. Возместивши убытки потерпевшего, государство в порядке регресса взыскивает уплаченную сумму с виновного должностного лица.

Исключение компетенции гражданского суда повело за собой исключение применения гражданского права и создание своего особого права — публичного[3]. Выработался принцип, что госу-

---

[1] Том I, стр. 648.

[2] D u g u i t. La question de la coexistance de la responsabilité de I'etat et de la responsabilité des fonctionnaires. Revue du droit public. l923, стр. 23 и след. Traité du droit contitutionnnel. III. l923, стр. 478 и след. F l i n i a u x. Le cumul de la responsabilité de I'agent et de la responsabilité de la personne administrative. Revue du droit public. l92l. B e r t h é l e m y. Назв. соч., стр. 88 и след. Эта новейшая практика упущена из виду проф. М а г а з и н е р о м в его статье «Ответственность госучреждений за причиненный вред» В. С. Ю. l926, № 23, стр. 906.

[3] Это верно лишь в основном, но не в деталях. Иногда административным судам подсудны дела, регулируемые гражданским правом, а гражданским судам — регулируемые публичным правом. См. J è z e. Les principes gènéraux du droit administratif. Le fonctionnement des. services publics. l926, стр. 495 и след. 502 и след.

дарство живет по нормам публичного права, а гражданское право применяется к нему лишь в виде исключения. Для регулирования отношений между государством и управляемыми создался целый ряд своеобразных публично-правовых институтов, незнакомых праву других народов: публичный домен, публичные работы, поставка.

Рассмотренные выше (§ 1) германские юридические институты эпохи полицейского государства в современной Франции имеют совершенно другой вид. Чиновник будет требовать своего жалования в порядке административной юстиции (contentieux de pleine juridiction). Нормы, регулирующие его право на жалование, отделены от норм относительно найма услуг. Лицо, с которого неправильно взыскан налог, обратится также в административный суд, который при решении дела будет исходить вовсе не из принципов неправомерного обогащения, а из оценки законности (с точки зрения финансового права) взимания того или иного налога[1]. Наконец, экспроприату уплачивается публично-правовое вознаграждение.

Это расширение публичного права не вызывает неудовольствия, так как каждый акт администрации (за очень небольшими исключениями) может быть обжалован в административный суд, в общем не уступающий суду обыкновенному.

В чем же причина этих порядков? Как мы видели только что, в основе их лежит воспрещение судам вмешиваться в дела администрации. Относительно вызвавших его причин сложилось два мнения. Д ю г и[2] думает, что Национальное Собрание, заложившее основы этой системы, исходило из теоретических соображений — учения Монтескье, правда, своеобразно понятого. Учредительное Собрание видело в его работе лишь абсолютные принципы и не замечало тех ограничений и смягчений, которые вносит в свое учение Монтескье. В отдельных властях Учредительное Собрание, по мнению Дюги, видело составные элементы суверенной национальной воли, сохраняющей, однако, свое единство, несмотря на это разделение. Каждый из этих элементов рассматривался как суверенный, однако, суверенитет един и не разделен. Эту теорию политической троицы Дюги[3] срав-

[1] Впрочем, споры по поводу косвенных налогов входят во Франции в компетенцию гражданского суда. B e r t h é l e m y, стр. 1061.

[2] Traité II. 1923, стр. 521 и след. La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789. 1893, стр. 70 и след.

[3] Traité II, стр. 524. Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel. Revue du droit public. 1908, № 2, 3.

нивает с теологической теорией о тройственности божества. Суверенитет един и не разделен, несмотря на наличие трех властей. Из этой теории вытекало, что каждая власть должна быть суверенна в своей сфере. Монтескье[1], как известно, определяет судебную власть как налагающую наказания за преступления и решающую споры между частными лицами[2]. Исходя из этого определения[3], спорные дела администрации были переданы ей самой.

Каковы были теории Национального Собрания, мы разбирать не станем. Вопрос этот очень спорен[4]. Отметим лишь, что сам Дюги (стр. 527) признает некоторое отступление Национального Собрания от всей строгости его теории.

В противоположность утверждению, что Национальное Собрание исходило из теории разделения властей — в чистом виде или в своеобразном понимании — и установило это разделение властей, Ж а к л е н[5] утверждает, что французская система про-

---

[1] Esprit des lois, книга XI, гл. 6.

[2] Делая оговорку, что Национальное Собрание понимало теорию Монтескье по-своему, Дюги парирует следуещее выражение Э. К а у ф м а н н а (Wörterbuch des deutschen Staats und Verwaltungsrechts. III. 1914, стр. 703 и след.). Если теории так всемогущи, то почему творцы северо-американской конституции, проникнутые идеями Монтескье не в меньшей степени, чем французы, установили совершенно иной порядок: контроль суда не только за администрацией, но и за законодательством (с точки зрения его конституционности).

[3] Иногда французы пытаются утверждать, что установленная у них система есть правильное осуществление теории самого Монтескье. B a r k h a u s e n. Un paragraphe de I'Esprit des lois. Revue critique de la législation et jurisprudence, l882.

[4] l. Иногда говорят, что в Учредительном Собрании влияние Монтескье было всемогущим (а Конвент находился под безграничным воздействием Руссо) B e u d a n t. Le droit individuel et I'Etat. l89l, стр. l50.

2. Дюги считает, что в Учредительном Собрании господствовало своеобразно понятое учение Монтескье (см. выше).

3. Многие считают, что влияние Руссо в эпоху революции было всемогущим. J a n e t. Histoire de la science morale et politique. l887, II, стр. 458. T a i n e. Les origines de la France contemporaine, la révolution I стр. 277. B l u n t s c h l i. Geschichte der neueren Staatswissenshaft l88l, стр. 363. Б о ш к о. Очерки развития правовой мысли. l925, стр. 290.

4. По мнению Новгородцева (Кризис современного правосознания. l909, стр. 67 и след.), доктриной французской революции было среднее учение, представители которого Мабли и Сиеиес. R e d s l o b. Die Staatstheorieen der französischen Nationalversammlung von l789. l912, стр. 228 и след. отмечает, что Национальное Собрание иногда отступало и от Монтескье, и от Руссо (учредительная власть, система выборов).

[5] J a c q u e l i n. Les pincipes dominants du contentieux administratif. l899, стр. 32 и сл.

тиворечит принципу разделения исполнительной и судебной властей и покоится на совершенно ином начале: полной независимости администрации от суда[1]. Корни ее надо искать вовсе не в учении Монтескье, она поддается чисто реалистическому объяснению.

Благодаря тому, что судейские должности продавались и были наследственной собственностью лиц, их купивших, французские суды дореволюционного времени были большой политической, и при этом консервативной, силой. Они не раз обнаруживали стремления вмешиваться в дела законодательства и управления, в частности, они противодействовали реформам Тюрго. По образному выражению Жаклена, это вмешательство было как бы систематическими репрессиями против вторжения короля в отправление правосудия[2]. Опасаясь повторения такого рода вмешательств, законодательство революционной эпохи и воспретило суду вмешиваться в административные дела[3]. Теорию придумали гораздо позже, чтобы оправдать это постановление[4].

IV. ГЕРМАНИЯ

Мы видели, как складывались отношения в Германии в эпоху полицейского государства (§ 1). В начале XIX века начинает особенно остро чувствоваться отсутствие судебного контроля в административных делах. Дело в том, что организация суда и порядок процесса непрерывно улучшаются. Между тем с введением министерской системы производство по административным жалобам испытывает некоторый регресс. Прежде — в высшей инстанции — они решались коллегиями тайных советников», имевшими некоторое сходство с судебными коллегиями[5]. Теперь

[1] Очень близок к этому взгляду Лаферьер. II, стр. ll.

[2] Красочно и живо изображает эту борьбу королей и парламентов Отто Майер. Justiz und Verwaltung. 1903, стр. 10 и след.

[3] Dareste. Назв. соч., стр. l55. Esmein. La ideation de la juridiction administrative devant I'Assembltée Nationale. lahrbuch des öffentliclien Rechts. V (l9ll). E. Kaufmann n. Назв. соч., стр. 704.

[4] Artur. Séparation des pouvoirs et des fonctions. Revue du droit public XVII, стр. 234 и след. Carré de Malberg. II, стр. ll5 и след., примечание.

[5] Аншютц. Юстиция и администрация. Журнал Министерства Юстиции. l907, № 6, стр. 9l и сл., доходит даже до утверждения, что с защитой в гражданских и уголовных делах при полицейском строе дело обстояло не лучше, чем с защитой в административных вопросах. Административный порядок обжалования, говорит он, был так же хорош и так же плох, как и общий порядок судебной защиты. Это, конечно, преувеличение.

в решении дела министр должен опираться на советы своих подчиненных, тех именно лиц, на которых принесена жалоба. Решает он на основании письменных документов, на установление содержания которых жалобщик не имеет никакого влияния, которых жалобщик даже не имеет права знать.

В первой половине столетия имелось довольно сильное течение: подчинить администрацию обыкновенному суду. § 182 Франкфуртской конституции 28 марта 1849 года гласит: "Административная юстиция отменяется; относительно всех нарушений права решают суды". Однако принцип этот осуществили лишь несколько мелких государств[1]. В остальных государствах, прежде всего в Пруссии, развитие направилось в иную сторону: была создана административная юстиция[2]. Однако компетенция ее определяется по методу перечисления. Везде рядом со спорами, разрешаемыми в порядке административной юстиции, имеется ряд споров, разрешаемых в порядке административной жалобы, либо, наконец, гражданского иска.

Германская империя (ныне держава — Reich) даже не имеет общего органа административной юстиции: у нее есть лишь специальные административные суды по делам социального страхования, призрения бедных, патентным, железнодорожным и т. д.

Согласно имперскому законодательству, отдельные земли могут создавать у себя трибуналы конфликтов для решения споров о компетенции между администрацией и судом. Ряд земель, в том числе и Пруссия, этим правом воспользовался[3]. Но имперских установлений для решения споров о компетенции нет[4].

Столь позднее сравнительно с Францией возникновение административной юстиции и столь узкая ее компетенция, наряду с широкой компетенцией гражданских судов в административных делах не благоприятствовали развитию публичного права[5]. Тем

[1] Перечень их см. S t e i n. Justiz und Verwaltung. 1912, стр. 10 и след. В литературе подчинение администрации обыкновенным судам особенно горячо защищал O t t o B ä h r. Der Rechtsstaat. 1864.

[2] F l e i n e r. Назв. соч., стр. 232 и след.

[3] В период 1828—1847 пререкания о компетенции решались в Пруссии заинтересованными министрами, а при отсутствии согласия между ними— главою государства. В 1847 г. создан трибунал конфликтов с преобладанием, однако, должностных лиц административного ведомства. Он реорганизован в 1879 году и состоит из 6 судей и 5 лиц административного ведомства.

[4] F l e i n e r. Назв. соч., стр. 25 и след. H a t s c h e k. Назв. соч., стр. 17 и след.

[5] H a t s c h e k. Einleitung in das öffentliche Recht. 1926, стр. 79, даже доходит до утверждения, что частное право применяется к государству во всех случаях, когда нет специального основания применять публичное. Ср. его работу Die rechtliche Stellung des Fiscus im B. G. B. Vervaltungsarchiv. 1898. Том VII.

не менее в ряде вопросов наблюдается процесс вытеснения частного права публичным. Так, на смену господствовавшему в полицейском государстве воззрению на государственную службу, как на назначение государством — публичной властью, соединенное с договором между фиском и назначаемым, выдвигается новое: отношение между государством и чиновником объявляется смешанным. В общем оно публичное, но имеется частный элемент — право чиновника на жалование. В новейшее время судебная практика и литература начинают склоняться к признанию и этого права публичным[1].

Аналогичную эволюцию пережил институт экспроприации. Место конструкции эпохи полицейского государства заняли новые: принудительная покупка, гражданско-правовое обязательство sui generis. В дальнейшем Лаванд объявил экспроприацию односторонним распоряжением государственной власти, однако с частно-правовыми последствиями — обязанностью уплатить вознаграждение. В новейшее время и это вознаграждение объявлено публичным[2].

Наконец, постепенно завоевывает себе признание публичный характер требований лица, уплатившего налог сверх установленного законом предела[3].

V. АНГЛИЯ

В Англии, вследствие победы революции XVII века, административное право развивалось не путем упорядочения полицейского государства, а прямо из средневековых порядков при сильном преобладании парламента над исполнительной властью. Поэтому до недавнего времени английское административное право отличалось двумя особенностями: 1) отсутствием сильной центральной власти и контроля за местным управлением, 2) полным смешением управления и суда, публичного и частного права. Остановимся на них детальнее.

Королевская власть вышла из революционных бурь значительно ослабленной. Парламент же, хотя и имел большое влияние на управление благодаря частным биллям, не мог занять ее

[1] O t t o M a y e r. II, стр. 204 и след. F l e i n e r. Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. 1906, стр. 10 и след. L a s s a r. Der Erstattungsanspruch. 1921, стр. 52 и след., 210 и след.

[2] O t t o M a y e r. II, стр. 30. F l e i n e r. Umbildung.., стр. 13 и след. L a y e r. Principien des Enteignungsrechts. 1902, стр. 482 и след.

[3] L a s s a r. Назв. соч. passim.

места. Да у него и не было оснований слишком усиливать свой контроль за местными властями, главным образом, мировыми судьями: и парламент, и местная власть были представителями одного и того же класса — поземельного дворянства.

Во второй половине XIX века сфера государственного управления в Англии, как и в остальных странах (см. § 6), значительно расширилась. В связи с этим административный аппарат преобразовался более или менее по континентальному образцу. Появились центральные учреждения с довольно обширными полномочиями, например, финансовый контроль, право издания обязательных постановлений и решения споров в области административного права. Наряду с ними сохранились и прежние, специфически английские, средства воздействия на местные власти[1]: 1) субсидии, выдаваемые лишь в случае принятия на себя местными органами власти определенных обязательств, 2) обращение в суд с просьбой принудить местные установления к выполнению лежащих на них обязанностей или с иском о возмещении расходов по исполнению центральными органами обязанностей, лежащих на местных органах.

Обращение высших административных органов в суд для принуждения низших к исполнению лежащих на них обязанностей есть частный случай столь характерного для Англии смешения управления и суда. Это смешение, своеобразно понятое, дало некоторым исследователям[2] повод до крайности превозносить английскую систему "общего права". Ее понимают как контроль обыкновенных судов за администрацией и объявляют идеалом правового государства.

Однако уже со времени Гнейста[3] намечается и другой более трезвый подход к английским порядкам в этом вопросе[4]. Вполне справедливо указывают, что ведь мировой судья выступает

[1] K o e l l r e u t e r. Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England. 1912, стр. 80 и след.

[2] D i c e y. Introduction to the Study of the law of the Constitution. 1915, chap, 12. L o w e l l. The government of England. II. 1910, стр. 490. Р е д л и х. Английское местное управление. II. 1908, стр. 322 и сл. В русской литературе А. К у л и ш е р. Защита субъективных публичных прав посредством иска. Юридический Вестник. 1913, т. IV.

[3] Englisches Verwaltungsrecht, der Gegenwart. Том I, §§ 36, 42 и сл.

[4] E. v. M e i e r. Das Verwaltungsrecht. Holtzendorffs—Kohlers Enzyclopädie der Rechtswissenschaft. Bd. II. 1904, стр. 716 и след. H a t s c h e k. Englisches Staatsrecht. II. 1906, стр. 649 и след. K o e l l r e u t e r. Назв. соч., стр. 126 и след.

очень часто как активный администратор. Здесь он не стоит вне администрации или над ней, но сам является частью администрации. Здесь "иск" является не средством контроля за управлением, а своеобразным способом управления.

В ряде случаев мировой судья был лишь надзирающей инстанцией, которой подавались административные жалобы. Лишь постепенно он приблизился к типу суда в континентальном смысле.

Этим смешением административных и судебных функций и следует объяснить такие непонятные для жителей континента явления, как принуждение граждан к выполнению лежащих на них публичных обязанностей через суд[1] и судебное обжалование административных актов вследствие нецелесообразности.

Нельзя, однако, отрицать, что действительно имеется ряд случаев, где постановления административных органов могут быть обжалованы в суд. Так, высший суд контролирует органы местного управления новой формации — советы графств, городов и проч.

Судебное обжалование административных актов возможно или путем принесения иска мировому суду, или посредством испрошения у высшего суда судебного приказа. Последняя форма, по внешности наиболее ценная, имеет, однако, существенные недостатки: дороговизну и медленность производства[2]. В среднем один судебный приказ обходится около 670 фунтов стерлингов. При этом в некоторых случаях администрация освобождается от возмещения издержек производства, если проигрывает дело.

Наряду с этими способами обжалования административных актов в новейшее время сильно укрепились и чисто континентальные. Как мы уже упомянули вскользь, новым административным органам предоставлено решение споров в сфере административного права. Эти решения в ряде случаев допускают обжалование в суд, но иногда имеют и окончательный характер. Это решение споров о праве самой администрацией[3] заставляет пересмотреть утверждение, что в области управления действует общее право и общие суды[4].

---

[1] А. М. К у л и ш е р. Господство права и административное принуждение. Юр. Записки. 1911, т. I (VII).

[2] H a t s c h e k. Назв. соч. II, стр. 635.

[3] Подробности у K o e l l r e u t e r, стр. 123 и след.

[4] См. D i c e y. Назв. соч., стр. XXXVIII и след., 383 и след. Е г о ж е. The development of administrative law in England. Law Quarterly Review, № 122 (April 1915), стр. 148 и след.

Система общего права не вполне проводится и в другом узловом пункте административного права, в вопросе об ответственности за убытки, причиненные государством и должностными лицами[1].

1. В силу принципа "король не может быть неправ"[2] — не может быть иска к королю и его представителям — высшим должностным лицам. Здесь допускается лишь "петиция о праве".

2. Имеется ряд законов, освобождающих от ответственности отдельные группы должностных лиц при отсутствии грубых нарушений с их стороны (судьи, полицейские, таможенные чины, органы санитарного надзора).

3. Иски ко всем должностным лицам обставлены рядом стеснений: короткая давность; право чиновника при предъявлении к нему иска о возмещении убытков предложить истцу определенную сумму; если потерпевший предложенной суммы не примет, а суд ему больше не присудит, чиновник освобождается от уплаты судебных издержек.

Государство за действия должностных лиц не отвечает. Таким образом, убытки, причиненные "служебными действиями", падают на должностное лицо[3]. А если последнее принадлежит к привилегированным группам — на самих граждан[4].

[1] K o e l l r e u t e r, стр. 199 и след. B o r c h a r d. Die Haftpflicht des Staates für Schadensstiftung durch Staatsbeamte. Verwaltungsarchiv. Bd. 32 (1927), стр. 209 и след.

[2] Первоначально этот принцип понимали в том смысле, что король не имеет привилегии совершать неправомерные действия. Лишь впоследствии придали ему его современное значение. E h r l i c h. Proceedings against the Crown. 1921, стр. 42 и след. B o r c h a r d. Назв. соч., стр. 211.

[3] Интересный пример у Д а й с и. Назв. соч., стр. 392 и след. Закон о торговом мореплавании предписывал не допускать выхода в море судов, плавание которых сопряжено с опасностью для жизни пассажиров или команды. В результате задержания нескольких пароходов их собственники предъявили и выиграли иски к чиновникам, добросовестно ошибавшимся (с точки зрения истцов и суда) при оценке годности пароходов для плавания.

[4] B o r c h a r d, назв. соч., находит, что англо-американская система безответственности государства неразумна и несправедлива, и высказывает пожелание, чтобы была произведена реформа в духе континентальных порядков. Непонятно, почему проф. Магазинер, назв. статья, стр. 906, думает, что в Англии ответственность государства особенно широка.

VI. ВЛИЯНИЕ СОЦИАЛИЗМА НА АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО БУРЖУАЗНЫХ СТРАН

Бегло набросанный нами только что процесс "развития" административного права не успел еще завершиться, как стала намечаться "социализация" административного права. Социалистические учения, получившие широкое развитие и распространение с середины XIX века, наложили глубокий отпечаток на новейшее административное право[1].

1) Прежде всего следует отметить ряд публично-правовых ограничений права собственности: строительных, пожарных, санитарных, горных, лесных, рыболовных, касающихся охоты, водных.

2) Эти стеснения частной собственности доходят иногда до полной экспроприации, причем вознаграждение за экспроприируемое имущество далеко не всегда является "справедливым и приличным", как это практиковалось раньше[2].

3) Значительная часть экспроприированной частной собственности остается в руках государства, при этом не в качестве фискального имущества, а в качестве публичной вещи (железные дороги, грунтовые дороги, каналы, коммунальные предприятия).

4) Свобода договоров подвергается значительным публично-правовым ограничениям. Напомним для примера постановления трудового, земельного и жилищного законодательств. При этом

---

[1] Вопросом этим занимались почти исключительно цивилисты. И. А. П о к р о в с к и й. Основные проблемы гражданского права. 1917. А. Г. Г о й х б а р г. Очерки преобразования земельного и гражданского права. 1925. С. И. Р а е в и ч. Очерки истории буржуазного гражданского права. 1927. Г е д е м а н. Основные черты хозяйственного права. Трансформация понятия собственности. Перевод Ландкофа с предисл. и примеч. Ал. Малицкого. 1924, стр. 13 и след., 25 и след. D u g u i t. Les transformations générales du droit privé 1920, в особенности предисловие ко второму изданию. C h a r m o n t. Les transformations droit civil. 1921, стр. 201 и след.

[2] H e r n t r i t t. Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921, стр. 409 и сл. В особенности это следует сказать о вознаграждении при аграрных реформах. См. W a l t e r S c h i f f. Die Agrargesetzgebung der europäischen Staaten. A r c h i v Für Sozialwissenchaft und Sozialpolitik. Bd. 54, Heft 1, 2, (1925). Г о й х б а р г. Назв. соч., стр. 17 и след. И. Я. Г е р ц ы к. Аграрные реформы в Западной Европе в последнюю четверть XIX столетия и после войны. Труды Белорусского Государственного Университета, № 11 (1926), стр. 80 и след.

иногда не только подвергается публично-правовому регулированию содержание договора, но даже создается обязанность вступать в договор[1].

5) Возникает ряд новых отраслей государственного управления, вызывающий, конечно, соответствующую правовую регламентацию: народное образование, здравоохранение, средства связи, фабричное законодательство, социальное страхование, социальное обеспечение.

Своего апогея этот процесс социализации административного права достиг в период мировой войны, когда, наряду с усилением его прежних причин — требований социальных низов, — появились новые: стремление использовать все возможности для достижения победы на войне и хозяйственная разруха, вызванная тою же войной. Значительная часть народного хозяйства пережила своеобразный "военный коммунизм". В некоторых странах дело дошло до трудовой повинности. Первые месяцы германской революции сделали дальнейший шаг вперед. Однако в дальнейшем наметился некоторый регресс.

Этот процесс социализации имеет, если можно так выразиться, лишь количественный характер: основные принципы правового государства сохраняются на Западе и в настоящее время[2].

VII. ЭВОЛЮЦИЯ СОВЕТСКОГО АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

Как же шло развитие административного права у нас? До 1917 года Россия плелась в хвосте европейских держав. Начало перехода от полицейского строя к правовому было положено лишь после революции 1905 года. В руках монарха оставались и после введения у нас представительных учреждений чисто законодательные полномочия:

1) Право издания постановлений по строевой, технической и хозяйственной частям, а равно положений и наказов должностным лицам военного и военно-морского ведомства (Основные законы 1906 года, ст. 96).

2) Право издания постановлений по военно-судебной и военно-морской судебной частям (ст. 97) и др.

Хотя ст. 84 основных законов и провозглашала, что империя управляется на твердых основаниях законов, однако за-

[1] N i p p e r d e y. Der Kontrahierungsz wang. 1920.

[2] H e r n t r i t t. Назв. соч., стр. 37.

кономерность управления даже в теории понималась у нас очень узко. О законе, как необходимом основании для каждого действия администрации, не было и речи. Он рассматривался лишь как граница для административных выступлений. На этом сходились наши государствоведы всех оттенков: Коркунов[1], Лазаревский[2], Гессен[3], Гаген[4], А. А. Алексеев[5], Толстой[6], Магазинер[7]. В действительности и этот принцип не соблюдался. Целый ряд обязательных постановлений изменял даже уголовные законы[8]. Поэтому наша "декларация прав" сохраняла свой юридический смысл, хотя западные его потеряли. Она отмежевывала небольшую область, где для каждого выступления исполнительной власти требовалось законное основание.

Административная гарантия существовала у нас совершенно открыто, без всяких фиговых листочков. Предание суду за преступление по должности зависело от усмотрения начальства. Взыскание убытков, причиненных преступными действиями по должности, совершенными вследствие корыстных или иных личных видов, производилось не иначе, как после предания чиновника суду в порядке уголовного процесса (У.У.С., ст. 1070).

Однако вознаграждение за вред и убытки, "причиненные нерадением, неосмотрительностью или медленностью должностного лица", взыскивалось в гражданском порядке (У.Г.С., ст. 1316). Здесь предварительного разрешения начальства не требовалось, но 1) устанавливалась краткая трехмесячная давность, 2) дела эти решались особым присутствием окружного суда или судебной палаты, куда, кроме судей, входили административные должностные лица (У.Г.С., ст. 1320). Таким образом, администрация, отказавшись здесь от права допускать иск, имела очень солидное влияние на самое решение дела.

Государство, как носитель власти, за преступные или неправильные действия своих должностных лиц не отвечало.

---

[1] Указ и закон. 1894, стр. 26 и сл., 257 и сл.

[2] Лекции по русскому государственному праву. I. 1910, стр. 412.

[3] Основы конституционного права. 1918, стр. 53 и сл.

[4] Учебник административного права. 1916, стр. 217.

[5] Министерская власть в конституционном государстве. 1910, стр. 91, 108 и след.

[6] Ограничения свободы печати. 1912, стр. 29 и 76.

[7] Общее учение о государстве. 1922, стр. 272 и след.

[8] Это было уже явным нарушением ст. 122 основных законов: обязательные постановления, инструкции и распоряжения... не должны противоречить законам.

Административная юстиция лишь зарождалась. Только в конце 1916 года была произведена реформа Сената, приблизившая его к типу административного суда.

Отсутствие административной юстиции вызывало очень большое расширение компетенции гражданских судов в административных делах, что приближало русское административное право к германскому типу[1]. В частности, казна несла ответственность за действия должностных лиц, когда они действовали в качестве уполномоченных по имуществам.

Временное Правительство, оказавшееся у власти после февральского переворота, не пыталась пойти дальше западных образцов и поэтому ничего интересного и нового, сравнительно с передовыми буржуазными странами, в сфере административного права не создало.

Говорить, насколько советское административное право по своему социальному содержанию отличается от всех существовавших до него и существующих, мы не будем. Это очевидно. Мы остановимся лишь на его технических особенностях.

За время своего существования советское административное право успело пережить три различных периода[2]. Первый период характеризуется разрушением старого строя. Средством служила широчайшая децентрализация законодательства и управления[3]. Местные органы власти самостоятельно объявляли мобилизацию, устанавливали конфискации и налоги. Постановление Совнаркома от 23/XI 1917 года (С.У., № 3, ст. 47) даже предупреждает, что обращения к центральной власти за субсидиями, не подкрепленные достаточными доказательствами невозможности получить необходимые денежные средства на месте путем введения налогов, будут оставляться без удовлетворения. Период этот был весьма непродолжительным. Конечно, точно отделить его от второго не представляется возможным. Однако к концу 1918 года он уже безусловно окончился.

Во втором периоде постепенно вводится новый социалистический уклад жизни. Государственная власть берет на себя организацию всей хозяйственной и культурной жизни страны.

---

[1] Л а з а р е в с к и й. Ответственность за убытки. 1905, стр. 93 и след.

[2] К о б а л е в с к и й. Очерки, стр. 14 и след. Г. М и х а й л о в. Децентрализация и централизм. Советское Строительство. 1926, № 3—4, стр. 134 и след. Е г о ж е. Местное Советское Управление. 1927, стр. 38 и след.

[3] М. В л а д и м и р с к и й. Организация советской власти на местах, стр. 53.

Для осуществления этой грандиозной задачи вводится строжайшая централизация и регламентация. Для наилучшего использования всех ресурсов вводится всеобщая трудовая повинность и даже частное хозяйство подчиняется плановым нарядам (кустари) и посевному плану (крестьяне). Это расширение планового начала, государственного регулирования означало необычайное развитие административного права и крайнее стеснение частного оборота[1]. От частно-правовых отношений почти не оставалось и следа. Когда на съезде советских юристов летом 1920 года зашла речь о кодификации гражданского права, участники съезда не могли привести ни одного примера частно-правового отношения, кроме найма пастуха в деревне[2]. Этот процесс огосударствления всей хозяйственной и культурной жизни страны достиг своего апогея в начале 1921 года. Полное осуществление социализма казалось уже совсем близким. Административное право начинало делаться синонимом советского права вообще.

VIII. ХАРАКТЕРНЫЕ ОСОБЕННОСТИ СОВЕТСКОГО АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

С введением НЭПа эти отличительные черты советского административного права несколько изменились. Государство сохраняет за собой в области хозяйственной и культурной лишь командные высоты. В связи с этим целый ряд имуществ переходит в частные руки, допускается торговля и вообще расширяется частный оборот. Иначе говоря, область административного права несколько суживается и уступает место праву частному. Сокращение сферы административной деятельности, с одной стороны, и ликвидация гражданской войны и интервенции, с другой, способствуют уменьшению централизации. Постепенно усиливается роль советов за счет исполкомов и низовых органов за счет вышестоящих[3]. Исключительные полномочия органов власти сокращаются и подвергаются более точной регламентации.

[1] Теоретическая мысль предсказывала уже давно это грядущее расширение публичного права в социалистическом государстве за счет частного. М е н г е р. Новое учение о государстве, пер. под ред. Б. К и с т я к о в с к о г о. 1906, стр. 93, 220. П о к р о в с к и й. Основные проблемы гражданского права. 1917, стр. 17. Несколько осторожнее Б. К и с т я к о в с к и й. Социальные науки и право. 1916, стр. 578 и след.

[2] Проф. Г о й х б а р г. Хозяйственное право РСФСР, стр. 5.

[3] По словам Г. М и х а й л о в а, назв. статья, стр. 145, Местное Советское Управление, стр. 51, каждый год НЭПа приносит все новые и все более демократические положения об органах местного управления.

Несмотря на это, наше административное право — не говоря, конечно, о его социальном содержании, но даже с технической стороны, — в корне отличается от административного права буржуазных стран. Отличие прежде всего количественное. Об этом долго говорить не приходится. У нас ведь подверглись полному огосударствлению или более или менее значительной регламентации обширные отрасли экономической и культурной жизни, оставленные в буржуазных странах свободной игре сил.

Различие, однако, и качественное. Ряд принципов западного административного права у нас подвергся полному отрицанию; вместо них выдвинуты совершенно новые. Другие принципы существенно ограничены[1]. Мы не можем дать здесь полное изложение этого в высокой степени интересного вопроса. Для этого пришлось бы охватить все отделы административного права, написать целый трактат. Поэтому мы лишь вкратце остановимся на ряде моментов, наиболее характерных.

1. На Западе до сих пор общим правом считается право частное; публичное право есть нечто исключительное, своеобразное. Поэтому в тех случаях, когда возникает вопрос, является ли данное правоотношение публичным или частным, имеется предположение в пользу права частного. В наших условиях действует противоположный принцип. Так как гражданское право есть лишь уступка, его надо рассматривать как нечто исключительное, не подлежащее расширительному толкованию. Принцип этот выражен в ст. 5 постановления ВЦИК о введении в действие Гражданского кодекса: “Распространительное толкование Г. К. допускается только в случае, когда этого требует охрана интересов рабоче-крестьянского государства и трудящихся масс”. Если гражданское право является лишь исключением, то что является общим правилом? Общим правилом является право публичное, то именно публичное право, которое в эпоху военного коммунизма было почти единственным, почти синонимом советского права вообще.

2. Основной принцип западного государственного устройства — разделение властей, в частности, противопоставление законодательной и исполнительной власти. По идее он должен максимально обеспечить индивидуальную свободу. На деле первоначально им оперировали, чтобы изъять у короля законодательную и судебную власть в пользу буржуазии[2]. В дальнейшем

[1] Проф. К о б а л е в с к и й. Методы изучения административного права советских республик. Наука на Украине. 1922. № 2.

[2] Б о ш к о. Эволюция правовой мысли. 1925, стр. 272 и след. М а л и ц к и й. Советское государственное право. 1926, стр. 117 и след.

же, как правильно отмечает Кельзен[1], он очень часто являлся только маской для стремления обеспечить власти короля некоторое положение, которое могло бы служить противовесом народному представительству. В значительной части, если не исключительно, говорит Кельзен, учением о разделении властей злоупотребляли, чтобы ограничить процесс демократизации государственной власти сферою законодательства.

У нас принцип отделения законодательной власти от исполнительной подвергся полному отрицанию. Это вполне последовательно. Индивидуальная свобода не является у нас таким основным принципом, как на Западе: наше государство проникнуто идеями коллективизма. С другой стороны, поскольку государственная власть всецело находится в руках одного класса, руководимого одной партией, нет никаких побуждений к созданию сдержек и противовесов[2].

3. В буржуазных странах, по крайней мере на континенте Европы, твердо установилось противопоставление органов "местного самоуправления" органам правительственным. Объясняется это явление очень просто: борьбой буржуазии с королевским абсолютизмом, наличностью двух враждебных социальных сил. Органы самоуправления—выборные от "народа", правительственные учреждения — агенты короля. Это разделение между правительственными учреждениями и органами самоуправления осталось и после ликвидации королевской власти, после сосредоточения всей центральной власти в руках парламента. Благодаря наличию различных группировок, обладатели центральной власти не уверены в том, что в органах самоуправления окажутся "свои люди". Поэтому для контроля за самоуправлением они назначают членов своего класса, своей партии[3].

Исключение составляет Англия. Особенности ее самоуправления вызваны тем, что победа над королевской властью одержана парламентом очень давно. В результате в течение почти двух столетий в Англии и власть в центре (парламент и министерство) и власть на местах (мировые судьи) находилась в руках одного и того же класса — землевладельцев. Поэтому не было

[1] Sozialismus und Staat. 1923, стр. 182. Allgemeine Staatslehre. 1925, стр. 258 и сл., 362. Так же и С т у ч к а. Учение о государстве пролетариата и крестьянства. 1926, стр. 162 и сл.

[2] М а л и ц к и й. Назв. соч., стр. 103 и сл. Г у р в и ч. Основы советской конституции. 1926, стр. 82 и сл.

[3] С т у ч к а. Назв. соч., стр. 253.

побуждений к созданию правительственных органов наряду с органами самоуправления.

Советское государство этой двойственности не знает. Оно построено на началах демократического централизма. Советскому законодательству нет надобности противопоставлять правительственную и земскую власть на местах. Советское государство не знает борьбы, породившей эту двойственность на Западе[1]. Если можно говорить о параллелях, советское право в этом пункте ближе всего к английскому, также выросшему при отсутствии борьбы между различными классами в органах местного управления.

IX.

4. Правовое положение должностных лиц на Западе характеризуется рядом особенностей даже сравнительно с положением так называемых вольнонаемных служащих государства. В то время, как отношение между государством и его вольнонаемными служащими является трудовым договором, отношение между государством и должностными лицами имеет особый[2] характер: по мнению одних, публично-правовой договор, по мнению других, особое отношение подчинения. На должностных лиц не распространяются общие нормы социального страхования и обеспечения: для них обыкновенно создается особое, привилегированное положение. Увольнение должностных лиц обставлено гораздо большими формальностями и затруднениями, чем увольнение вольнонаемных служащих государства. Очень часто должностные лица назначаются пожизненно (например, германская конституция, ст. 129). Право коалиций для должностных лиц значительно стеснено[3]. Это положение в значительной степени является пе-

[1] М а л и ц к и й. Назв. соч., стр. 152.

[2] K a s k e l. Arbeitsrecht. 1925, стр. 30, B u h l e r. Arbeitsrecht. I. 1926, стр. 40. B e r t h é l e m y. Droit administratif. 1926, стр. 60 и след.

[3] Во Франции, вследствие роста профессиональных объединений чиновников и крупных стачек, ими организованных (почтовая, две железнодорожных), вопрос о праве коалиций для должностных лиц имеет обширную литературу. П а в е л А л е к с е е в. Общества чиновников во Франции. Юридический Вестник. 1913, II. C a h e n. Les fonctionnaires, leur action corporative. 1911. C h a r d o n. Le pouvoir administratif. 1912. L e f a s. L'etat et les fonctionnaires, 1913. E s m e i n. Droit constitutionnel. 1921, стр. 121. D u g u i t. Traité. III, стр. 202 и сл. H a u r i o u. Droit administratif. 1921. B e r t h é l e m y. Назв. соч. стр. 61 и сл. P i c. Législation industrielle. 1922, стр. 172

режитком эпохи полицейского государства, когда чиновник был маленьким царьком. С другой стороны, когда экономическая и культурная жизнь оставлены свободной игре сил, участвующие в ней не могут рассматриваться, как выполняющие государственную функцию, что характерно для должностного лица.

У нас правовое положение должностных лиц принципиально не отличается от положения работающих по найму у государства и даже у частных лиц. Положение всех их регулируется одним и тем же кодексом законов о труде, коллективными и трудовыми договорами[1]. Что отношение между государством и должностным лицом по советскому праву является трудовым договором — это бесспорно. Специальных законов о социальном обеспечении и страховании для должностных лиц нет. Увольнение их обставлено обычными, не большими и не меньшими гарантиями. Никаких специальных стеснений права коалиций для них нет. Даже работники милиции входят у нас в профсоюз.

Правда, из этого основного правила имеется ряд исключений. Так, воспрещена совместная служба близких родственников и свойственников в государственных учреждениях и предприятиях, в случае, если одновременное состояние их на службе связано с подчиненностью или подконтрольностью одного лица другому (Временные правила о службе в государственных учреждениях и предприятиях, ст. 2. С.У. 1923, № 1, ст. 8). Совмещение должностей в нескольких государственных учреждениях или предприятиях допускается лишь по взаимному соглашению руководителей этих учреждений и предприятий. Совмещение государственной службы со службой в частных учреждениях или предприятиях воспрещается (там же, ст. 4). Лицам, состоящим на государственной службе, воспрещается участвовать в частных

и след., 240 и след. J è z e. Revue du droit public. 30 (1913), стр. 537. В Германии до революции 1918 года вопрос этот не существовал. В настоящее время он стал во весь рост. B e n d i x. Das Streikrecht der Beamten. 1922. G r o h. Koalitionsrecht. 1923, стр. 70 и сл. B ü h l e r. Arbeitsrecht. I, стр. 80 и сл. K a s k e l. Arbeitrecht, стр. 323. Относительно Англии M. S i b e r t. Principes généraux sur la situation juridique des fonctionnaires anglais. Revue du droit public. 1911, стр. 254 и сл.

[1] Советское решение вопроса — распространение на должностных лиц трудового права — защищают с политико-правовой точки зрения L u t z R i c h t e r. Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. 1923, стр. 26. Arbeitsrecht gegen Beamtenrecht. Verwaltungsarchiv. 32 (1927), стр. 380 и сл. P o t t h o f. Einheit und Scheidung im künftigen Beamtenrecht. Arbeitsrecht. 1923, стр. 89 и сл., 165 и сл.

торговых и промышленных предприятиях, заниматься подрядами и поставками, вступать с госучреждениями и предприятиями в отношения коммерческого свойства, а также быть поверенными третьих лиц по делам учреждений и предприятий, где они (поверенные) служат (там же ст. 3). Государственным служащим воспрещается быть коммивояжерами (С.У. 1923, № 1, ст. 19) и принимать на себя представительство иностранных фирм и организаций (С.У. 1923, № 43, ст. 464). Уголовная ответственность должностных лиц регулируется особыми нормами (У.К., ст. 109—136). Служащие государственных учреждений несут дисциплинарную ответственность в порядке подчиненности (Известия от 31/VII 1927, № 173), а ответственные работники, кроме того, еще могут быть привлечены к дисциплинарному суду (С.У. 1926, № 36, ст. 291). Зарплата значительной части служащих устанавливается в порядке государственного нормирования (С. У. 1925, № 48, ст. 368). Работники государственных учреждений и предприятий в отдаленных местностях пользуются особыми льготами (С. З. 1927, № 25, ст. 270). Положение научных работников регулируется специальными нормами (С. У. 1924, № 7, ст. 44). Лица особого доверия, а также получающие ставки ответственных политических работников могут, в случае неправильного увольнения, приносить жалобы только в административном порядке (Разъяснение Пленума Верхсуда Р. С. Ф. С. Р. от 7/II 1927, Е. С. Ю. № 11). Рабочее время ответственных работников не ограничено (К. З. о Т., ст. 94 прим.). Ответственные работники не могут оставлять службу без разрешения их начальства. (Эта общая мысль выражена в следующих частных постановлениях: Положение о губернских съездах советов и губисполкомах, ст. 45 — С. У. 1922, № 72—73, ст. 907; Положение об уездных съездах советов и уездных исполкомах, ст. 48 — С. У. 1924, № 82, ст. 825; Постановление ВЦИК и СНК о пересмотре прав и обязанностей местных органов советского управления, ст. 22 — Известия от 24/VII, 1927, № 176).

Однако все эти постановления имеют разрозненный характер, создавались от случая к случаю и обыкновенно охватывают лишь отдельные группы работников государственных учреждений и предприятий, почти каждый закон по другому признаку. Поэтому государственные должностные лица не образуют у нас твердо обособленной группы. Не следует, наконец, забывать, что и для других групп трудящихся К. З. о Т. и развивающие его законы иногда устанавливают особые правила (например, для домашних работников, сезонных рабочих). Причина этого заключается в следующем. В принципе в социалистическом госу-

дарстве все лица отправляют какую-либо общественно-полезную функцию по заданиям государства, все они являются как бы должностными лицами. Должностные лица в тесном смысле слова (чиновники) — лишь один из отрядов армии общественно полезного труда[1].

5. Положение личности в капиталистическом государстве характеризуется началами формального равенства, формальной свободы и подчеркивания субъективных ее прав, в особенности же права собственности.

Первому из этих принципов при строго классовом характере нашего государства у нас совершенно нет места. Наш строй проникнут совершенно противоположным началом[2].

Что касается начала формальной свободы, то здесь необходимо отметить следующее. На Западе в некоторых вопросах оно уже признано недостаточным и на смену ему выдвинуто начало покровительства государства экономически и социально слабым элементам. Прежняя безграничная свобода труда заменена объемлющим трудовым законодательством. Рядом со свободой преподавания мы имеем множество государственных учебных заведений. Принцип laissez faire заменился широким вмешательством законодателя в экономическую жизнь. Проекты французских социалистов и английских либералов идут еще дальше[3]. Они хотят обязать общины предоставлять гражданам для устройства собраний в свободные часы общинные помещения и школьные здания.

Не приходится говорить, что в тех вопросах, где западное право отказалось от принципа свободы, от него отказалось и наше, причем у нас государственное вмешательство пошло неизмеримо дальше.

Но мало того, проекты французских социалистов и английских либералов относительно обеспечения фактической возможности собираться, являются у нас действующим правом и закреплены конституцией (Конституция РСФСР, ст. 6).

Наконец, наше законодательство идет еще дальше и берет под свое покровительство еще две из формальных свобод — свободу союзов (Конституция РСФСР, ст. 7) и свободу печати (ст. 5).

Как мы уже отметили выше, капиталистические государства подчеркивают субъективные публичные права граждан, среди них право собственности. Типична в этом отношении статья 2 декла-

---

[1] Проф. А. И. Елистратов. Административное право РСФСР. 1925, стр. 33.

[2] Ленин. Собрание сочинений, т. XV, стр. 373.

[3] Матвеев. Право публичных собраний. 1909, стр. 159, 365.

рации прав 1789 года: цель всякого политического соединения — это сохранение естественных и неотчуждаемых прав человека. Наше государство не склонно выдвигать на первый план личность. Наоборот, оно рассматривает отдельных лиц лишь как средство для достижения своих целей[1]. Что же касается частной собственности, то наша конституция стремится к полной ее отмене. Не следует, однако, думать, что у нас вовсе нет субъективных публичных прав[2], что у нас существует полное бесправие личности. И в самом деле, что такое субъективное публичное право гражданина к государству? Это такое положение, когда он может требовать совершения государством чего-либо или свободно делать что-либо на основании юридической сделки или принудительной нормы права, изданной для защиты его индивидуальных интересов и на которую он может ссылаться в споре с администрацией[3]. Приходится ли иногда советским гражданам находиться в таком положении? Без всякого сомнения. При этом, пользуясь классификацией Еллинека[4], мы скажем, что советскому гражданину принадлежат все три статуса: 1) активный: пассивное и активное избирательное право, 2) негативный: возможность исповедывать любую религию или никакой, принимать участие в отправлении культа, заниматься религиозной и антирелигиозной пропагандой (конституция РСФСР ст. 4), свобода передвижения (ведь паспортной системы у нас нет), 3) позитивный: притязание застрахованного к органам социального страхования; притязания граждан, образующих религиозное общество или группу верующих, на предоставленное им по договору с исполкомом культовое имущество[5].

Тем не менее следует постоянно помнить, что у нас личность не является чем-то самоценным. Она есть лишь винтик огромной машины. Поэтому и обеспечение ее прав стоит на втором плане.

---

[1] Т у р б и н е р. Государственный строй РСФСР. 1923, стр. 7. М а л и ц к и й. Назв. соч., стр. 93 и сл. Р е й с н е р. Государство буржуазии и РСФСР. 1923, стр. 331.

[2] Таково мнение Н о с о в а. К вопросу о теории советской административной юстиции. Советское право. 1925, № 4 (16), стр. 74.

[3] B ü h l e r. Die subiectiven öffentlichen Rechte. 1914, стр. 224.

[4] System der Subiectiven öffentlichen Rechte. 1905, стр. 86 и сл. Allgemeine Staatslehre. 1914, стр. 419 и след.

[5] Мы вполне разделяем мнение проф. В.Н. Д у р д е н е в с к о г о. (Субъективное право и его основное разделение. Сборник общества исторических, философских и социальных наук при Пермском университете. Вып. I, 1918, стр. 95), что и при социалистическом строе сохранятся некоторые субъективные права.

X.

6. Это служебное положение личности становится особенно ясным при изучении советской административной юстиции. У нас функции административной юстиции возложены на прокуратуру и рабоче-крестьянскую инспекцию. Основания для обжалования административных актов очень широки. Среди них можно найти и отклонение власти, которым так гордится Франция, и явную нецелесообразность — это достижение английского права. Жалобы могут быть подаваемы не только заинтересованными, но всяким гражданином. Они освобождены от гербового сбора. Однако отсутствие у этих органов права отменять обжалованные акты и также недостаточность процессуальных гарантий несколько ослабляют ценность этих способов обжалования, если к ним подходить с точки зрения индивидуализма. Да это и понятно. Основная цель этих учреждений вовсе не защита интересов частных граждан[1]. Но для интересов государства эти специфически советские способы обеспечения законности имеют очень большое положительное значение, как извещение о неправильностях функционирования государственного механизма[2].

7. Мы видели, что ответственность должностных лиц за убытки, причиненные их действиями в буржуазных странах несколько стеснена: во Франции возможностью для администрации возбудить пререкание о подсудности, в Англии процессуальными привилегиями и специальными постановлениями об ответственности некоторых категорий должностных лиц (судей, полицейских, таможенных)[3]. Советское право окончательно порывает с

---

[1] К о б а л е в с к и й. Очерки, стр. 242.

[2] К о б а л е в с к и й. Очерки, стр. 243. Н о с о в. Назв. соч., стр. 83.

[3] В некоторых землях Германии, в том числе и в Пруссии, до 1919 г. сохранялся институт Vorentscheidung, т. е. необходимость предварительного разрешения высшего административного суда (а при его отсутствии— суда империи) на привлечение должностных лиц к ответственности. O t t o M a y e r. Назв. соч. I, стр. 193 и сл. Vorentscheidung не следует смешивать с пререканием о компетенции. Это два совершенно различных института. В одном и том же иске к должностному лицу возможны эти оба осложнения. S t e i n. Назв. соч., стр. 11. Статья 131 Веймарской Конституции ликвидировала Vorentscheidung. G i e s e. Verfassung des Deutschen Reiches. 1926, стр. 349. O t t o M a y e r. I, стр. 196.

При исках о возмещении убытков, причиненных полицейскими распоряжениями, в Пруссии существовало, в силу закона 11/V 1842 года, § 6, еще третье осложнение: необходимость предварительно добиться отмены причинившего ущерб распоряжения в порядке административной жалобы или административного иска. O t t o M a y e r. I, стр. 195, примеч. 18; S t e i n. Назв. соч., стр. 115.

последними пережитками административной гарантии и подчиняет ответственность должностных лиц общему праву.

Буржуазное право, в особенности же французское и германское, возлагает на государство ответственность за убытки, причиненные неправильными действиями должностных лиц (с сохранением или без сохранения за государством права регресса)[1]. Нашему праву этот принцип, как общее правило, чужд. Он применяется лишь в виде исключения (Г. К., ст. 407)[2].

Кроме ответственности за неправильные действия должностных лиц, буржуазные государства принимают на себя ответственность за убытки, причиненные ими в качестве фиска, а также в качестве публичной власти. Ответственность государства-фиска существует и по нашему праву. Поэтому мы на ней останавливаться не будем. Переходим к ответственности государства публичной власти — публично-правовому вознаграждению.

Это последнее расширение ответственности государства есть результат преклонения перед принципом собственности. Дюги[3] совершенно справедливо отмечает следующее. Согласно традиционному воззрению, государство не может отвечать за акты власти: ведь если эти акты противоправны, то в них нарушается воля государства; вместо нее имеется воля должностного лица, которое и должно нести ответственность. Если акты правомерны, ни о какой ответственности не может быть и речи. Однако

---

[1] Французское право изложено нами в § 3. Германская конституция 1919 г., ст. 131, гласит: Если должностное лицо при осуществлении вверенной ему публичной власти нарушит свой служебный долг в отношении третьего лица, то за это в принципе ответственность падает на государство или корпорацию, на службе у которых состоит должностное лицо. Это постановление лишь повторяет принципы прусского закона 1/VIII 1909 г. и закона Германской державы 22/V 1910 г.

[2] Эта система первоначальной ответственности государства с последующим регрессом к должностному лицу вызывает de lege ferenda возражения и на Западе (H a u r i o u Précis de droit constitutionnel. l923, стр. l36. O t t o M a y e r. I, стр. l99). Указывают на следующие ее недостатки: l) Она обременительна для государственной казны; 2) должностные лица теряют чувство ответственности; 3) она дает основание для произвола: вопрос о предъявлении регрессного иска решается начальством должностного лица, причинившего убытки; это открывает широкое поле кумовству, протекционизму и сведению личных счетов.

[3] Transformations du droit public. l925, стр. 227 и сл.; Traité. III, стр. 428 и след.

в этой стройной конструкции очень рано появилась трещина: принцип неприкосновенности собственности. В жертву ему было принесено начало безответственности государства. Судебная практика пошла быстро вперед и установила ответственность государства почти за все убытки, причиненные публичными работами, затем функционированием публичных служб, словом — почти за все его действия, хотя бы законные и невиновные, возлагающие на граждан особые жертвы. В этом принципе есть, однако, солидная брешь, весьма характерная для буржуазных принципов. Если особые жертвы требуются не от имущества граждан, а от их жизни, здоровья и свободы (воинская повинность), то государство полной ответственности не несет, а в лучшем случае ограничивается грошевыми пенсиями.

Не менее характерно и другое исключение из принципа ответственности государства. Если имущественные убытки причинены путем нарушения свободы (например, неправильное судебное решение, впоследствии отмененное; задержание подследственного, впоследствии оправданного судом,), то убытки, за небольшими исключениями, специально оговоренными в законе[1], не возмещаются. А между тем здесь есть не только "особая жертва", как при воинской повинности, но даже неправильное действие (в смысле "вины службы"). Таким образом, жизнь и здоровье граждан оказываются в худшем положении, чем их имущество.

Поскольку право собственности у нас играет неизмеримо меньшую роль, вполне понятно, что и ответственность государства за акты власти не приобрела у нас такого развития как на Западе[2]. И действительно, догматический анализ соответствующих постановлений нашего законодательства заставляет признать, что у нас публично-правовое вознаграждение не имеет общего характера, но ограничивается лишь специально пре-

[1] Например, Французский закон 8/VI 1895 г., ныне Code d'instruction criminelle art. 446; германские законы 20/V 1898 г. и 14/VII 1904 г.

[2] Нам поэтому кажется, что критические замечания, направленные против сужения у нас ответственности государства (напр., Б. И. Г о м б е р г. Право и жизнь. 1927, № 1), не убедительны, так как не учитывают весьма прохладного отношения нашего права к частной собственности.—В последнее время наша судебная практика склоняется к расширению ответственности государства. Для этого она широко раздвигает понятие актов фиска — по ее терминологии, актов административно-хозяйственных. Много решений собрано в вышеназванной статье проф. Магазинера.

дусмотренными законом случаями, например: реквизиция, убытки при выполнении гужевой повинности вследствие падежа лошади или повреждения инвентаря, убытки, причиненные военным ведомством от полигонов, стрельбищ и лагерей, а также за повреждения, причиненные войсками во время учений, маневров и сборов; повреждения земельных участков при производстве топографо-геодезических работ.

Общего обоснования публично-правового вознаграждения нельзя найти в ст. 407 Г. К. Статья эта говорит, что государство отвечает (в исключительных случаях) за неправильные действия должностного лица. Но при публично-правовом вознаграждении неправильных служебных действий должностных лиц нет. Остается ст. 403. Но применима ли она к государству публичной власти? Мы категорически против этого протестуем. Статья эта имеет в виду отношения гражданские, а не публичные[1].

8. В буржуазных странах континента Европы вопрос о границах компетенции судебных и административных органов имеет очень большое значение, благодаря враждебному отношению социальных групп, стоявших долгое время позади одних и других (суды — представители буржуазии, административные органы — королевской власти). Не считаясь с возникающей из это-

[1] Едва ли нужно доказывать, что наше право противопоставляет отношения публичноправовые отношениям частноправовым. Об этом свидетельствуют и ст. 2 Г. К., и ст. 21 Г. П. К., повседневная практика. См., например: Практика Арбитражных Комиссий. Вып. I. 1924, решения № 46, 306, 325, 326, 327, 364. Высшая Арбитражная Комиссия при СТО. Решения. Вып. II. 1923, решение № 98. Вып. III, 1924, решение № 106. Вып. IV. 1924, решение № 378. Арбитражные Комиссии при СТО СССР и Экосо союзных республик. Решения. Вып. I (V), 1925, решение № 506. Вып. II (VI), 1926 г., решения № 78/Р, 98/Р, 106/Р. Судебно-Арбитражный бюллетень. 1926. № 8—9, стр. 4, № 12—13, стр. 7, № 40—41, стр. 2, № 54—55, стр. 1, № 74—75, стр. 11; 1927, № 17—18, стр. 7. Разъяснение III Отдела НКЮ НКФину № 1204 от 7/X 1924. Теоретическое обоснование этого факта с марксистской точки зрения дают Паш у к а н и с. Общая теория права и марксизм. 1926, стр. 56 и сл. и Челяпов. К вопросу об основном разделении права. Революция права. № 2 (1927). Ср. еще Черепахин. К вопросу о частном и публичном праве. 1926, стр. 21 и сл. (отдельный оттиск из X Сборника Трудов профессоров и преподавателей Иркутского Государственного Университета).

го судебной волокитой, для решения пререканий о подсудности между администрацией и судом там создаются специальные трибуналы конфликтов — своего рода третейские суды. Лишь Англия с ее своеобразно сложившимися отношениями между управлением и судом не знает трибунала конфликтов. Вопрос о компетенции решается там самим судом в обыкновенном процессе и с соблюдением обычного инстанционного порядка, как всякий вопрос относительно наличности процессуальных предположений[1].

У нас при старом порядке также имелись специальные органы для решения споров о компетенции между администрацией и судом: в составе ближайшего высшего по отношению к тому суду, с которым администрация вступила в пререкание, создавалось особое присутствие из представителей администрации и судебного ведомства (У.Г.С., ст. 42[1], 237 и след., У.У.С., ст. 39, в редакции, действовавшей в местностях, где было введено положение о земских участковых начальниках, ст. 239 и след.).

Советское право не имеет оснований ревниво оберегать компетенцию одних органов советской власти от других. И те и другие являются для него своими. С другой стороны, оно враждебно всякой волоките, в том числе и судебной[2]. В связи с этим оно очень своеобразно решает и вопрос о пререканиях о подсудности между судебными и административными органами. В процессуальных кодексах оно его не касается. Но в положениях, регулирующих наложение административных взысканий неизменно повторяется правило: если дело было принято к своему производству судом, нарушитель не может быть подвергнут административному взысканию, за исключением случаев, когда сам суд передает дело административным органам. Таким образом, для административных органов возбуждение какого-либо пререкания о подсудности исключается.

Посмотрим теперь, каково положение суда, считающего, что дело, находящееся в производстве у административных органов, подведомственно ему. На Западе суд в таких случаях, не считаясь с принятием дела к производству в административных органах, может завести свое производство с тем, чтобы администрация возбудила конфликт. Возможно ли такое положение у нас? Решение Сев.-Зап. А. К[3]. дает отрицательный ответ: одновре-

[1] А н ш ю т ц. Журнал Министерства Юстиции. 1907. № 7, стр. 125.

[2] Ср.: А. Я. В и ш и н с к и й. Курс уголовного процесса. 1927, стр. 96 и след.

[3] Практика Арбитражных комиссий. 1924. Вып. I, решение № 390.

менное рассмотрение дела в административном и судебном порядке не должно иметь места, а поэтому суд не может принимать к своему производству дел, производящихся в административном порядке.

Наконец, что касается отрицательных пререканий о компетенции, то есть таких случаев, когда и администрация, и судебные органы считают дело себе неподведомственным, то и они у нас, по мнению Верхсуда УССР (разъяснение пленума от 5/1—1925), не допустимы. Верхсуд УССР здесь совершенно правильно исходит из распространительного толкования постановлений наших процессуальных кодексов (УПК, ст. 40; ГПК, ст. 33), исключающих как положительные, так и отрицательные пререкания о компетенции между судами.

XI. ТЕОРИЯ ПРОФ. К. А. АРХИПОВА О ЗАКОНОМЕРНОСТИ УПРАВЛЕНИЯ

Нам остается еще остановиться на принципе закономерности управления в советском строе. Вопрос этот очень интересно поставлен в работе проф. К. Архипова[1]. Мы не можем, однако, согласиться с его воззрениями.

Проф. Архипов думает, что у нас нет законов в формальном смысле слова, что у нас законами являются все юридические нормы общего порядка, независимо от какого органа они исходят[2]. Это есть прекрасно знакомая Западу теория материального закона[3]. В ней абсолютно ничего нового и своеобразного нет. И на Западе существуют законы разных степеней[4]: конституция, обыкновенные законы, указы высших административных органов, указы подчиненных административных органов... В союзных государствах получается даже две таких иерархических системы: законы союза и входящих в него государств[5].

Этот принцип иерархии нормативных актов не только знаком на Западе по существу (это отмечает и сам проф. Архипов на стр. 41 своего труда), но даже самый термин попадается у буржуазных государствоведов и административистов[6].

---

[1] Закон в советском государстве. 1926.

[2] Назв. соч., стр. 46 и след.

[3] Цитаты можно здесь нанизывать до бесконечности. Сошлемся на скромно излагающего общепринятое учение S c h ö n'a. Die Verordnungen. Статья в Handbuch der Politik. 1920. I, стр. 248.

[4] Проф. А р х и п о в у следовало бы подтвердить ссылками свое в высшей степени смелое утверждение (стр. 70), что принцип теории буржуазного права "закон не имеет степеней".

[5] Мы поэтому не можем принять утверждения проф. Архипова (стр. 63), что идея многостепенности законодательных органов власти исключает идею закона в формальном смысле.

[6] H a u r i o u. Droit administratif, стр. 19. C a r r é d e M a l b e r g. I, стр. 485; II, стр. 114.

Связанность администрации законом у нас отличается, по мнению проф. Архипова, от связанности на Западе двумя чертами: 1) у нас начало закономерности умеряется началом революционной целесообразности (стр. 45). — В литературе этому учению, связанному с именами т.т. Сольца и Гойхбарга (применение гражданских законов судом. Сов. право, 1923, № 3), уже дан самый энергичный отпор[1]. Оно решительно отвергнуто как несоответствующее нынешней эпохе и являющееся пережитком периода военного коммунизма. 2) По мнению проф. Архипова у нас поручение какой либо отрасли управления означает поручение нормотворчества в этой сфере[2]. Каждый нижестоящий орган может издавать нормы в области, не урегулированной высшими органами[3]. Нижестоящие органы власти ограничены в своей компетенции лишь в той мере, в какой это прямо указано в положении о них, либо вытекает из их обязанности безусловно выполнять предписания вышестоящих органов власти. Принцип, согласно которому издание общих юридических норм составляет привилегию органов власти, особо указанных в конституции [почему только конституции? Н. К.-И.] совершенно чужд советскому праву[4].

Нам кажется, что эти формулы — не более как перефразировка давно сданной в архив теории закономерности управления: закон — предел для администрации (а не необходимое основание для каждого действия, см. § 2). Но мало того, что эти формулы по существу не новы. Они еще и не соответствуют советской правовой действительности. Мы в полной мере принимаем их для первого периода советского административного права. Но в настоящее время они — анахронизм. Они прежде всего подрывают начало централизации и революционной дисциплины. Кроме того, они идут в разрез с неоднократно выявлявшимся у нас отрицательным отношением к местному законо-

[1] Крыленко и Яхонтов. О революционной законности. 1926. Яхонтов. О революционной законности. Сов. Право. 1926. № 1. Антонов-Саратовский. О революционной законности. Рев. Законность. 1926. № 1—2. Дяблo. Буржуазная законность, советская законность, революцион. законность. Сов. Право, 1926. № 6 (24).

[2] Назв. соч., стр. 45.

[3] Назв. соч., стр. 83.

[4] Назв. соч., стр. 193.

творчеству и налоготворчеству. По нашему мнению, типичным для нынешней эпохи является положение 28/VI 1926 г. об издании местными исполнительными комитетами и городскими советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушения взысканий в административном порядке (С. У. 1926, № 39, ст. 304). Статья 6 этого положения гласит: Путем издания обязательных постановлений могут регулироваться только вопросы, предусмотренные ст. 7 и 8 настоящего положения, а также вопросы, по которым право издания обязательных постановлений предоставлено соответствующим исполкомам, их президиумам, горсоветам и их президиумам особыми узаконениями[1]. Ст. 2 этого же закона говорит, что издавать обязательные постановления могут лишь учреждения, специально поименованные в законе. При этом (ст. 3) эти учреждения, имеющие право издавать обязательные постановления, даже не имеют права передавать свои полномочия нижестоящим органам.

А вот другой не менее характерный пример. Инструкции участковому надзирателю (ст. 17—21), постовому милиционеру (ст. 11—15) и волостному милиционеру (ст. 15—18) давали очень широкие полномочия милиции в деле требования содействия со стороны граждан и пользования извозчиками, повозками и автомобилями. Получалось «издание норм в области, не урегулированной высшими органами», в духе теории проф. Архипова, в результате которого для граждан возникала своего рода трудовая и транспортная повинность. В изданных в текущем году (1927) Н. К. В. Д. разъяснениях к этим инструкциям проводится уже совсем иная точка зрения: требовать содействия граждан милиция может только в случаях, когда обязанность содействия органам милиции определенно возложена на граждан соответствующими законами или обязательными постановлениями местных исполкомов или горсоветов. Что же касается права и порядка пользования перевозочными средствами, то они определяются обязательными постановлениями местных исполкомов или горсоветов. Иначе говоря: для предъявления требований гражданину нужно законное основание. В таком же духе составлены разъяснения к ст. 25 и 29 инструкции постовому милиционеру, ст. 29—35 инструкции волостному милиционеру и ст. 31—34 инст-

[1] Считаем своим долгом отметить, что прежний декрет ВЦИК о порядке издания обязательных постановлений (27/VII 1922 г.), который имел в виду проф. Архипов, не содержал столь категорических постановлений.

рукции участковому надзирателю, где идет речь о принудительном задержании нарушителей порядка и лиц, совершивших преступление или подозреваемых в совершении преступления[1].

Если бы проф. Архипов пожелал внести в свою теорию ограничения и сказал бы, что без специального уполномочия закона возможно издание лишь инструкций (но не обязательных постановлений) и служебных распоряжений (но не актов, обращенных к населению), мы бы не возражали против его теории. Но тогда это было бы лишь повторением старого учения о материальном указе и служебной власти (Dienstgewalt).

N. P. KARADGÉ-ISKROW

DERNIÉRE ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF

§ 1. L'état de police n'avait pas de droit administratif dans le sens propre de ce mot. les instructions de service, qui réglaient alors l'activité administrative ne liaient ni l'organe duquel elles émanaiént envers les organes inférieurs ni l'administration elle-même envers les gouvernés.

§ 2. La révolution française remplaça l'état de police par l'état de droit. Pour le droit administratif cela signifie principalement l'introduction du principe de légalité. Ce dernier fit une évolution remarquable. Tout d'abord la loi n'était que limite pour l'activité administrative. Maintenant elle est devenue le fondement nécessaire pour tout acte administratif qui concerne l'individu.

§ 3. Les traits caractéristiques du droit administratif français sont la compétence très large de l'administration et la défense aux tribunaux judiciaires de s'immiscer dans les affaires administratives.

§ 4. En Allemagne la compétence des tribunaux judiciaires est plus étendue, de sorte que le droit civil remplace très souvent le droit public.

§ 5. L'Angleterre ne distingue pas strictement la justice et l'administration, le droit public et le droit privé. Ce système a plusieurs inconvénients.

§ 6. Dès le milieu du XIX siècle sous l'influence des idées socialistes l'état développe son activité administrative, ce qui nécessite une énorme extension du droit administratif. Mais les principes de l'état droit restent intactes.

§ 7. Les traits caractéristiques du droit administratif Soviétique se

[1] Ср. еще: Практика Арбитражных комиссий. 1924. Вып. I. Решение № 187.

sont surtout développés pendant l'époque du coimmunisime militaire (1918—1921). Mais même aprés l'introduction de la nouvelle politique économique le droit administratif soviétique garde plusieurs carartères particuliers que nous essayons d'esquisser dans les paragraphes suivants.

§ 8. Comme l'activité de l'état est très developpée en U.R.S.S., le droit administratif est extrèmement étendu. — On peut même dire que c'est le droit administratif qui droit commun et non le droit civil. — Le droit soviétique nie complètement la séparation des pouvoirs législatif et exécutif. — L'organisation administrative est basée sur le principe du "centralisme démocratique", la distinction des organes nommés par le pouvoir central et élus par la population locale n'existe pas.

§ 9. Comme les fonctionnaires de l'état ne sont qu'un détachement de l'armée des travailleurs accomplissant leur fonction sociale, leur situation juridique ne diffère pas de celle des autres travailleurs. Elle est réglée par le code du travail. — Le principe de liberté formelle en ce qui concerne le droit de réunion, le droit d'association, le droit de presse est remplacé par la protection de l'état aux éléments faibles.

§ 10. Le but principal des organes qui correspondent à la justice administrative est de protéger l'ordre public, l'intérêt de l'état et non les droits subjectifs individuels. — La responsabilité pécuniaire et pénale des fouctionnaires n'est gênée ni par la garantie administrative ni par l'élévation du conflit. La responsabilité pécuniaire de l'état puissance publique n'existe que dans les cas spécialement prévus par la loi. — Le conflit d'attribution n'existe pas. Chaque organe — administratif et judiciaire — décide lui même définitivement la question de sa compétence.

Б. А. КИСТЯКОВСКИЙ

СОЦИАЛЬНЫЕ НАУКИ И ПРАВО

XII. ГОСУДАРСТВО И ПРАВО

Вопрос об отношении между государством и правом, несмотря на свою сравнительную простоту, оказывается одним из самых неясных и запутанных вопросов в современной науке о государстве. Неясность этого вопроса и противоречивость ответов, даваемых на него, объясняются тем, что некоторые ученые ищут решения его не в теоретическом сознании и определении того отношения между государством и правом, которое свойственно современному правовому государству, а в установлении такого отношения между ними, которое было бы общим для различных стадий развития права и для различных типов государственного существования. Но, с одной стороны, различным типам государства свойственно настолько противоположное отношение к праву, что здесь мы имеем дело с принципиальными различиями, не подлежащими теоретическому обобщению и объединению в одном родовом понятии; с другой — типы государства, предшествовавшие современному конституционному или правовому государству, теперь уже безвозвратно принадлежат историческому прошлому. Они не могут служить материалом для решения теоретических вопросов государственной науки, так как существо государства в них выразилось далеко не полно. Напротив, правовое государство, являясь, как мы видели, высшим типом государственного существования, создает такие отношения между государством и правом, которые свойственны самому существу государства как такового. Поэтому для того чтобы решить этот вопрос теоретически, надо определить то отношение между государством и правом, которое присуще современному конституционному или правовому государству.

В прошлом государство и право возникли, несомненно, независимо друг от друга и известное время вели как бы обособленное существование. Однако постепенно государство стало

признавать одной из своих ближайших и важнейших обязанностей заботу о праве. Начав с охраны права и гарантирования неизменного осуществления его предписаниям, оно естественно вскоре сделалось единственным судьей в вопросе о том, что является действующим правом. Этим путем из простого охранителя права государство превратилось как бы в его созидателя. С развитием законодательной деятельности последняя функция государства по отношению к праву выступила на передний план и стала привлекать к себе даже больше внимания и сил, чем первая. Процесс постепенного роста государственного правосозидания закончился уже в абсолютно-монархическом государстве тем, что отмена старого права и установление нового стали исключительной прерогативой и монополией государства. Последнее по собственному усмотрению решает, какие из старых правовых норм могут быть допущены, и должны ли быть установлены новые нормы и какие именно. Но, подчинившись государству, право не превратилось в послушное орудие государства, а, напротив, постепенно само приобрело господство над ним. Само государство для осуществления своих задач находило наиболее удобным для себя опираться на право. Первоначально это стремление воспользоваться правом, как опорой и средством для своих целей, являлось как бы вполне добровольным и основанным на свободном решении. Казалось, что государство в любой момент может отказаться от того содействия, которое ему оказывает право. Однако скоро все более и более стало обнаруживаться, что в силу самой природы государства для него существует принудительная необходимость основываться в своей деятельности на праве. Со своей стороны, право никогда не оказывает услуг без соответственных компенсаций, которые обусловлены неотъемлемо присущим праву свойством связывать и обязывать того, кто к нему обращается. Действительно, доставляя государству опору, право вместе с тем постепенно обязывает его самого следовать правовым предписаниям и нерушимо их соблюдать. Идя этим путем, право с течением времени все больше и больше расширяет свое господство над государством. В конечном результате этого процесса *право перестраивает государство и превращает его в правовое явление или в создание права*.

Однако признать созданием права можно только современное конституционное или правовое государство. Предшествовавшие типы государства, например, абсолютно-монархическое, феодальное, вотчинно-патримониальное, теократическое, антично-

общинное и др., основывали свою организацию, черпали свою силу и находили свое оправдание и в других явлениях помимо права. Кроме того, правотворческий акт, который мы имеем в виду, когда определяем современное государство как создание права, не есть первичная историческая причина современного государства. Напротив, основание большинства современных государств было положено не правовыми, а внеправовыми актами. Или война за независимость, или революция, или захват власти, или традиционная власть монарха, унаследованная от абсолютно-монархического государства, были первоначально творцами современных государств. Но новый государственный строй, который при этом создавался, тотчас же получал свое определение в нормах права, выраженных в конституции государства. Если некоторые фактические отношения, унаследованные от предшествующей государственной организации, сразу не выливались в правовые формы, то в конце концов и они превращались в правовые. По словам Г. Еллинека, "превращение власти государства, первоначально всюду фактической, в правовую всегда обусловливалось тем, что присоединялось убеждение о нормативном характере этого фактического элемента, — убеждение в том, что должно быть так, как есть"[1]. Таким образом, конституционное или *правовое государство в силу самой своей природы, претворяя все свои отношения в правовые, постепенно всецело проникается правом и превращается в чисто правовое явление*.

Конечно, на современной стадии развития конституционного или правового государства даже для вполне сложившихся правовых государств не исключена возможность вторжения внеправовых явлений и сил в их жизнь и организацию. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить, что и до сих пор свободная нация может быть подчинена вооруженной силой и лишена государственной самостоятельности, что и в современном свободном государстве может произойти революция, что и в республике может быть произведен захват власти, что и в конституционной монархии могут быть сделаны попытки к восстановлению неограниченной монархической власти или же законная и имеющая свое оправдание в конституционных нормах власть монарха может подвергнуться незаконному нападению. Не подлежит сомнению, что при возникновении конфликтов руководители социальных сил, действующих в современных государствах, до сих

[1] *Jellinek G.* Allgemeine Staatslehre. S. 312 (русск. пер. — 2-е изд. С. 251).

пор проявляют склонность при первой возможности прибегать к решению их насильственными мерами вместо того, чтобы пользоваться правовыми путями и методами, предоставленными конституцией и вообще правовым порядком страны. Но с каждым десятилетием все уменьшается возможность насильственного решения конфликтов и все расширяются способы их правового решения. Мирными способами теперь решаются вопросы, затрагивающие даже территориальный состав и верховные права государств. Так, в 1863 г. Англия добровольно отказалась от своих верховных прав на Ионические острова в пользу Греции, т.е. она согласилась на известное умаление своего верховенства. Наконец, на наших глазах в 1905 г. уже произошел раньше никогда не бывалый факт отделения одного государства от другого и превращение раньше зависимого государства — Норвегии в совершенно независимое без войны, чисто договорным путем. Несомненно, приближается время, когда все вообще государственные и межгосударственные конфликты будут решаться только правовыми путями — или на основании уже действующих норм конституционного и международного права, или же посредством соглашений и выработки новых правовых норм. Тогда окончательно исчезнут все внеправовые и насильственные способы решения государственных и международных вопросов, как войны, революции и захваты власти, которые, впрочем, и теперь составляют исключение, а не правило.

В нормальной деятельности современных государств еще сильнее сказывается все растущее расширение господства права. Проводниками господства права во внутренней жизни современных государств являются законодательные органы и особенно народное представительство. Один из основных конституционных принципов требует, чтобы вопрос, однажды решенный законодательной властью, подлежал и в дальнейшем регулированию исключительно с ее стороны. А так как важнейшая задача законодательных органов — издавать законы в материальном смысле, т. е. устанавливать правовые нормы, то это необходимо приводит к постепенному расширению сферы, определяемой материальным правом. Все новые и новые проявления жизни, которые раньше не подлежали правовому регулированию, в правовом государстве подчиняются нормам права[1].

Особенно важное значение для превращения конституционного государства в чисто правовое имеет подчинение праву уст-

[1] Ср.: *Палиенко Н. И.* Учение о существе права и правовой связанности государства. С. 310 и сл.

ройства и деятельности всех органов власти. Суды приобретают обыкновенно характер правовых учреждений еще в абсолютно-монархическом государстве, так как оно в последний период своего существования в целях самосохранения прибегает не только к репрессиям, но и к правовым реформам. Конституционное государство только устраняет те отступления от правовых принципов в судоустройстве, с которыми не может расстаться абсолютно-монархическое государство; благодаря этому в нем вся обширная область государственной деятельности, выражающаяся в различных формах отправления суда, оказывается уже последовательно связанной строгими и точными нормами права. Перестройка на правовых началах и подчинение правовым нормам законодательной деятельности обусловлены уже самим переходом к конституционной организации государства, т. е. установлением самой конституции и созданием народного представительства. Таким образом, безусловно новой и специальной задачей правового государства является строгое подчинение и всей правительственной деятельности определенным правовым нормам. Осуществление этой задачи достигается путем создания целого ряда институтов публичного права и требует больших усилий и борьбы. Оба противоположных мнения Монтескье и Лоренца ф. Штейна, упрощенно смотревших на характер правительственной деятельности в конституционном государстве, безусловно неправильны. Правительственная деятельность в конституционном государстве не является лишь исполнительной, т. е. только применяющей законы и, следовательно, изначально связанной правом, как думал Монтескье. Напротив, глубоко прав Л. ф. Штейн, настаивавший на существенно активном характере правительственной деятельности в конституционном государстве. Но, с другой стороны, если верно мнение Л. ф. Штейна, что всякое конституционное правительство необходимо должно проявлять энергию, инициативу и творчество, то из этого нельзя делать выводов, к которым пришел сам автор этого мнения, что в известных пределах правительственная деятельность в конституционном государстве свободна, т.е. не связана правом[1]. Такое решение никогда не устраняло бы возможности произво-

[1] Частичное отражение этого взгляда еще можно встретить у Г. Еллинека. Он утверждает, что “трудно представить себе государство, вся деятельность которого была бы связана правовыми нормами”. “Государство, правительство которого действовало бы исключительно по указаниям закона, было бы политической химерой” (Ibid. S. 565; Там же. С. 455).

ла со стороны правительственной власти и, следовательно, конституционное государство никогда не могло бы стать вполне правовым. Но оно не соответствует действительному развитию конституционного государства и его неудержимому стремлению целиком проникнуться правом и пропитать им все свои функции.

Несомненное своеобразие правительственной деятельности, естественно присущая ей большая самостоятельность требуют создания особых публично-правовых форм и институтов для ее подчинения праву. Каждое конституционное государство должно пройти ряд стадий в своем развитии, достичь которых удается только путем больших усилий и упорной борьбы, пока оно не выработает и не приспособит к себе этих форм и институтов, т.е. пока оно не станет вполне правовым. Для того, чтобы вся правительственная деятельность в конституционном государстве протекала исключительно в правовых рамках, должны быть созданы различные формы контроля над правительственными актами со стороны законодательных и судебных учреждений. Так, даже деятельность высшего правительственного органа — министерства оказывается связанной правом при правильно поставленной министерской ответственности.

Там, где существует парламентарная форма правления, министерство, не только исполняя свои обычные и регулярные функции, но и прокладывая новые пути ввиду новых государственных задач, бывает принуждено неизменно осуществлять нормы действующего права или, когда их недостает, по крайней мере соблюдать правовые принципы и этим путем создавать прецеденты для установления новых правовых норм. Поэтому для превращения всей правительственной деятельности в чисто правовую, безусловно, необходимо установить строгую министерскую ответственность, что удается осуществить вполне только при парламентском министерстве. Последнее является самой насущной предпосылкой действительного подчинения праву средних и низших административных учреждений. Различные проявления деятельности этих учреждений могут быть легче предусмотрены и, следовательно, наперед точно регулированы нормами права, осуществление же этой деятельности под контролем министерства, ответственного перед народным представительством, является гарантией согласованности ее с действующим правом. Однако природа административных задач такова, что и при этих условиях всегда остается известный простор для решения возникающих вопросов в одну или другую сторону, а в таком случае всегда могут возникать сомнения относительно соответствия при-

нятых решений действующему праву. Для устранения всяких сомнений и для строгого согласования всех актов административной власти с действующим правом в правовых государствах вводится судебная проверка актов административной власти. Она производится по жалобе любого заинтересованного лица и может вести как к отмене акта, не соответствующего нормам объективного права, так и к восстановлению нарушенного субъективного права[1]. В Англии, являющейся искони страной местного самоуправления, эта судебная проверка правомерности административных актов поручается общим судам. Напротив, в тех государствах, в которых большинство административных учреждений находится в заведовании правительственных должностных лиц и в которых вследствие этого издавна господствует бюрократическая административная система, оказывается наиболее целесообразным поручать судебную проверку правомерности административных актов особым административным судам. Практика показывает, что и эта последняя система, созданием и разработкой которой справедливо гордится Франция, может вполне прочно обеспечить правомерность управления[2]. Даже на современной переходной стадии своего развития административная юстиция достигает поставленной себе цели во многих отношениях не хуже, чем общая юстиция, там, где на нее, как в Англии, возложено осуществление тех же задач. В будущем, когда эта систе-

[1] А. М. Кулишер в своем интересном исследовании "Защита субъективных публичных прав посредством иска" (Юридический вестник. 1913. Кн. IV. С. 78 и сл., особ. 95 и сл.) выдвинул и подчеркнул значение искового принципа как двигателя административной юстиции. Но вместе с тем он крайне односторонне истолковал роль административной юстиции, признав ее исключительной задачей восстановление субъективного права. При этом он упустил из виду, что своеобразие административной юстиции в том и заключается, что при посредстве ее в первую очередь должна производиться проверка, соответствует ли обжалованный административный акт нормам действующего объективного права. Следовательно, утверждение и поддержание авторитета норм объективного права является задачей административной юстиции не в меньшей степени, чем восстановление субъективных прав.

[2] *Hauriou M.* Précis de droit administratif et de droit public. Paris, 1913. P. 931—990; *Berthelemy H.* Traité élémentaire de droit administratif. Paris, 1913. P. 916—989; *Moreau F.* Droit administratif (Manuel de droit public français. II). Paris, 1909; 4-me partie. P. 1079—1226; *Duguit L.* Les transformations du droit public. Paris, 1913. Ch. VI; *Покровский С. П.* Государственный Совет во Франции, как орган аминистративной юстиции. Ярославль, 1913. Особ. с. 201 и сл.

ма получит свое полное развитие и когда все логические следствия, заключающиеся в ней, будут извлечены и реализованы, административная юстиция явится могучим орудием для сообщения всей правительственной деятельности чисто правового характера.

Этим путем деятельность административных органов оказывается все более и более связанной нормами права. Напротив, область "свободной", т.е. не регулируемой правовыми нормами, деятельности их постепенно суживается и, наконец, совсем исчезает. В этой "свободной" от точной регулировки нормами права деятельности представители правительственной власти следуют сперва исключительно соображениям целесообразности. Но постепенно целесообразным признается только то, что согласно с уже действующими или долженствующими быть установленными правовыми нормами. Таким образом, и та часть правительственной деятельности, которая находится сперва как бы вне сферы права, с течением времени всецело подчиняется ему, причем регулирующие ее правовые нормы вырабатываются часто путем практики и обычая.

Благодаря административной юстиции в правовом государстве даже самое понятие целесообразности преобразуется и получает иной смысл. В абсолютно-монархическом государстве целесообразным признается то, что соответствует "видам правительства". Под "видами правительства" подразумеваются особые цели, которые преследует правительственная власть, руководствуясь своими собственными интересами. Напротив, в правовом государстве у правительственной власти нет и не должно быть своих собственных и особых целей и интересов, которые не совпадали бы с интересами всего государства. Но цели и интересы государства при правовом строе всегда определяются правовым порядком. Следовательно, в *правовом государстве целесообразным является только то, что соответствует цели, преследуемой правом*. Эта теоретически бесспорная истина получила особенно яркое выражение в практике административно-судебного отделения французского государственного совета. Знаменитая жалоба на превышение власти (recours pour excés de pouvoir) может быть подана во французский государственный совет также тогда, когда административный акт, основываясь формально на законе, издан не с той целью, которая преследуется законом. В этих случаях так называемого отклонения власти (detournement du pouvoir) государственный совет всегда отменяет соответственный административный акт. Итак, целесообразность, определяемая в абсолютно-монархическом государстве "видами правительства" и "государственной пользой" (raison

d'état), заменяется в правовом государстве целесообразностью, которая сообразуется с задачами, преследуемыми законами.

Развитые здесь идеи о соотношении между правом и государством разделяются далеко не всеми. Против них высказываются все те, кто считает, что есть предел, дальше которого право не может проникнуть в государство, и что, следовательно, право неспособно претворить конституционное государство в чисто правовое явление. Корни такого понимания правового государства восходят к Лассалю и его определению конституции. Лассаль доказывает, что конституция есть выражение того или иного соотношения реальных сил[1]. С этой точки зрения государство всегда и неизменно остается только организованной силой. Однако понимание государства как организованной силы может быть развито в двух противоположных, резко друг другу противопоставленных, направлениях. *Эти направления мы можем определить как теорию силы и теорию насилия.*

Трудно с большей эрудицией и талантом защищать ту точку зрения, которую мы называем теорией силы, чем это сделал С. А. Котляревский в своей книге "Власть и право". Сам автор этой книги не считает, что существенный смысл того понимания государства, которое он отстаивает, заключается в признании силы самоценным и даже наиболее ценным элементом государства. Он защищает только самостоятельное значение власти по отношению к праву. По его словам, "власть и право — две стихии государства, хотя не в одинаковой степени первоначальные"; "essentiale государства — власть, особым образом квалифицированная, но все же власть". С его точки зрения, "двойственность власти и права" очевидна; она "раскрывается во всей истории государства". Подтверждение этого взгляда он видит в том, что "власть не создала права, но она и не создана им"[2]. Признание власти безусловно самостоятельным элементом государства, значение которого равноценно праву, естественно возбуждает вопрос о том, что же такое представляет собой власть. Этот вопрос о природе государственной власти С. А. Котляревский решает в том смысле, что власть есть психическое явление. Он принимает известное определение власти с психологической точки зрения, выработанное Н. М. Коркуновым, но вносит к нему поправку, указывая на то, что власть только тогда бывает налицо, когда соответственные психические про-

[1] *Lassale's F.* Reden und Schriften. Bd. I. Über Verfassungswesen. S. 64 ff.; Macht und Recht. S. 123 ff. (русск. пер. — Т. II. С. 5 и сл., 52 и сл.).

[2] *Котляревский С. А.* Власть и право. Проблема правового государства. М., 1915. С. 27, 32.

цессы совершаются в душах как подвластных, так и власть имущих. По его словам, "власть первоначально создается сознанием зависимости и повиновением", но она не исчерпывается этими душевными состояниями, свойственными одним лишь подвластным. Напротив, С. А. Котляревский настаивает на том, что "воля к власти есть также несомненная психологическая реальность"[1].

Однако если бы власть была только психическим явлением, то было бы совершенно непонятно, как она может сохранять свое независимое положение по отношению к праву. Ведь с развитием культуры психические переживания человека, приводящие к волевым решениям и действиям, все больше и больше подчиняются представлениям о должном и недолжном, т.е. все больше подпадают под действие норм, среди которых нормы права имеют первенствующее значение для внешних отношений между людьми. Следовательно, и переживания как чувства зависимости, так и воли к власти могут всецело подчиниться велениям норм права[2]. Психике нормального человека несвойственна та необузданность, которая могла бы установить грань или предел для этого процесса. Поэтому С. А. Котляревский, стремясь отстоять самостоятельное значение власти по отношению к праву, не мог ограничиться лишь психологическим понятием власти. Не высказываясь прямо в пользу плюралистического понимания власти, он фактически склоняется к нему[3]. В научном построении С. А. Котляревского чуждою праву оказывается

[1] Там же. С. 15—16.

[2] Чистый психологизм при решении проблемы власти в конце концов приводит даже к отрицанию подлинной реальности власти. Это особенно ясно видно на теории власти Л. И. Петражицкого, который сводит власть к психическим проекциям и фантазмам. Ср.: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства. Т. I. С. 188 и сл. Само собой понятно, что, стоя на этой точке зрения, можно свести к проекциям и фантазмам не только чувство зависимости, но и волю к власти.

[3] Плюралистическое понимание сущности государственной власти было развито мною в статье "Сущность государственной власти", напечатанной в "Юридических записках" за 1913 г., кн. III. В переработанном виде она вошла и в эту книгу в очерк под тем же заглавием. С. А. Котляревский, по-видимому, незнаком с методологическим обоснованием плюралистической теории власти, так как не упоминает о нем. Но тем более ценным подтверждением правильности этой теории является то обстоятельство, что он в своем научном построении фактически следует этой теории. Со своей стороны, в напечатанном выше очерке "Сущность государственной власти" я не мог принять во внимание книгу С. А. Котляревского, так как ко времени ее выхода он был уже целиком отпечатан.

власть не как психическое переживание, а как особая самобытная сила. По его словам, "сила остается таким же признаком государства в настоящее время, как и в незапамятные эпохи, в которых надо искать его происхождения"[1]. К этой мысли он неоднократно возвращается. В конце своей книги, делая общие выводы, он снова повторяет, что "государство неразрывно связано с принуждением и насилием, которые вытекают из стихии силы, составляющей его основное ядро; оно в самых высших своих формах все же рассчитано на глубокие несовершенства человеческой природы"[2]. Это значение силы для государства, по мнению С. А. Котляревского, определяет и роль права в нем. Он считает, что "право никогда не может служить самоцелью, никогда оно также не может вытеснить основной стихии государства — силы". Совершающийся в правовом государстве процесс "взаимопроникновения права и силы" никогда не может привести к их полному слиянию[3]. С его точки зрения, "единственное, о чем здесь можно говорить, это об их взаимном сближении, их устанавливающейся относительной гармонии, одною стороною которой являются и столь разнообразные на протяжении веков разрешения проблемы правового государства"[4]. Однако правовое государство, по его мнению, никогда не перестает быть организацией силы, оно лишь "все явственнее оказывается не только организацией силы, но и организацией права"[5].

Если признать вместе с С. А. Котляревским существование в правовом государстве двух противоположных начал — права и власти, воплощающей в себе силу, то естественно возникает вопрос о задачах, которые выполняет каждое из этих начал. В частности, так как функции права хорошо известны, вопрос должен быть поставлен о задачах власти как силы. С. А. Котляревский дает на этот вопрос вполне определенный ответ, что власть как сила служит самосохранению государства[6]. Он при-

[1] Там же. С. 388.
[2] Там же. С. 414; ср. с. 404.
[3] Там же. С. 33.
[4] Там же. С. 388.
[5] Там же. С. 42.
[6] Эту мысль С. А. Котляревский выражает в следующих словах: "Когда мы говорим о невозможности для правового государства стать правовым до конца, то здесь приходится считаться не только со слабостью и неотчетливостью правовых запросов, предъявляемых в данном обществе к государственной власти; ... здесь действует и простой инстинкт политического самосохранения, присущий всякому жизнеспособному государству при самых различных формах правления. Правовой запрос сталкивается с dura necessitas" (Там же. С. 354; ср. с. 378, 380).

водит целый ряд случаев, когда государственная власть должна действовать, подчиняясь необходимости, а потому она принуждена отступать от строгого соблюдения принципов права[1].

Передавая схематически мысль С. А. Котляревского, мы естественно выдвинули одни стороны ее и оставили без внимания другие. Всякая упрощенная передача по необходимости воспроизводит мысль не полностью, так как подробное развитие мысли допускает более точное нюансирование ее. К тому же книга С. А. Котляревского проникнута и известным настроением, создаваемым представлением о власти как первобытной мощи или стихийной силе, и свойственным, по-видимому, самому автору ее[2]. Но если взвесить и оценить самые доказательства С. А. Котляревского в пользу того, что власть есть самобытная сила, которая не может превратиться в чисто правовое явление, то сейчас же обнаруживается теоретическая несостоятельность всего его научного построения. Он не доказал, что в тех случаях, когда, по его мнению, должна действовать власть как сила, дело идет, действительно, о самосохранении самого государства, а не о самосохранении того или иного государственного строя или даже того или иного правительственного режима. Далее, все институты, приводимые С. А. Котляревским в доказательство того, что государство часто бывает поставлено перед крайнею необходимостью, ввиду которой оно должно отступать от строгого соблюдения правовых принципов, принадлежат к числу институтов переходного характера, как, например, институт чрезвычайно-указного права или исключительных положений. Нет никакого основания предполагать, что эти институты имеют непреходящее значение; напротив, все говорит за то, что они временны. Вообще вся аргументация С. А. Котляревского в пользу его понимания отношения между властью и правом основана на фактах, или взятых из истории развития правового государства, или характеризующих современное конституционное государство. В противоположность этому мы не находим у него принципиально-теоретического доказательства того, что власть не может всецело проникнуться правом и стать вполне и без остатка правовым явлением. Такое доказательство должно было бы быть основанным на подробном анализе всех элементов власти. Ссылка на несовершенство человеческой природы в данном случае

[1] Там же. С. 355 и сл., 361—364, 371, 381—386.

[2] Наряду с этим мы находим в его книге горячую защиту принципов правового государства с теми ограничениями, которые он отстаивает.

недостаточна, так как право в отличие от нравственности по преимуществу рассчитано на несовершенство человеческой природы[1].

В действительности совершенно невозможно доказать, что власть не только в некоторых своих исторических формах, но и по существу представляет собою начало, чуждое праву. Так как выше мы уже показали, что все элементы, из которых состоит власть, оказываются в правовом государстве в конце концов всецело проникнутым правом[2], то здесь мы не будем больше останавливаться на этом процессе. Отметим только еще раз, что и власть как сила в конечном результате одухотворяется. Из грубой физической силы, основанной на завоевании, власть превращается в идеологическую силу, опирающуюся на право и осуществляющую его. В законченно развитом правовом государстве сильная власть и есть власть чисто правовая, сильная той прочностью и устойчивостью, которые гарантирует ей неукоснительное соблюдение норм права как со стороны власть имущих, так и подвластных. Все это и заставляет нас прийти к заключению, что *в правовом государстве власть не должна являться и не является самобытной силой, могущей хоть в каких-либо случаях действовать несогласно с правом или вне его сферы*[3].

Совершенно из тех же теоретических предпосылок, как и сторонники теории силы, исходят и сторонники теории насилия. Представители этих двух теоретических течений резко расходятся в противоположные стороны по своим политическим стремлениям и по своим взглядам на задачи государства, но в своем понимании существа государства они вполне согласны. Сторонники теории силы всегда так или иначе стоят на консерватив-

[1] В пользу своего понимания сущности правового государства С. А. Котляревский приводит и методологические соображения. Он указывает на то, что "юридическое истолкование вообще по существу неспособно охватить все бытие государства" (Там же. С. 354; ср. с. 383). Однако под юридическим истолкованием, как это с очевидностью вытекает из контекста, С. А. Котляревский понимает юридико-догматическое истолкование, а оно, как мы показываем это и выше, и ниже, неспособно охватить и все бытие права. Так же точно все протесты С. А. Котляревского против "юридического фетишизма" (с. 383), "юридического фанатизма" (с. 386), "юридического утопизма" (с. 387, 389) справедливы, когда они направлены против чрезмерного увлечения юридической догматикой. Но к научно-правовому пониманию государства они не могут быть отнесены.

[2] Ср. выше, с. 279—282.

[3] Ср. также: *Покровский И. А.* Сила или право? // Юридический вестник. 1914. Кн. VII—VIII. С. 5 и сл.

ной точке зрения, даже тогда, когда они, как в вышеуказанном случае, являются искренними конституционалистами и воодушевлены самыми прогрессивными стремлениями. Напротив, все сторонники теории насилия принадлежат к различным оттенкам революционных течений. Но и те, и другие считают одним из существенных и непреложных элементов государства силу в ее чисто стихийных формах.

Надо признать чрезвычайно знаменательным то обстоятельство, что революционеры всех оттенков, считая само собой понятным, что для изменения существующего государственного и социального строя можно и надо прибегать к насилию, даже не видят никакой необходимости в оправдании такого способа действия. В этом, несомненно, сказывается низкий уровень правового развития некоторых слоев населения в современных государствах: ясно, что идеи правового государства пока далеко еще не получили широкого распространения и не пользуются должным авторитетом. В частности, тут отражается также тот незаслуженный успех, с каким пока встречаются теории, видящие в государстве организацию силы. Конечно, если бы государство признавалось организацией права, каким и является по своему существу законченно развитое правовое государство, то тогда всякое насилие было бы неправомерным, а применение его требовало бы каждый раз оправдания. Но применение насилия против силы не нуждается в оправдании, так как этически они равноценны; тут в конце концов решает успех, что является силой, а что насилием. Однако постепенное превращение современного конституционного государства в чисто правовое подрывает ту почву, на которой основываются теоретики силы и насилия. Оно поставило и перед революционерами вопрос об оправдании революционных методов или об оправдании насилия. Произошло это вследствие того, что представители наиболее видных из современных революционных движений — социалистических, приспособляясь к правовым формам борьбы, начали отказываться от революционной тактики. Не подлежит сомнению, что нарождение, развитие, широкое распространение и успехи парламентского социализма в последние десятилетия являются самым ярким показателем победы, одерживаемой идеей чисто правового государства. Правда, парламентские социалисты прямо не отказываются от революционной тактики и в своих речах даже настаивают на соответственных пунктах своей программы. Но процесс их эволюции далеко еще не закончился. Во всяком случае они вступили на тот путь, который приведет их к этому отказу, если

они пойдут по нему до конца. На это совершенно правильно указывают представители так называемого революционного, или синдикалистского, социализма. Вместе с тем они выступают с горячей защитой и теоретическим оправданием революционных методов действия или насилия, доказывая его самоценность.

Борьба против проникновения идей правового государства в такие политические течения, которые до сих пор по принципу были им чужды, получила особенно яркое выражение в книге Ж. Сореля "Размышления о насилии", представляющей громадный интерес как симптоматическое явление. Книга эта заключает в себе попытку доказать самостоятельное значение и ценность насилия, которое отождествляется с революционными способами борьбы[1]. Прославление насильственных методов при решении политических и социальных вопросов составляет главное содержание этой книги. По мнению ее автора, "насилие пролетариата не только обеспечивает грядущую революцию, но представляет из себя, кажется, единственное средство, которым европейские нации, отупевшие от гуманизма, располагают, чтобы вновь ощутить в себе прежнюю энергию"[2]. Эта проповедь проходит через всю книгу Ж. Сореля; заключительные ее слова гласят: "насилию социализм обязан теми высокими моральными ценностями, благодаря которым он несет спасение современному миру"[3]. Но проповеднической настойчивости, которая характеризует книгу Ж. Сореля, совсем не соответствует ее доказательность; доказательства, приводимые автором в пользу необходимости насилия, крайне слабы; они только очень характерны. Все они сводятся к тому, что современное государство в

[1] Ж. Сорель говорит: "Термины сила и насилие иногда употребляются для обозначения действия властей, а иногда для обозначения действий бунтовщиков. Ясно, что в обоих этих случаях мы будем иметь дело с совершенно различными последствиями. Я лично держусь того мнения, что следовало бы пользоваться менее двусмысленной терминологией и сохранить термин насилие для второго случая. Мы думаем, что сила имеет целью внести такую социальную организацию, в которой правит меньшинство, в то время как насилие стремится к разрушению этого строя; буржуазия применяла силу с самого начала новой истории, между тем как пролетариат действует теперь против нее и против государства насилием" *(Сорель Ж.* Размышления о насилии. Пер. под ред. В. М. Фриче. М., 1907. С. 92).

[2] Там же. С. 27; ср. с. 32.

[3] Там же. С. 163. Ср. также: *Плеханов Г.* К вопросу о революционной тактике. Сила и насилие. СПб., 1906.

прошлом было рождено путем насилия, а в настоящее время сила играет в нем первостепенную роль. Чтобы побороть эту силу, нужно снова противопоставить ей насилие. Ж. Сорель полагает, что так не только было, но так и должно быть, ибо насилие пробуждает лучшие стороны человеческой личности, приводя ее к героизму и самопожертвованию. Особенно излюбленным его аргументом является указание на то, что международные конфликты решаются открытым столкновением и военной силой[1]. Этот способ решения спорных вопросов он считает идеальным и желает распространить его и на внутреннюю жизнь государства. По его словам, "чем больше распространится и разовьется синдикализм, освобождаясь от старых предрассудков... тем больше и больше социальные конфликты будут носить характер чистой борьбы, вполне аналогичной борьбе двух враждебных армий"[2]. Эта логическая последовательность при защите насилия теоретически очень ценна, так как она изобличает истинное значение силы и насилия как элементов государственной организации. Исходный и основной аргумент, приводимый в пользу государства и для оправдания его, и до сих пор заключается в выставленном когда-то еще Гоббсом положении, что государство устраняет войну всех против всех. Но теперь для всякого должно быть ясно, что война всех против всех устраняется пока государством только временно и фактически, а не в принципе. Окончательно и принципиально она будет устранена только тогда, когда все элементы государственной власти вполне проникнутся правом и сила, которую представляет собой государство, будет чисто правовой силой.

Делая общий вывод из произведенной нами оценки теорий силы и насилия, мы должны сказать, что эти теории, несомненно, свидетельствуют о том, что современное государство еще не является вполне правовым. Действительно, в большинстве современных конституционных государств еще не исключена возможность отпадений от принципов правового государства; в них еще может в решительный момент выступить на первый план сила или насилие и подавить право. Ярким подтверждением этого служат те внутренние и внешние катастрофы, которые в последнее десятилетие переживала Европа, которые она переживает в настоящее время и, вероятно, будет переживать в ближайшем будущем. Но такое фактическое положение современного пра-

[1] Ср.: Там же. С. 14, 20, 24, 49, 52, 87, 159, 161.
[2] Там же. С. 49.

вового государства отнюдь не говорит о том, каким оно является по принципу и каким оно должно быть. Напротив, *в принципе правовое государство основано только на праве и в нем должно осуществляться безусловное господство права*[1]. К тому же тот путь, по которому шло до сих пор развитие правового государства, и те успехи, которых оно достигло на этом пути, определенно показывают, что оно необходимо придет и должно прийти к этому результату.

В законченно развитом правовом государстве право и государство многообразно переплетаются друг с другом, взаимно друг друга обусловливая, дополняя и созидая. Каждое из них, постоянно меняясь ролями с другим, как бы является попеременно то причиной, то следствием другого. При таких условиях государство и право представляют собою не отдельно и независимо друг от друга существующие явления, а *тесно и неразрывно между собою связанные различные выражения одной и той же совокупности явлений*. Такое понимание отношения между правом и государством в настоящее время отстаивается целым рядом теоретиков. Первым подошел к этому взгляду на государство и право голландский ученый Г. Краббе, вполне убедительно доказавший в своем сочинении "Суверенитет права", что власть государства и есть власть права и что иной власти, кроме власти права, у государства нет[2]. Развивая дальше эти мысли, Г. Кельзен пришел к заключению, что право и государство должны рассматриваться как "две различные стороны одной и той же действительности"[3]. Наконец, придерживаясь той же точки зрения, Г. Радбрух утверждает, что "право и государство — одно и то же, они только различные модусы единой субстанции, только различные способы рассмотрения одной и той же данности". По его словам, "законодательство как упорядочивающий порядок — право"[4].

В учении о государстве и праве большой интерес представляет не только тот результат, к которому пришли современные теоретики, но и тот путь или те стадии развития, которые оно проходило. Обозревая эти стадии развития, мы обнаружим поразительную аналогию между ними и теми стадиями, которые

[1] Ср.: *Алексеев А. С.* Начало верховенства права в современном государстве // Вопросы права. 1910. Кн. II. С. 5 и сл.

[2] *Krabbe H.* Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre. Groningen, 1906. S. 17, 47, 195, 245.

[3] *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatswissenschaftslehre. S. 406.

[4] *Radbruch G.* Grundzüge der Rechtphilosophie. S. 83.

проходило учение естествоиспытателей о материи и силе. Первоначально естествоиспытатели учили, что материя и сила — это два раздельных начала, которые то соединяются, то разъединяются. В связи с этим и в силу логической последовательности ставился и решался вопрос, каким образом и кем был сообщен материи первый толчок, приведший ее в движение. Дальнейшие исследования, однако, заставили естествоиспытателей изменить свои первоначальные взгляды, и они пришли к заключению, что сила неразрывно связана с материей, без нее она не может проявляться, а материя, в свою очередь, всегда бывает носительницей силы. Это изменение в учении о материи и силе повлекло за собой и переработку терминологии: термин "сила" был отвергнут, и его место занял термин "энергия"; вместе с тем было развито учение о потенциальной и кинетической энергии. Наконец, в настоящее время признано, что материя и энергия — не два различных начала, а две стороны одного и того же начала, так как материя и состоит из энергии. Совершенно те же стадии проходило и учение о государстве и праве. Разница может быть только в том, что и в истории развития самих государства и права мы обнаруживаем те же стадии, которые намечаются и в развитии учения о них. Сперва теоретики права и государства учили, что государство и право — это два различных начала, к заключению — что право не может существовать без государства и что государство всегда является носителем права. Наконец теперь, как вы видели, признается, что *государство и право — это две стороны одного и того же сложного явления, а в частности, право и есть то начало, из которого состоит государство.*

Б. А. КИСТЯКОВСКИЙ

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО
(Общее и русское)

Г Л А В А XI
ТЕОРИЯ СУБЪЕКТИВНЫХ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВ. ДЕКЛАРАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Третьему условию господства права в современном государстве — гарантии права и свободам личности — многие теоретики приписывают наиболее существенное значение. Громадное значение его само собою очевидно, так как личность человека и совокупность лиц, т.е. общество, составляют основу как права, так и государства. Государственные интересы ни в каком случае не должны всецело поглощать интересы отдельных лиц. Отдельная личность не есть лишь средство для государства, ее нельзя считать лишь придатком к государству. Напротив, личность есть основание всякой общественной и государственной жизни. Там, где личность лишь средство для государства, там государство превращается в деспота, власть которого приобретает характер чистого произвола. Такой деспотический характер имеет абсолютно-монархическое государство. Здесь интересы государства и власти — все, а личность — ничто. Правовым государство становится только в том случае, если устанавливается принцип, что человеческая личность существует независимо от государства и имеет как бы приоритет перед ним. Мы обязаны тому же XVIII столетию, которое было колыбелью и идеи писаных конституций, и теории народного представительства, провозглашением принципа безусловной ценности личности в государственной жизни.

Но, может быть, права и интересы личности всецело ограждаются народным представительством и участием народа в законодательстве? Может быть, то, что мы называем правовым или конституционным государственным строем, исчерпывается лишь известной организацией государственных учреждений, при которой воля народа становится законом? Исторический опыт показывает, что для действительного осуществления правового поряд-

ка и для устранения государственного деспотизма одного участия народа в выработке законов и в контроле над их исполнением далеко не достаточно. Даже при самых радикальных и демократических формах народовластия и народоправления народ или его уполномоченные склонны превращать свою верховную власть в абсолютную или деспотическую. Примером такого деспотического правления именем народа была якобинская республика во Франции. Деспотизм большинства и, в частности, народа, часто бывает не менее жестоким, чем деспотизм одного лица, монарха; в некоторых случаях он даже более ужасен и беспощаден, так как большинство считает себя более непогрешимым, чем каждый человек в одиночку. В отдельном человеке скорее заговорит совесть и любовь к другим людям, чем в толпе, которая фанатически увлечена какой-нибудь идеей. Поэтому само по себе народовластие еще не может оградить от деспотизма граждан, их личность и свободу.

Исторический опыт заставил признать, что для установления правового порядка необходимо не только участие народа в создании законов и в контроле над их исполнением, для этого необходимо еще и ограничение самой государственной власти, т.е. уничтожение абсолютизма и неограниченности или "самодержавия" верховной государственной власти. Это не есть ограничение какого-нибудь органа или носителя государственной власти, не монарха или народа, а самой власти как таковой. В правовом государстве верховная государственная власть, даже когда она всецело принадлежит народу, не абсолютна, или не "самодержавна", а ограничена; ей положены известные пределы, которых она не может преступать. Такие пределы или границы создаются, однако, не какой-либо другой государственной или хотя бы негосударственной властью, а известными принципами или правовыми отношениями, которых государственная власть не может нарушать. Государство не имеет права стеснять или нарушать субъективные политические и публичные права своих граждан. Так называемые личные права или свобода личности и все вытекающие из них общественные свободы ненарушимы для государства и неотъемлемы у отдельных граждан иначе, как по суду. Этот неприкосновенный характер некоторых субъективных прав отмечается и в законодательстве или путем торжественного провозглашения их в декларациях прав человека и гражданина, или путем особой кодификации их в конституциях. Впервые на Европейском континенте декларация прав была провозглашена французским Национальным Собранием в 1789 г., за-

тем она была принята с некоторыми изменениями и дополнениями почти во все конституции европейских народов.

Декларация прав человека и гражданина подействовала в XVIII столетии, как политическое откровение. Она вызвала всеобщий восторг и более всех других принципов XVIII столетия воодушевляла людей на борьбу за новый государственный строй и новый правовой порядок. Всем тогда казалось, что государство, построенное на принципе декларации прав человека и гражданина, будет идеальным. Теперь, однако, отношение к принципам декларации прав человека и гражданина совершенно изменилось; восторг и воодушевление сменились полной холодностью. Это объясняется, конечно, в значительной мере тем, что принципы эти отчасти стали общими местами, само собой понятными истинами. Никто теперь не сомневается в том, что нормальное существование и развитие общества и государства невозможно без свободы личности, слагающейся из личной и домашней неприкосновенности, свободы передвижения, свободы профессий, без свободы совести и ее разветвлений — свободы слова и печати, свободы собраний и союзов.

Среди общего холодного отношения к принципам декларации прав установился также совершенно будничный чисто утилитарный взгляд на провозглашенные декларацией свободы. Эти свободы теперь рассматривают обыкновенно лишь как средство успеха в политической борьбе. Так как политическую борьбу особенно энергично ведут трудящиеся классы, то чаще всего обосновывается и развивается необходимость этих свобод для этих классов. Утилитарная точка зрения ведет к тому, что за ними признается лишь относительное значение. Средство, годное и полезное в одно время, может оказаться негодным и бесполезным в другое. Отрицая безусловный характер за принципами декларации прав человека и гражданина, некоторые сторонники социалистического строя у нас доходили до предположения, что трудящиеся классы в случае победы могут для борьбы с буржуазией отменить всеобщее избирательное право и даже ограничить свободу слова, собраний и союзов. С другой стороны, за принципами декларации прав признавался только временный характер. Декларацию прав человека и гражданина называли Евангелием буржуазии; в ней видели нечто присущее лишь буржуазному или конституционному государству, в противоположность абсолютно-монархическому строю, нечто совершенно ненужное в социалистическом государстве.

Но все эти мнения о значении декларации прав являются

следствием недостаточно вдумчивого отношения к ее принципам. О декларации прав часто судят по отдельным частностям, над нею произносят суровый приговор на основании крайне неправильного и извращенного применения ее в жизни. Но при этом упускают из виду, что принципы декларации прав не только никогда не были осуществлены целиком, но и для осуществления их иногда были придуманы такие формы, которые приводили к их упразднению в жизни. На декларации прав человека и гражданина подтвердился несомненный факт, что провозгласить какой-нибудь принцип, хотя бы и в виде закона, и осуществить его в жизни — далеко не одно и то же. Впрочем, по отношению к декларации прав проявилось не столько неумение осуществить ее принципы, сколько нежелание осуществить их. Собственно говоря, вся история западно-европейских конституционных государств заключается как в попытках со стороны народных масс вполне осуществить принципы декларации прав, так и в постоянной борьбе с ними со стороны враждебных им сил — представителей старого режима, старавшихся совершенно упразднить их. Тотчас после провозглашения декларации прав во время Великой французской революции обнаружилось, что принципы ее невыгодны социально и экономически могущественным классам. Поэтому они всеми силами пытались бороться с этими принципами, чтобы по возможности ослабить их применение в жизни, а вместе с тем приспособить конституционное государство к своим интересам. Новейший историк французской революции Олар очень хорошо описывает, как неохотно и как бы под внешним давлением Национальное Собрание провозгласило декларацию прав. Когда, однако, декларация прав была провозглашена, то ее, как метко выразился один из современников, сейчас же поспешили завесить "священным покрывалом". Смельчаки в Национальном Собрании часто заявляли: "я разорву, я отдерну покрывало", но большинство боялись естественных и логических выводов из декларации. Они не только не позволили извлечь эти выводы, и применить их в жизни, но даже тотчас отступили от них. Так, одним из первых выводов из декларации прав было всеобщее и равное избирательное право. Между тем Национальное Собрание, провозгласившее в декларации прав, что закон есть общая воля народа и что все граждане равны, ввело ценз и соответственно ему деление граждан на активных и пассивных. Таким образом, уже первая французская конституция, т.е. первая конституция в Европе, полна противоречий. С одной стороны, ей предшествует в качестве введе-

ния декларация прав, а с другой, в противоположность принципам декларации ею вводится ценз, непрямые выборы и деление граждан на участвующих в законодательстве путем избрания представителей и не участвующих. Но если и во время Великой французской революции, т.е. в период величайшего подъема сознания народных масс и наибольшей готовности со стороны привилегированных классов жертвовать своими преимуществами, если и в это время принципы декларации прав далеко не могли быть осуществлены, то, конечно, они не могли быть осуществлены целиком ни в один из последующих периодов вплоть до настоящего времени. Их осуществлению в последующее время мешало общее разочарование в принципах Великой французской революции, явившееся вследствие ее неудачи. Вместе с тем появилось очень скептическое отношение к самой декларации прав человека и гражданина, и ею в значительной мере перестали интересоваться.

Таким образом, случилось, что то священное покрывало, которым была завешена декларация прав еще во время Великой французской революции тотчас после провозглашения ее, и до сих пор не отдернуто. Практически оно и не могло быть отдернуто, так как полное и последовательное осуществление декларации прав человека и гражданина, несомненно, привело бы к социалистическому строю. Поэтому только вместе с осуществлением государственных форм будущего декларация прав человека и гражданина целиком воплотится в жизнь. В теоретическом отношении покрывало, которым была завешена декларация прав, постепенно отодвигается лишь в самое последнее время. Только теперь из декларации прав стремятся устранить временные и случайные элементы как нечто несущественное и совершенно чуждое ей. Вместе с тем все больше проникают в существо ее или в ее внутренний смысл. А проникновение во внутренний смысл декларации прав приводит к тому, что наряду с правами политическими должны быть поставлены права социалистические, наряду со свободой от вмешательства государства в известную сферу личной и общественной жизни должно быть поставлено право каждого гражданина требовать от государства обеспечения ему нормальных условий экономического и духовного существования. Поэтому не подлежит сомнению, что чисто утилитарный взгляд на права человека и гражданина в социалистических кругах должен смениться более серьезным отношением к ним. Это более серьезное отношение к правам человека и гражданина должно привести к признанию, что тре-

бование осуществления прав человека и гражданина является таким же неотъемлемым требованием социалистического строя, как и требование народовластия. До сих пор думали, что только правовой или конституционный строй нуждается в осуществлении декларации прав, а так как по своей социальной структуре современное конституционное государство буржуазно, то и декларацию прав поспешили объявить Евангелием буржуазии. Только теперь начинают постепенно признавать безотносительное значение принципов декларации прав; вместе с тем все сильнее убеждаются, что социалистический строй еще более, чем правовой, нуждается в последовательном и полном проведении в жизнь этих принципов и что их полное осуществление в жизни тождественно с социалистическим строем.

Переходя к рассмотрению теоретического значения прав человека и гражданина, мы должны вспомнить, что права человека и гражданина первоначально были провозглашены как нечто абсолютное и метафизическое. Их реализация в практической жизни была постулирована во имя их высшего безотносительного значения. В них видели раскрытие самой сущности общественного союза и положения в нем отдельных личностей. В этом абсолютном или метафизическом значении личных и общественных свобод заключался, по убеждению их первоначальных поборников, весь их смысл, их сила и роль в общественной и государственной жизни. Их неотъемлемость и неприкосновенность была прямым непосредственным следствием их абсолютности. Абсолютное значение прав и свобод, провозглашенных в декларации, выводилось из естественных прав человека. Отношение их к обществу и государству, или, вернее, отношение этих последних к ним, устанавливалось на основании учения об общественном договоре. Школа естественного права учила, что всякое общество основано на общественном договоре; все права общества и государства слагаются из прав отдельных лиц, перенесенных ими путем договора на общество и государство; но при заключении общественного договора отдельные лица отказываются и вообще могут отказаться в пользу общества и государства только от части своих прав и только для того, чтобы тем вернее сохранить остальные свои права. Они даже прямо покупают отказом от части своих прав обязанность общества охранять их остальные права, т.е. их личную и общественную свободу, которая по существу неотъемлема. Теоретики естественно-правовой школы считали основой всех общественных и государственных явлений только единичную личность и простую

арифметическую сумму их. За государством не признавалось никаких самостоятельных прав, не зависимых от переуступленных ему прав отдельных лиц. Поэтому отрицалась также всякая правомерность захвата со стороны государства больших прав, чем сколько ему было передано отдельными лицами. Всякий захват был не только противозаконен, но и как бы противоестественен; если он и превращался в действительность, то только как аномалия, извращение и временное патологическое состояние.

Однако жизненная практика и исторические события, как уже отмечено выше, показали, что мало было провозгласить принципы личной и общественной свободы для того, чтобы они проникли во всеобщее сознание, сделались неотъемлемой частью государственной организации и действительно осуществились в жизни. Принципы были неоднократно провозглашены, а осуществление их подвигалось очень медленно, притом их осуществление как бы не стояло ни в какой зависимости от их провозглашения. Сила идей декларации прав в действительности оказалась менее реальной, чем были убеждены те, кто впервые их провозглашал. Даже безусловно истинные идеи не реализовались лишь в силу присущего им внутреннего значения, ценности и достоинства. Поэтому не замедлила возникнуть реакция против естественно-правовой школы, которой проникнуты все политические учения XIX столетия. Реакция направлена, однако, не против учения о необходимости известных личных свобод и прав, а против естественно-правовой теории их оправдания, против естественно-правового учения об их правовом, социальном и политическом значении. Но вместе с другой теоретической окраской, придаваемой этим политическим правам или свободам личности, отмежевываются им и другие границы, за ними признается совсем другой общественный и государственный характер. Теперь они уже далеко не естественное отражение самой сущности общественного союза, они лишаются своего абсолютного идейно-метафизического значения; понятно, что и их неотъемлемость, и неприкосновенность отрицается.

Критика теории школы естественного права ведется представителями двух различных наук — истории и социологии, с одной стороны, и правоведения, с другой. Замечательно, что в то время как историки и социологи в общей массе примыкают к прогрессивным течениям, а юристы по большей части являются консерваторами, те и другие вполне сходятся в результатах своей критики. Главный пункт критики заключается в том, что публичные и политические права вовсе не являются субъектив-

ными правами подобно частным правам, например, имущественным или праву на доброе имя. Если признавать за личностью такие права как свободу совести, свободу слова, свободу профессий, свободу передвижения и тому подобные, то отчего, говорят противники естественно-правовой школы, не провозглашать права свободно ходить гулять, права молиться, права посещать театр, права обедать в любое время, одним словом, не конструировать все естественные проявления человеческой жизни в виде каких-то субъективных прав. Чем отличается свобода передвижения или свобода профессий от права ходить гулять и от права ездить на лошадях и по железной дороге?

Историки и социологи видят в провозглашении личных и общественных свобод как субъективных публичных прав чисто историческое явление. Они считают это провозглашение всецело обусловленным известным историческим и социально-политическим моментом и видят в нем отражение государственных и политических запросов определенной эпохи. Так как, говорят они, абсолютно-монархическое государство отрицало и ограничивало свободу личности и общества, простирая чересчур далеко свою опеку над ними, то правовое государство считало нужным провозгласить эти свободы в качестве субъективных публичных прав. Когда, однако, забудутся все ограничения свободы, созданные абсолютно-монархическим государством, когда опека государства над личностью и обществом отойдет в глубь истории и сделается лишь преданием, то все эти так называемые права перестанут быть правами и превратятся как бы в естественное проявление человеческой личности вроде права ходить гулять. В самом деле, требование таких свобод, как свобода передвижения или свобода профессий, объясняется существованием податных сословий и паспортной системы. Когда деление на сословия и особенно выделение особой категории податных сословий, а также паспорта отойдут совершенно в область исторического предания, то право на свободу передвижения и свободу профессий не будет даже ощущаться и сознаваться теми, кто будет их осуществлять.

К этой историко-социологической теории, отрицающей за правами человека и гражданина значение субъективных прав, т.е. прав личности, и видящей в них результат и стадию известного исторического и социального развития, присоединяется еще соответствующая юридическая теория. Некоторые юристы считают свободу личности, вытекающую из прав человека и гражданина, не субъективным правом граждан, а лишь результатом

объективного права, т.е. следствием общего государственного правопорядка, установленного в современных конституционных государствах. Первый выступил с этой теорией еще в 50-х гг. XIX столетия немецкий юрист Гербер, основатель юридической школы государственного права. В своем сочинении "О публичных правах" (Über öffentliche Rechte), вышедшем в 1852 г., он утверждает, что "при ближайшем анализе убеждаешься, что понятие гражданства есть чисто политическое, а не юридическое понятие; оно определяет лишь политическое положение индивидуума при свободомыслящем и конституционном правительстве". По его мнению, гражданско-политические права "всегда остаются лишь отрицанием и отстранением государственной власти к границе ее компетенции; они лишь предел власти монарха, рассматриваемые с точки зрения подданных. Поэтому юридическая конструкция может заключаться только в том, чтобы превратить эти отрицания в положительные определения прав государственной власти. Это объективные абстрактные правовые нормы для осуществления государственной власти. Для отдельного гражданина они имеют лишь то следствие, что при условии определенного положения дел они создают правомочие (право в субъективном смысле), например, право на отмену известного распоряжения". К этому пониманию гарантий личной свободы в конституционном государстве присоединился целый ряд немецких юристов, как, например, Захариэ, Георг Майер, Ренне и др. Но особенно энергично в защиту его выступает проф. Страсбургского университета Лабанд. Он утверждает, что "права свободы или основные права — это нормы для государственной власти, которые она сама для себя устанавливает; они создают пределы для правомочий должностных лиц; они обеспечивают каждому его естественную свободу действия в определенном объеме, но они не обосновывают субъективные права. Они не права, так как у них нет объекта". Таким образом, по мнению этих юристов, личные свободы вовсе не права в субъективном смысле, а лишь следствие общего правопорядка и прежде всего известного правового принципа: все, что не запрещено, то дозволено. Выражаясь юридическим языком, личные свободы — это не субъективные права, а рефлексы объективного права. Чтобы уяснить себе, что понимают юристы под рефлексом права, приведем один пример из частноправовых отношений, заимствованный у известного юриста Иеринга. Когда квартирант 2-го этажа кладет на лестницу, ведущую в его квартиру, ковер, то и квартиранты 3, 4, 5-го и т.д. этажей, пользуясь общей лестницей,

приобретают право ходить по ковру, когда они идут по лестнице. Но квартиранты 3, 4, 5-го и т.д. этажей не имеют субъективного права на пользование этим ковром. У них есть только субъективное право пользоваться лестницей, и рефлексом, отражением этого права является право пользования ковром. Точно так же в публично-правовой сфере государство устанавливает в своих собственных интересах известный публично-правовой порядок. Оно определяет в своих законах, что оно не вмешивается в известные дела и отношения своих подданных или граждан. Как результат этих законодательных определений получается известная сфера свободы личности и общества. Она является, однако, лишь следствием или рефлексом объективного права, но отнюдь не субъективным правом отдельных личностей или граждан.

Но несмотря на все остроумие этих теорий, они по существу неправильны. Как историко-социологические, так и юридические теории, отрицающие за свободой личности характер субъективных публичных и политических прав, страдают одним и тем же недостатком. Они так заняты обществом и государством, что совершенно игнорируют самостоятельное значение личности. В самом деле, историки и социологи, сводя все к эволюции общественных отношений, не обращают внимания на то, что в этой эволюции, кроме общества, есть еще другой постоянный элемент — отдельные лица, из которых состоит общество. Выводить все из свойств общества и сводить все к различным стадиям общественного развития крайне неправильно, так как кроме свойств общества есть еще и постоянные свойства отдельных личностей. Таким образом, под влиянием своего теоретического интереса к обществу историки и социологи переоценивают его и практически.

Ту же ошибку повторяют по-своему юристы, отрицающие правомерность субъективных публичных и политических прав. Для них источником и носителем права является исключительно государство. Поэтому отдельные лица, с их точки зрения, имеют права только по милости государства и только как отражение и следствие государственных установлений. Согласно с этим, государство сосредоточивает в себе всю совокупность прав, представляя в государственно-правовом смысле как бы самоцель, а отдельное лицо есть лишь подчиненное средство в достижении государственных задач. Одним словом, государство для них все, а отдельные лица ничто. Ясно, что юристы, отрицающие за правами человека и гражданина характер субъективных прав, переоценивают государство и недооценивают личность.

Между тем не надо быть сторонником естественного права и апеллировать к метафизическим сущностям, чтобы признать за личностью известные неотъемлемые права, ненарушимые для государства. Отрицать их — это значило бы признавать за государством абсолютное значение, видеть в нем метафизическую сущность, для которой личность лишь неважный придаток. Правильнее всего признать интересы личности и интересы государства равноценными; как личность, так и государство являются соподчиненными самоцелями, причем ни те, ни другие не могут быть только средством. В действительности все права личности и свободы общения основаны на разграничении сфер деятельности государства и индивидов. Этого не отрицают и те юристы, которые не считают права личности субъективными правами, так как отрицать существование этой границы значило бы признавать или государство всем, а отдельных лиц ничем, или же наоборот, считать личность самодовлеющей и самоудовлетворяющей себя силой, а государство лишь подчиненным ей средством.

Лучшее решение юридического вопроса о субъективных публичных правах дано Еллинеком, посвятившим этому вопросу специальную монографию "Система субъективных публичных прав" (System der subjektiven öffentlichen Rechte; 2-е изд. 1905). Путем обстоятельного и глубокого анализа Еллинек приходит к заключению, что публичные и политические права являются такими же субъективными правами, как и частные гражданские права. Вместе с тем он дает самую правильную и исчерпывающую классификацию субъективных публичных и политических прав. Так как эти права основаны на разграничении сферы деятельности между личностью и государством, то в основу классификации их и должно быть положено отношение личности к государству. В самом деле, все субъективные публичные и политические права заключаются или 1) в свободе личности от государства, или 2) в праве личности на положительные услуги со стороны государства, или 3) в праве личности на участие в организации государства, т.е. в праве влиять на направление государственной деятельности. К этим трем категориям и сводятся все субъективные публичные и политические права.

Что касается первой категории субъективных публичных прав, то они все заключаются в свободах, почему их часто называют просто свободами или политическими свободами, гарантируемыми конституцией. Они сводятся к праву на невмешательство государства в жизнь и деятельность отдельных лиц. Первое место

среди этих прав занимает неприкосновенность личности, жилища и писем иначе, как по постановлению суда, а также полная свобода передвижения, не стесняемая никакими полицейскими правилами, т.е. отмена паспортной системы и свобода занятий. Сюда же относится свобода совести, т.е. право исповедовать любые научные, политические и религиозные убеждения, право изменять их — право верить и не верить и переходить из одной религии в другую. Наконец, сюда же относится и право высказывать свои мнения и взгляды, т.е. свобода слова, и право свободно печатать и распространять их, т.е. свобода печати. К правам личности относятся и те свободы, которые необходимы для нормального общения лиц между собой: отсюда вытекает свобода собраний и временных соглашений — стачек, а также свобода постоянных организаций и союзов.

Вторую категорию субъективных публичных прав составляют права личности на положительные услуги со стороны государства. В современном конституционном государстве эта группа прав поставлена в чрезвычайно узкие границы. Сам Еллинек считает наиболее важным правом этой категории право на правовую охрану со стороны государства. Каждый гражданин имеет право требовать от государства, чтобы его законные интересы ограждались государством. На этом основании покоится все процессуальное право, предоставляющее каждому гражданину субъективное право призвать к себе на помощь суд и заставить его дать решение по тому делу, в котором он считает свое право нарушенным; добившись от суда благоприятного для себя решения, он имеет затем право обратиться к административной власти для восстановления своего права. Несмотря, однако, на чрезвычайную важность этого вида прав на положительные услуги со стороны государства, им далеко не исчерпываются субъективные публичные права этого рода. Но современное правовое государство пока еще не в состоянии осуществлять самую важную группу прав на положительные услуги со стороны государства; группу эту составляют социалистические субъективные права. В современном государстве делаются только частичные попытки осуществить эти права. Такой характер имело, например, провозглашение права на труд во Франции в революцию 1848 г.; это было, действительно, признание субъективно-публичного права на известную услугу со стороны государства, предполагавшее полную перестройку отношений между личностью и государством. Сюда же относится право на обеспечение в старости или на случай болезни и неспособности к труду там, где обязанность

обеспечивать лежит на государстве, а не на каких-нибудь специальных организациях, и где этой обязанности соответствует субъективное право. Вполне и систематически осуществить эти права сможет только социалистическое государство. Оно должно будет признать право каждого на полное развитие своих способностей, т.е. право получать то образование, которое соответствует как достигнутому уровню знаний, так и желаниям и способностям каждого. Одновременно оно должно будет создать организацию для осуществления права каждого на приложение своего труда и своих сил к той деятельности, которая соответствует личным способностям и симпатиям каждого, вследствие чего возникнет субъективно-публичное право каждого на землю и орудия производства. Наконец, оно должно будет обеспечить право каждой личности на полное удовлетворение всех ее нормальных потребностей. Все эти социалистические права можно объединить в одной общей формуле, признав за каждым право на достойное человеческое существование. Ясно, что такое субъективное право может быть осуществлено только в государстве будущего, которое не только создаст соответствующую организацию, но и признает за собой обязанность удовлетворять субъективные права этого рода.

Третью категорию субъективно-публичных прав составляют права личности на участие в организации государства и в направлении его деятельности. Сюда относятся собственно политические права. Основным политическим правом на участие в руководстве государством является избирательное право, в обоих его видах, как активное, так и пассивное. Оно обеспечивает каждому возможность влиять на тот или другой состав народного представительства, а через него на всю законодательную и правительственную деятельность государства. Наряду с этим основным политическим правом все остальные права этой категории имеют второстепенное значение. Сюда относится право на занятие должностей и выполнение известных функций, как, например, судейской в суде присяжных. К этому разряду прав надо отнести также право петиций, которое заключается в праве влиять на ход государственной жизни, хотя и путем совещательного голоса. В известных случаях, однако, право петиций может иметь очень большое политическое значение.

Перечень всех этих прав должен нас убедить, что мы имеем здесь дело не с простым следствием объективного правопорядка, а с управомочением отдельных лиц в точном смысле слова. Благодаря признанию этих прав человека и гражданина в право-

вом государстве подданные действительно становятся гражданами. Признание их субъективными правами влечет за собой и все вытекающие из этого последствия: как и всякие другие права, субъективно-публичные права подлежат судебной и административной защите. Лица, субъективно-публичные права которых нарушены, могут установленным порядком требовать и добиваться восстановления их. От частных прав личности публичные права ее отличаются тем, что не могут быть отчуждаемы, они не подлежат свободному обороту, подобно гражданским правам. Только те лица, которым они принадлежат, могут ими пользоваться, но они не могут никому передавать их.

Перейдем теперь от теории к практике, от рассмотрения теоретического значения субъективных публичных прав и их системы к вопросам об их признании в законодательстве и об их осуществлении в жизни. Мы должны рассмотреть два вопроса: во-первых, как в законодательство современных государств постепенно проникали эти права в виде норм закона, и затем, во-вторых, как эти права осуществлялись в самой жизни, какими способами и какими приемами они гарантированы. Форма, в которой эти права проникли в законодательство, создана была знаменитой французской "Декларацией прав человека и гражданина", которая являлась кодификацией субъективных публичных прав в том виде, как они понимались в XVIII столетии. История декларации прав человека и гражданина аналогична истории писаных конституций. Англия не имеет декларации прав в точном смысле слова, так как она не знает законодательных актов, которые были бы кодификацией субъективных публичных прав. Но Англия имела другие чрезвычайно важные законодательные акты, послужившие в XVIII столетии образцами для выработки деклараций прав человека и гражданина. Такими актами английского законодательства являются великая хартия вольностей 1215 г., петиция о правах 1628 г., декларация и билль о правах 1689 г. Декларация прав человека и гражданина в форме кодификации основных прав личности возникла, как и писаные конституции, в Северной Америке. Впервые декларация была провозглашена в штате Виргиния в 1776 г.; она составляла введение к конституции этого штата. Из конституции штата Виргиния она была заимствована и перенесена в конституции большинства других штатов; это случилось в первое десятилетие после издания виргинской конституции. Затем из Америки идея и форма декларации прав перекочевала в Европу. Знаменитая декларация прав человека и гражданина, выработанная французским Нацио-

нальным Собранием в 1789 г., состоит из 17 статей. Эта декларация провозглашает принцип народного суверенитета, устанавливает безусловное господство права во всей государственной жизни, равенство всех перед законом и подчинение всех велениям государственной власти. Из свобод личности эта декларация гарантирует свободу совести, слова и печати, но она ничего не говорит о чрезвычайно важном виде свободы — о свободе союзов и собраний. Наконец, 17 статья ее объявляет собственность священной и неприкосновенной. Французский конвент развил эти положения в новой декларации прав человека и гражданина, заключающей 35 статей; и она также составляет введение к конституции 1793 г. Замечательно, что и в этой декларации, которая в последней статье провозглашает священное право на восстание в тех случаях, когда правительство нарушает права народа, нет упоминания о свободе собраний и союзов. Тот же конвент в 1795 г. в ином составе своих членов выработал "Декларацию прав и обязанностей человека и гражданина", являющуюся частью конституции третьего года республики. Уже заглавие показывает, что в эту декларацию введен новый элемент — обязанности; в ней права кодифицированы в 22 статьях, а обязанности — в 9. В первых конституциях об обязанностях ничего не говорилось, так как старый режим достаточно вселил их в сознание подданных и они подразумевались сами собой; но после целого ряда революционных годов почувствовалась необходимость напомнить о них. В остальной своей части эта декларация не вводит ничего нового и является повторением двух предшествующих деклараций.

Хартия Людовика XVIII, изданная в 1814 г., не могла совсем обойти тех вопросов, которые были выдвинуты декларацией прав человека и гражданина; но вместе с тем в ней не могли быть сохранены во всем объеме те принципы, которые были провозглашены декларацией. Поэтому в ней избран средний путь и вместо прав человека и гражданина в ней введены статьи о "публичных правах французов". Это общее заглавие первых 12 статей хартии. Для хартии человек и гражданин не существуют, есть только французы; конечно, это совершенная несообразность, так как в правовом государстве имеют права и свободны не только подданные и граждане данного государства, но и все люди, живущие на его территории. Иностранцы не пользуются политическими правами, но все блага свободы гражданских прав распространяются и на них. Таким образом, состав свободных и управомоченных лиц в современном конституционном государ-

стве наиболее правильно определяется формулой — человек и гражданин. Количество свобод, гарантированных хартией, также чрезвычайно ограничено. Из 12 статей только 4 посвящены установлению свобод французов; конечно, нечего и говорить, что среди этих свобод нет ни свободы союзов, ни свободы собраний. В 1830 г. после июльской революции эта хартия была пересмотрена и издана с согласия палат, но в вопросе о правах граждан она не вводила ничего нового.

Бельгийская конституция 1831 г. не внесла ничего принципиально нового в решение этого вопроса, и тем не менее она имела очень большое значение для его регулирования, так как она создавала компромисс между принципами и формами декларации прав 1789 г. и первыми статьями хартии 1814 г. Второй отдел бельгийской конституции посвящен бельгийцам и их правам, таким образом, эта конституция усваивает ту форму, которая говорит только о гарантированных правах граждан данного государства. Но вместе с тем она чрезвычайно подробно, точно и широко определяет права и свободы граждан. В этом отношении она далеко превосходит все предшествующие европейские декларации, так как предоставляет гражданам и свободу собраний, и свободу ассоциаций. Таким образом, бельгийская конституция, установив окончательно реестр прав и свобод граждан, вместе с тем и окончательно ввела практику, на основании которой в конституциях перечисляются лишь гарантированные права того народа, который составляет данное государство. Все конституции, изданные в эпоху революции 1848 г., следуют этой практике; во всех них говорится о гарантированных правах той национальности, государственный строй которой конституируется. Таким образом, итальянская конституция говорит о правах итальянцев, прусская — о правах пруссаков и т.д. Даже конституция второй французской республики говорит не о правах человека и гражданина, а о правах французских граждан, гарантированных конституцией. Но теперь признается совершенно неотъемлемой основной частью всякой конституции установление известных гарантированных прав личности.

Однако в 70-х гг. XIX столетия появляются две конституции, которые совсем не заключают в себе указания ни на декларацию прав, ни на гарантии прав. Это 1) ныне действующая конституция Германской империи 1871 г. и 2) французские конституционные законы третьей республики 1875 г., остающиеся в силе и до сих пор. Но Германская империя является федеративным государством, состоящим из 25 государств, из которых 23 име-

ют свои конституции. В этих конституциях всем гражданам гарантированы определенные публичные права и свободы. Исключение составляют лишь два государства, входящие в состав Германской империи, — это великие герцогства Мекленбург-Шверин и Мекленбург-Стрелиц. В них до сих пор еще нет конституций и формально еще никогда не были провозглашены права человека и гражданина. Несомненно, эти две конституции 70-х гг. составляют новое явление в законодательстве современных европейских государств. В них сказалось недоверие к законодательному провозглашению голых принципов. Теперь придается большее значение детальному законодательству, чем установлению известных принципов в конституциях. Действительно, германская конституция, не гарантирующая формально никаких прав личности, тем не менее предоставляет имперскому законодательству регулировать те области законодательства, которые касаются свободы граждан. На основании этого рейхстаг и правительство Германской империи энергично принялись за законодательную разработку соответственных норм права, и в результате получился целый ряд замечательных, прямо образцовых законов, определяющих наиболее существенные права немецких граждан. Особенно замечательны в этом отношении имперские законы о свободе передвижения, о свободе профессий и германский имперский закон о печати; наконец, в прошлом году издан закон о союзах и собраниях, чрезвычайно расширяющий свободу в этой сфере проявления самодеятельности личности и общества. Правда, проведение этого закона куплено дорогой ценою для негерманских национальностей, так как, расширив свободу немецкого народа на свободу собраний и союзов, он одновременно чрезвычайно ограничил вплоть до полного отрицания свободу ненемецких народностей, входящих в Германскую империю, главным образом поляков. Все эти законы Германской империи имеют силу на всей ее территории; поэтому они действуют, конечно, и в Мекленбург-Шверине, и в Мекленбург-Стрелице. Таким образом, оказывается, что и в тех государствах, в которых конституционный строй формально не установлен, тем не менее благодаря действию германской конституции и в частности благодаря имперскому законодательству все конституционные права личности вполне гарантированы. Что касается французской конституции, то принципы 1789 г. несомненно вошли в ее состав. Но, как было выяснено выше, при рассмотрении вопроса о влиянии обычая на преобразование конституционных учреждений, эти принципы, провозглашенные декларацией прав че-

ловека и гражданина, вошли в состав конституционного права современной Франции при третьей республике в виде обычного права. Таким образом, для современной Франции декларация прав 1789 г., которая нигде не названа в качестве закона, всецело сохраняет свою силу. С этим согласны все теоретики государственного права во Франции, и во главе их Эсмен и Дюги.

Мы должны перейти теперь к рассмотрению второго вопроса, поставленного выше, к вопросу, как осуществлялись отдельные права человека и гражданина в жизни. Не менее, чем при создании конституционных учреждений, и в этом случае Англия является классической страной и сыграла самую передовую роль. Она создала те правовые формы и юридические средства, которые гарантировали права личности, и потому она послужила образцом, так как на своем примере показала, как надо осуществить права человека и гражданина в действительности. Среди различных прав человека и гражданина на первом месте надо поставить, несомненно, неприкосновенность личности как самое элементарное, но вместе с тем и самое существенное благо, гарантируемое устойчивым правопорядком. Так же точно исторически право на неприкосновенность выработалось в Англии раньше других прав личности, ввиду чего мы и должны начать с него. Для признания неприкосновенности личности, т.е. для установления принципа, что человек может быть задержан и лишен свободы только на строгом основании закона и только по приговору суда, потребовался длительный исторический процесс и упорная борьба. Неприкосновенность личности осуществлена в Англии под именем Habeas Corpus Act; это странное название, означающее в переводе на русский язык “ты имеешь тело”, объясняется средневековой формулой, произносившейся судьей при аресте и освобождении арестованного; оно сделалось лозунгом правового строя вообще. Первоначально неприкосновенность личности была гарантирована в виде привилегии королем Иоанном Безземельным в Magna Charta Libertatum в 1215 г. 39 статья этой Великой хартии вольностей гласит: “Ни один свободный человек не может быть задержан, заключен, лишен имущества, поставлен вне закона, изгнан и утеснен каким бы то ни было образом, и мы не пойдем на него и не пошлем на него иначе как по суду равных ему и по закону страны”. Эта знаменитая статья послужила принципиальной основой всего правопорядка Англии, так как английские юристы всегда ссылались на нее, когда отстаивали неприкосновенность личности и ее свободы. Конечно, установленный ею принцип не мог сразу вой-

ти в жизнь; уже одно то, что в течение первых двух столетий после ее издания она подтверждалась 37 раз, показывает, что она часто не исполнялась, так как иначе она не нуждалась бы постоянно в своем подтверждении. Действительно, в те периоды, когда парламенты были в силе, они настаивали на подтверждении хартии и на точном ее выполнении, напротив, когда короли могли обходиться без парламента, они нарушали хартию и часто расправлялись с неугодными им лицами без суда. Нарушения неприкосновенности личности особенно участились во времена королей из династий Тюдоров и Стюартов. В их эпоху действовала знаменитая Звездная Палата — особый тайный суд, состоящий при королевском совете; само существование этого чрезвычайного суда было противозаконно, но в этот период английской истории целый ряд дел исключался из ведения регулярного судопроизводства и передавался на решение чрезвычайных судов. Поэтому в 1628 г., в третий год царствования второго короля из династии Стюартов, Карла I, парламент сделал представление королю в особом акте, названном "Петицией о праве", в котором настаивал на соблюдении прав парламента и особенно на гарантиях неприкосновенности личности. Из одиннадцати статей "Петиции о праве" восемь посвящены вопросу о личной неприкосновенности; в них парламент ссылается на Великую хартию вольностей, жалуется на несоблюдение королевских указов о Habeas Corpus, настаивает на строгом применении их, на уничтожении чрезвычайных форм судопроизводства и суда по законам военного времени. После упорного сопротивления Карл I должен был уступить перед энергичными требованиями парламента и санкционировать "Петицию о праве", подписав ее выполнение. Однако немедленно после этого он распустил парламент и затем почти двенадцать лет управлял страной без содействия парламента. В этот период противозаконные действия властей и нарушения личной свободы особенно умножились. Но постоянное нарушение законов не развратило английский народ, а только усилило его решимость отстаивать старые законы страны и правовой порядок. Поэтому, когда в 1640 г. Карл, вынужденный обстоятельствами, снова созвал парламент, то настроение страны было таково, что этот парламент, известный в истории под именем "долгого", стал во главе революционного движения, захватил в свои руки всю власть и самостоятельно правил страной. Долгий Парламент начал с преследования злоупотреблений и водворения законного порядка, но ему не удалось осуществить свою первоначальную цель, так как эпоха

революции была для Англии вместе с тем и эпохой гражданской войны. Период гражданской войны и последовавший за ним период республики с сопровождавшим их военным деспотизмом революционных войск и их вождя Кромвеля были мало благоприятны для строгого соблюдения неприкосновенности личности и индивидуальной свободы. Еще менее могла восторжествовать законность после смерти Кромвеля, когда наступила реакция, приведшая к реставрации Стюартов. Но как ни полна была эта реставрация в политическом отношении, она не могла уничтожить всех результатов революции. Сила прогресса в том и состоит, что даже самая крайняя реакция не может его совершенно сломить; часто именно в период реакции осуществляется то, что было невозможно осуществить во время революционно-реформаторского подъема. Только в первый период реставрации, пока производились расчеты за крайности революции, индивидуальная свобода нарушалась; но реставрация не возобновила Звездной Палаты и ее деятельности, а главное, смена в очень короткий период времени противоположных политических режимов исказила безотносительную ценность законности и неприкосновенности личности. Поэтому в 1679 г., когда реакция еще не прошла целиком, был издан парламентский акт, который называется "Акт о лучшем обеспечении свободы личности и о предупреждении заключений за морем". Этот акт более точно и определенно устанавливал способы и формы применения указов о Habeas Corpus. Со времени его издания индивидуальная свобода в Англии была вполне гарантирована и не подвергалась грубым нарушениям, если не считать короткого периода ее истории. Этот период наступил непосредственно после смерти Карла I в 1685 г. и восшествия на престол его брата Иакова. Но царствование Иакова II, отличавшееся произволом и целым рядом насилий, продолжалось всего три года и закончилось новой революцией, изгнанием Иакова и устранением от английского престола мужской линии династии Стюартов. В 1688 г. на английский престол был призван Вильгельм III, представитель новой династии Оранской, а в 1689 г. он утвердил выработанный парламентом билль и декларацию о правах, которыми подтверждались все старые законы Англии о правах парламента и личной неприкосновенности английских граждан.

Но неприкосновенность личности в Англии обеспечивается не столько парламентскими законами и биллями, сколько замечательной организацией английских судов и совершенством форм английского процесса. Исследователь английских конституционных учреждений Дайси высказывает мнение, что даже парламент-

ские провозглашения права “имеют некоторое сродство с судебными решениями”. По его мнению, “петиция о праве и билль о правах не столько «провозглашения прав» в иностранном смысле слова, сколько судебные осуждения различных притязаний и действий короны, которые тем самым объявлялись незаконными”. Приказы о habeas corpus составляют часть английского процессуального права; акт о habeas corpus 1679 г. более точно и определенно устанавливает те правила, которые соблюдаются при выдаче этих приказов. На основании его всякий арестованный, считающий себя лишенным свободы незаконно или неправильно, может просить суд выдать ему приказ-habeas corpus; с такой же просьбой может обратиться родственник заключенного, его поверенный или любое лицо, интересующееся его судьбой. Приказ-habeas corpus есть распоряжение суда, обращенное к должностному или частному лицу, держащему кого-нибудь в заключении, о том, чтобы он доставил заключенного в суд. По получении приказа-habeas corpus тюремный смотритель или тот, кто держит в заключении лицо, названное в приказе, должен в самое короткое время доставить заключенного в суд и дать подробное объяснение о причинах, обстоятельствах и времени задержания его. По представлении заключенного суд немедленно приступает к расследованию причин и обстоятельств, приведших к его аресту, и в случае признания их незаконными или неправильными тут же освобождает заключенного. Точное и строгое выполнение всех отдельных правил, касающихся приказа-habeas corpus, обеспечивается тем, что на нарушителей их налагаются тяжелые штрафы. Эта простая процедура, в связи с правом, предоставляемым всякому, неправильно или незаконно арестованному, предъявлять иск об убытках к нарушителю его свободы, вполне гарантирует личную неприкосновенность в Англии. Ее значение и характер дает Дайси право прийти к заключению, что английская конституция “есть конституция, созданная судебными решениями, и имеет все отличительные черты, как дурные, так и хорошие, свойственные праву, выработанному путем судебной практики”. Таким образом, неприкосновенность личности является с конца XVII столетия неоспоримым достоянием всякого английского гражданина. В XIX столетии были проведены законодательным путем некоторые усовершенствования в применении приказов-habeas corpus на новые категории лиц. Так, актом 1816 г. были улучшены формы применения приказов-habeas corpus к неуголовным делам, т.е. к тем случаям, когда, например, требуется возвращение ребенка ро-

дителям, или освобождение психически здорового из дома умалишенных, или же отпуск из монастыря монаха или монахини, не желающих в нем оставаться.

В противоположность столь раннему и столь совершенному осуществлению индивидуальной свободы, поскольку она заключается в неприкосновенности личности или, по образному выражению английских актов, в свободе тела, индивидуальная свобода как свобода духа и совести очень медленно и поздно осуществлялись в Англии. Вообще почва Европы была крайне неблагоприятна для признания принципа свободы совести, и в этом отношении Англия не составляла исключения. Но тем не менее англичанам ранее других европейских народов было присуще стремление осуществить и эту сторону индивидуальной свободы; и те элементы английского народа, которые не мирились с отсутствием свободы в этой области и видели невозможность осуществления ее на почве старой Англии, осуществили ее на почве новой Англии в колониях Северной Америки, превратившихся впоследствии в С.-А. Соединенные Штаты. Идея свободного обсуждения и решения вопросов совести или религиозных верований получила широкое распространение в эпоху реформации. Сама реформация явилась следствием критики и отрицания некоторых положений, на истинности и непреложности которых настаивал католический Рим. Но вожди реформации проводили критику только до известных пределов и отвергали только некоторые положения, установленные римско-католической церковью; затем они остановились в своей критике и потребовали от всех своих последователей, чтобы они также остановились, отрицая за ними свободу подвергать сомнению те положения, истинность которых они считали основанной на Священном Писании. Всех несогласно мыслящих они так же жестоко преследовали, как и католическая церковь. Так, Кальвин способствовал тому, что Цвингли как еретик был сожжен в Цюрихе; Лютер не воспрепятствовал казни Иоанна Лейденского; основатель реформационной церкви в Англии, Генрих VIII, возвел на эшафот известного автора “Утопии” Томаса Мора за его преданность католицизму. Реформация, возникшая отчасти благодаря свободе критики и отрицанию некоторых положений религии, не только не привела к признанию свободы совести, а наоборот, вызвала религиозные войны. Те политические организации, которые создались в Европе, долго не могли усвоить того положения, что государство и правительство не должны вмешиваться в сферу религиозных верований и научных убежде-

ний, являющихся свободным достоянием каждого. Поэтому в результате религиозных войн, которые возникли благодаря реформации, в конце концов был признан лишь принцип cujus regio ejus religio, т.е. чье царство, того и религия. На основании этого принципа признавалась правомерность существования в Европе государств, исповедующих различные религии, но население каждого из них должно было исповедовать ту же религию и иметь те же верования, как и его король, т.е. носитель монархической власти и его правительство.

Англия принимала участие во всех религиозных войнах Европы в XVI и XVII столетиях, становясь на сторону протестантских государств. Одновременно с этой внешней политикой английское правительство внутри преследовало не только католиков, но и последователей различных реформированных сект, чуждавшихся официально признанной в Англии протестантской церкви. Таким образом, представители этих сект должны были особенно почувствовать значение принципа свободы совести. Однако осуществить этот принцип им удалось только на совершенно новой почве английских колоний в Северной Америке. Начиная с первых десятилетий XVII столетия, сюда стекались беглецы из Англии, преследуемые за свои религиозные убеждения. Последователи одной из наиболее гонимых сект — пуритане — основали в 1629 г. в колонии Массачусетс город Салем; но и они заключили договор, на основании которого в этой общине могли жить только пуритане. Однако в 1631 г. к ним из Англии переселился молодой пуританин Роджер Вильямс; когда он был избран священником общины Салем, он стал проповедовать с церковной кафедры полную свободу совести и отделение церкви от государства. Это не встретило сочувствия и, разойдясь с большинством членов общины Салем, он с небольшой группой сторонников переселился в колонию Род-Айленд. Здесь в 1636 г. он основал город Провиданс, который стал родиной свободы совести. Положенные в основание всего политического строя общины Провиданс принципы свободы вероисповеданий скоро сделались господствующими в Америке. Американцы до сих пор свято чтят имя Роджера Вильямса как первого проповедника свободы совести. Напротив, в самой Англии, как уже отмечено выше, в противоположность принципам неприкосновенности личности, принцип свободы совести был осуществлен чрезвычайно поздно. Обстоятельства английской истории не благоприятствовали осуществлению свободы совести. Английская революция была произведена по религиозным мотивам, но когда по-

беждали представители одного направления, они преследовали представителей другого. Так, во время господства Долгого Парламента, т.е. с 1640 по 1647 г., пресвитериане преследовали представителей англиканской церкви. Затем, когда власть перешла от пресвитериан к пуританам, последние притесняли пресвитериан. Во времена реставрации, начиная с 1660 г., преобладающее значение опять приобрела англиканская церковь, и сторонники ее преследовали и пресвитериан, и пуритан; все эти реформированные церкви одинаково преследовали католиков. После второй революции, к началу XVIII столетия, в Англии, однако, водворился мир между различными реформированными церквами. Представители их убедились в бесполезности взаимных преследований и вместе с тем научились благодаря долгой и открытой борьбе уважать друг друга. Поэтому ограничения прав представителей той или другой из реформированных церквей были уничтожены. Но представители католицизма и в течение всего XVIII столетия преследовались самым жестоким образом. В течение всего этого столетия паписты, или католики, считались в Англии государственными изменниками. Католики в это время были лишены не только политических прав, но и ограничены в своих гражданских правах: только в конце столетия были, наконец, отменены гражданские ограничения католиков. Наконец, только в 1829 г. произошло полное уравнение католиков в политических правах; начиная с этого года, католики могут занимать государственные должности, участвовать в суде присяжных и быть членами английского парламента. Эмансипация евреев была произведена еще позже, лишь в 50-х гг. XIX столетия. Наконец, последние ограничения прав по религиозным основаниям пали в Англии в 1880 г., т.е. только четверть столетия тому назад.

Свобода печати в Англии никогда не была провозглашена как законодательный принцип. Эта свобода была осуществлена благодаря отмене закона, устанавливавшего целый ряд цензурных ограничений и налагавшего тяжелые наказания за преступления в печати. Очень тяжелые наказания за преступления в печати были введены в Англии при Генрихе VIII и королеве Елизавете. Они были удержаны, что особенно замечательно, и в эпоху английской революции, во времена господства Долгого Парламента, провозглашения республики и учреждения протектората. Таким образом, первая английская революция не принесла с собою свободы печати, несмотря на то что один из духовных вождей ее, пуританин и поэт Мильтон, горячо выступил в за-

щиту этой свободы. При возвращении Стюартов и реставрации старых английских учреждений снова были подтверждены законы, ограничивающие свободу печатного слова, но как и раньше, лишь на известный срок. Наконец, в 1695 г. этот срок истекал, и английский парламент отказался возобновить эти законы. Таким образом, именно в этом году, т.е. только спустя несколько лет после второй революции, в Англии печатное слово сделалось свободным.

Еще замечательнее тот способ, каким в Англии осуществлена свобода собраний. В Англии совсем нет закона о свободе собраний, но в ней и нет надобности издавать такой закон, так как свобода собраний не отрицается и существует фактически. Теоретик английского конституционного права Дайси по этому поводу говорит: “Наши правила о публичных собраниях могут служить лучшим примером того, как английская конституция основывается на правах частных лиц. Право собираться есть не что иное, как результат взгляда судов на индивидуальную свободу личности и индивидуальную свободу слова. Нет никакого специального закона, разрешающего A, B, C сойтись где-нибудь на открытом воздухе или в другом месте с законной целью; но право A идти, куда ему вздумается, если он не совершает этим правонарушения, и говорить B все, что он захочет, если в словах его не будет заключаться никакой клеветы и ничего мятежного, право B делать то же самое... и т. д. до бесконечности, ведет к тому результату, что A, B, C, D и тысяча или десять тысяч других лиц могут (вообще говоря) сойтись в каком-нибудь месте, где всегда каждый из них имеет право быть с законной целью и законным образом”. Таким образом, в Англии свобода собраний есть следствие особого представления о свободе личности как проявлении естественных прав всякого человека ходить, куда угодно, и говорить все, что не является нарушением закона. Но нельзя из этого делать тот вывод, который был высказан в нашей первой Государственной Думе в дебатах о проекте русского закона о свободе собраний. Тогда высказывалось мнение, что в Англии свобода собраний совершенно не ограничена и для нее нет абсолютно никаких пределов. Это утверждение неправильно; в Англии всякая свобода существует только постольку, поскольку она не нарушает прав и интересов других. Хотя в ней нет никаких законов, ограничивающих свободу собраний или свободу слова и печати, но это не значит, что эти проявления общественной жизни не регулируются в ней никакими правовыми нормами. Напротив, в Англии есть целая сис-

тема обычно-правовых норм, созданных судебными решениями, которые вводят эти виды свободы в известные границы. В частности, например, устраивать собрания в тех местах, где это мешает передвижению, хотя бы на проезжих дорогах или на полотне железной дороги, в Англии нельзя. Так же точно в Англии запрещено собираться на известном расстоянии от парламента под открытым небом, так как предполагается, что всякое народное собрание может принять бурный характер и нарушить спокойствие и равновесие народных представителей; они тогда не будут в состоянии достаточно беспристрастно, хладнокровно и объективно обсуждать те вопросы, которые рассматривают, могут принять опрометчивое и поспешное решение. Одним словом, в Англии есть целый ряд ограничений свободы собраний, созданных обычаем и судебными прецедентами; они, однако, установлены не в интересах власти, не для того, чтобы избавить ее от лишних хлопот и забот, а в видах общественной пользы, для устранения резких столкновений между противоположными интересами и для взаимного ограждения свободы всех и каждого в отдельности.

В противоположность Англии, во Франции заботились главным образом о торжественном провозглашении индивидуальной свободы. Так, седьмая статья Декларации прав провозглашала: "Ни один человек не может быть подвергнут обвинению, задержанию или заключению иначе как в определенных законом случаях и согласно предписанным им формам. Кто испрашивает, изготовляет, исполняет или заставляет исполнять произвольно приказы, подлежит наказанию; но всякий гражданин, вызываемый или задерживаемый в силу закона, должен немедленно повиноваться: сопротивляясь, он совершает преступление". Другие статьи Декларации прав, как, например, 1, 4, 8 и 9, также устанавливали различные положения, обеспечивающие неприкосновенность личности. И хотя Декларация прав составляла введение в конституцию 3 сентября 1791 г., в 1 титуле ее еще особо было установлено, что "конституция гарантирует равным образом как естественные гражданские права: свободу всякому человеку идти куда угодно, оставаться в любом месте и оставлять его, не опасаясь быть задержанным или арестованным, иначе, как согласно формам, определенным конституцией". Эти положения повторялись затем в той или иной формулировке во всех без исключения последующих французских конституциях. Но в течение почти целого столетия они оставались лишь голыми принципами и не осуществлялись в жизни. Все французские

правительства их нарушали. Так, конвент уже в 1793 г. издал распоряжение арестовать всех подозрительных лиц и держать их в заключении до окончания войны. Этим он подал пример для всех последовавших затем произвольных актов подобного же рода.

Наряду с прямыми нарушениями принципов, провозглашенных декларацией прав человека и гражданина, во Франции совсем не позаботились о конкретных и практических формах их осуществления. Наш известный ученый Максим Ковалевский в своем сочинении "Происхождение современной демократии" останавливается на том поразительном факте, что деятели, вырабатывавшие первые французские конституции, совсем почти не занялись правильной организацией судов. Происходило это вследствие того, что в эпоху Великой французской революции все думали, что к захвату власти и злоупотреблению ею склонны только монархи. Между тем опыт показал, что если в самой организации власти нет ограничивающих ее форм, то необходимо возникает злоупотребление властью, кому бы эта власть ни принадлежала. Так, в Великую французскую революцию после ниспровержения монархии первые захватили власть и злоупотребили ею якобинцы, т.е. представители наиболее демократической партии того времени. Целым рядом нарушений конституции они проложили путь для последующего государственного переворота Наполеона I.

Деятели первой французской революции не позаботились даже упразднить деспотизм и своевластие чиновников, установив правильные формы их ответственности. Напротив, как раз во время господства якобинцев был издан декрет, воспрещавший судебное преследование должностных лиц без согласия их начальства. Этот декрет явился источником знаменитой 75 статьи первой Наполеоновской конституции, так называемой конституции 8-го года республики, изданной в 1799 г. Она устанавливала правило, что для судебного преследования чиновников необходимо согласие Государственного Совета, т.е. высшего административного учреждения. Эта статья очень долго делала чиновников почти безответственными за самые грубые правонарушения; между тем она оказалась чрезвычайно живучей и пережила все революции и все государственные перевороты, которыми так богата история Франции XIX столетия. Только последний переворот, 1870 г., приведший к низложению Наполеона III и учреждению республики, послужил поводом и к отмене этой статьи, которая была совершена декретом временного правительства. Постепенно, однако, из некоторых правил, вы-

званных применением этой статьи, во Франции выработалась особая система судебного преследования должностных лиц. Система эта, получившая свое завершение лишь при ныне существующем республиканском строе Франции, заключается в том, что чиновники ответственны не перед обыкновенными судами, а перед особыми, так называемыми административными судами. Суды эти созданы специально для решения вопросов о преступлениях по должности чиновников. Система особых административных судов оказалась очень удобной для большинства современных государств с развитой и могущественной бюрократией, и она была заимствована у Франции всеми конституционными государствами на Европейском континенте, за исключением Бельгии. Таким образом, современные конституционные государства выработали две совершенно различные системы судебного преследования должностных лиц. За преступления по должности по англо-американской системе, усвоенной отчасти и Бельгией, должностные лица ответственны перед обыкновенными судами. Жалобы на них подаются в те же суды, в которые подаются и исковые прошения по всем гражданским делам; эти же суды определяют и степень виновности должностных лиц, а также меру наказания тех из них, которые злоупотребили своей властью и нарушили частные права граждан. По французско-немецкой системе судебное преследование чиновников допускается только перед специальными административными судами. Детальное изучение и оценка той или другой системы судебного преследования чиновников составляет предмет не государственного, а административного права. Здесь необходимо указать только на то, что все демократические прогрессивные партии считают более рациональным делать чиновников ответственными перед обыкновенными судами; они полагают, что обыкновенные суды могут гораздо беспристрастнее и объективнее решать вопросы о злоупотреблении властью чиновниками, чем административные суды, тесно связанные со всеми интересами администрации и потому более склонные покрывать злоупотребления властью, произведенные своими же братьями чиновниками. Но вопрос этот гораздо более сложен, чем может показаться с первого взгляда, так как система административных судов связана со всем бюрократическим режимом, господствующим в большинстве современных конституционных государств.

Как медленно осуществлялась во Франции индивидуальная свобода, провозглашенная декларацией прав человека и гражданина, можно судить по тому, что принцип неприкосновеннос-

ти личности иначе как по суду нарушался во Франции даже в половине XIX столетия. Так, после июньского восстания 1848 г. все участники его, не убитые на баррикадах и не расстрелянные непосредственно после подавления этого восстания, были сосланы административным порядком без суда в заатлантическую колонию Кайенну. Сторонники такой расправы с восставшими рабочими в июньские дни оправдывали ее тем, что иначе пришлось бы предать участников военному суду, а военный суд приговорил бы их к гораздо более тяжелым наказаниям. Но это, конечно, не оправдание, так как само собой ясно, что военные суды для лиц гражданского звания являются одним из видов злоупотребления властью. В Англии, например, военные положения и военные суды для лиц, не состоящих на военной службе, совсем не применяются и никогда не могут быть введены. Напротив, во Франции неприкосновенность личности в половине XIX столетия особенно часто нарушалась именно путем введения военного, или, по французской терминологии, осадного, положения. В этом случае Наполеон III только более систематически и последовательно применял те репрессивные меры, нарушавшие индивидуальную свободу, которыми позволили себе воспользоваться республиканцы 1848 г. Так, за применение административной расправы к участникам июньского восстания, которыми были по преимуществу рабочие, республиканцы 1848 г. жестоко поплатились. Через три с половиной года Наполеон III совершил свой государственный переворот и также административным путем расправился с республиканцами. Наполеоновские проскрипции, примененные в таких широких размерах после 1852 г., были именно расправой без суда. Эпоха Наполеона III отличалась также и частым применением осадного положения, а оно ведет к переходу власти от гражданских должностных лиц к военным и временно упраздняет все гарантии неприкосновенности личности. Таким образом, действительная неприкосновенность личности осуществлена во Франции только третьей республикой; только при существующем государственном строе во Франции строго соблюдается правило, на основании которого ни одно лицо не может быть удержано в предварительном заключении без постановления судебного следователя и подвергнуто наказанию без приговора суда. Но и теперь во Франции остаются в силе некоторые статьи законов, которые дают административным властям более широкие полномочия, чем это согласно с принципами неприкосновенности личности; и теперь знатоки фактического правопорядка во Франции наста-

ивают в интересах осуществления индивидуальной свободы на необходимости улучшить административный и судебный персонал. Наконец, надо вспомнить, что даже существующая теперь во Франции неприкосновенность личности сделалась возможной лишь спустя 100 лет после Великой французской революции.

Так же медленно осуществлялась во Франции и свобода печати, которая в принципе тоже была провозглашена декларацией прав и затем устанавливалась всеми французскими конституциями. Замечательно, однако, что большинство мер, ограничивающих свободу печати, было придумано уже после революции, именно в течение XIX столетия. Так, при реставрации июльской монархии были введены очень крупные налоги для получения права издавать повременные издания, особенно для права издавать газеты. Эти налоги служили обеспечением громадных штрафов, которые налагались на органы печати. Число процессов, возбуждавшихся против оппозиционных органов, было неимоверно велико. Так, против каждого из двух республиканских органов, издававшихся в эпоху июльской монархии, именно против "National" и "Tribune", возбуждено было до 1000 процессов. В конце концов оба эти органа прекратили свое существование за неимением средств вследствие непосильных штрафов. Но и при таких условиях положение печати при июльской монархии было более сносно, чем при Наполеоне III, т.е. в 60—80-х гг. XIX столетия. Наполеон снова ввел концессионную систему во Франции, т.е. обязательство получать разрешение для издания новых повременных изданий. Он установил систему трех предостережений и предоставил право министрам без суда приостанавливать и закрывать газеты. Вообще это была знакомая нам система, так как наш старый закон о печати 5 апреля 1864 г., потерявший силу лишь в 1905 г., был почти точной копией наполеоновских законов, действовавших во Франции в 60-х гг. Действительная свобода печати во Франции была введена только третьей республикой, и притом не сразу, а только в начале 80-х гг. прошлого столетия.

Труднее и медленнее всего в современных государствах создаются правовые формы для осуществления свободы союзов. Это происходит оттого, что даже конституционное государство долгое время считало опасным предоставить союзам полную свободу, как бы опасаясь их конкуренции. Еще больше осуществление этой свободы было замедлено тем обстоятельством, что в свободе союзов нуждаются главным образом широкие народные массы и прежде всего население промышленных центров, осо-

бенно фабричные рабочие. Между тем рабочие сознали свои интересы, сплотились и приобрели политическую силу далеко не сейчас же после первого завоевания политической свободы. Поэтому даже такие передовые конституционные государства, как Англия и Франция, обладая уже полноправным народным представительством и развитыми конституционными учреждениями, не допускали свободы ассоциаций. Так, например, в Англии еще в конце XVIII столетия и в начале XIX были изданы строгие законы против рабочих ассоциаций. Но жизненные интересы рабочих заставляли их создавать союзы для борьбы за лучшие условия своего существования и для защиты своих прав. Вследствие, однако, строгих запретительных законов эти союзы должны были быть тайными, а их нелегальное существование придавало и всей их деятельности нелегальный характер, часто они принимали даже террористическое направление. Тогда правительство и парламент пришли к заключению, что им легче иметь дело с открытыми союзами, чем с тайными, и таким образом для лучшего наблюдения за союзами и для борьбы с террористическим направлением их парламент издал в 1824 г. закон, разрешающий образование рабочих союзов. Хотя уже в следующем 1825 г. этот закон был значительно ухудшен, тем не менее со времени издания его, т. е. со второй четверти XIX столетия, начинается легальное развитие английских рабочих союзов; благодаря этому закону постепенно особую силу и могущество приобрели в Англии профессиональные организации рабочих, так называемые тред-юнионы. Но борьба за полную свободу и неприкосновенность прав рабочих союзов в Англии продолжается и до сих пор. Не все политические партии в Англии одинаково сочувственно относятся к профессиональным организациям рабочих, и консерваторы часто довольно определенно выступают против расширения их прав, что особенно резко сказалось в правление последнего консервативного министерства. Английские суды также часто оказываются не на стороне широких прав профессиональных союзов и пользуются всяким законным поводом, чтобы своими решениями ограничивать эти права. Так, в 1902 г. Тафвальская компания железных дорог предъявила иск союзу железнодорожных рабочих о возмещении убытков, которые она потерпела благодаря стачке, возникшей под влиянием союза, причем она ссылалась на один старый давно забытый закон. Суды, опираясь на консервативно настроенное в своем большинстве общественное мнение, признали, что закон, на который ссылается компания, действует и применим в

данном случае, а потому они решили дело не в пользу союза рабочих; последний должен был уплатить 100 000 руб. судебных издержек и 200 000 руб. для возмещения убытков компании. Этим решением стремились воспользоваться и многие другие акционерные компании, и собственники различных промышленных предприятий. Таким образом, пока действовал этот закон, стачки становились невозможными и угрожали полным разорением профессиональным союзам. Но это вызвало очень сильное политическое движение среди рабочих и послужило одной из причин падения последнего консервативного министерства. Нынешнее либеральное министерство в Англии в первую очередь провело закон об имущественной неответственности профессиональных рабочих союзов — тред-юнионов за стачки. Со времени издания этого закона в 1906 г. союзы рабочих не могут быть присуждены к возмещению убытков, причиненных предпринимателям стачкой, хотя бы они были даже инициаторами стачки; в то же время этот закон легализировал право пикетировать, т.е. право рабочих в случае объявления стачки устанавливать вблизи от места работы свои отряды из агитаторов для убеждения товарищей не идти на работу и исполнять постановление союза и организаторов стачки. Таким образом, этим законом, одним из самых либеральных в Европе, в Англии снова была восстановлена полная свобода и неприкосновенность имущественных прав союзов.

Но самые невероятные затруднения встретило осуществление свободы союзов во Франции. В XVIII столетии трудно было даже предугадать, какое громадное значение для народных масс будет иметь свобода союзов. Поэтому тогда и не могли признать свободу союзов существенной составной частью прав человека и гражданина. Напротив, путем абстрактных теоретических рассуждений тогда приходили даже к полному отрицанию свободы союзов. Особенно поразительно то, что даже самый радикальный мыслитель XVIII столетия Руссо, исходя из своих общих предпосылок о народном суверенитете, сделал вывод, не допускавший свободы союзов. Этот отрицательный вывод относительно свободы союзов мы находим в третьей главе второй книги его сочинения “Общественный договор” (“Contrat social”), озаглавленной: “Может ли общая воля ошибаться?” Здесь Руссо рассматривает условия, необходимые для того, чтобы получить действительную общую волю народа. Он говорит: “Если бы в то время, когда решение постановляет достаточно сознательный народ, граждане не имели никаких сношений между собой, то из боль-

шого числа незначительных различий проистекала бы всегда общая воля и решение было бы всегда правильным. Но когда в ущерб великой ассоциации (т.е. ассоциации народа) образуются партии, частичные ассоциации, то воля каждой последней становится общей по отношению к своим членам и частной по отношению к государству; можно в таком случае сказать, что голосующих уже не столько, сколько людей, а лишь сколько ассоциаций". На этом основании он приходит к заключению: "Очень важно, следовательно, для того, чтобы получить проявление общей воли, чтобы в государстве не было частных обществ и чтобы каждый гражданин решал только по своему усмотрению". Итак, Руссо, с точки зрения отстаиваемого им народного суверенитета, заключавшегося в господстве общей воли народа, не только не допускал необходимости и правомерности деления народа на партии и всякие ассоциации, но даже считал существование их противоречащим общему благу и нарушающим общую волю народа. Впрочем, враждебное отношение к частным ассоциациям было господствующим в XVIII столетии, и Руссо только обосновал его с точки зрения своих идей. Понятно поэтому, что первая французская декларация прав человека и гражданина, как и первая французская конституция, совсем не упоминали о свободе союзов. Ничего не говорила об этой свободе и ни одна из последующих конституций эпохи Великой революции, не исключая даже демократической конституции 1793 г. Национальное Собрание 1789—1791 гг. считало своей задачей даже борьбу с разными корпорациями, причем не только устраняло их принудительный и ограничительный характер, вредно влиявший на развитие промышленности, а и совсем уничтожало и запрещало их, не вникая в их специальное назначение. Заодно с цехами, совершенно отжившими учреждениями средневековья, оно уничтожило и корпоративно-автономное устройство университетов, чем был нанесен сильный удар свободе научного преподавания в университетах. Это привело к упадку университетской науки и университетского преподавания во Франции, потому в XIX столетии университеты во Франции стояли ниже, чем в Германии, которая сохранила непрерывность развития университетских корпоративных учреждений и университетской автономии. Из этого примера можно видеть, как вредно при решении сложных общественных вопросов распоряжаться суммарным путем: из того, что к эпохе французской революции цехи отжили свое время и задерживали промышленное и экономическое развитие Франции, нельзя было делать вывода,

что необходимо упразднить и корпоративное устройство университетов, которое, напротив, способствовало развитию науки и гарантировало ее свободу. Но то же Национальное Собрание выступило и прямо против рабочих ассоциаций. Когда в связи с революционным движением во Франции возникло стачечное движение рабочих, то Национальное Собрание стало на сторону работодателей против рабочих. 17 июня 1791 г. Национальным Собранием был единогласно принят закон, воспрещавший всякие рабочие коалиции как противоречащие конституции. Под коалициями подразумевались не только постоянные союзы, но и временные объединения для определенной частной цели, например, для повышения заработной платы. Таким образом, этот закон запрещал стачки, а нарушителей его объявлял врагами конституции. Несмотря, однако, на резко выраженный эгоистически классовый характер этого закона, если судить о нем по его результатам и последствиям, его нельзя признать проявлением только классовых тенденций Национального Собрания. То, что он был единогласно принят, доказывает, что он явился следствием господства известного предрассудка, что стачки рабочих противоречат общему благу. Можно сказать, что в то время еще не было сделано открытие, что свобода союзов есть неотъемлемая составная часть истинной свободы личности. Впрочем, в разгар революции закон этот фактически не действовал, так как, несмотря на его существование, стачки все-таки возникали и оканчивались большей частью победоносно для рабочих. К репрессивным мерам он приводил только в эпоху реакции, но в эту эпоху был издан и целый ряд новых чисто карательных законов против ассоциаций. Особенно замечателен наполеоновский закон 22 жерминаля XI года республики, т.е. 1801 г. по общему летосчислению. Этот закон гласил: “Всякое соглашение рабочих, имеющее целью прекращение работы в одно и то же время... и т.д. будет наказываться тюремным заключением не свыше трех месяцев”. Основные положения этого закона вошли затем в Наполеоновский кодекс и послужили материалом для 414 — 416 ст. уголовного уложения.

Тем не менее все эти законы против союзов и стачек не могли совершенно задушить стачек, и стачечное движение постоянно возрастало и увеличивалось; особенно сильным оно сделалось в эпоху июльской монархии. Но эти законы приводили к тому, что стачечникам приходилось часто расплачиваться за стачки не только экономически в случае их поражения, но и в уголовном порядке, неся наказания и по суду. Наконец, республиканская

конституция 1848 г., изданная после февральской революции, устанавливала в статье 8 свободу стачек и союзов. Это была первая французская конституция, вводившая эту свободу в число прав человека и гражданина. Но в то же время не были отменены 414 — 416 статьи уголовного кодекса, воспрещавшие и каравшие как уголовное преступление всякое сообщество, имевшее больше 20 членов. При таких условиях статья конституции, провозглашавшая свободу союзов, оказывалась, конечно, совершенно не действительной. Впрочем, наступивший вскоре наполеоновский переворот и новая реакция уничтожили это принципиальное провозглашение свободы союзов вместе с самой конституцией. Но именно в эпоху Наполеона III замечается особенное усиление рабочего движения во Франции; стачки сделались, наконец, настолько обычным явлением французской экономической жизни, что правительство скоро увидело невозможность, несправедливость и нелепость борьбы с ними путем уголовного закона. Тогда еще при Наполеоне III в 1864 г. был издан закон, допускавший свободу коалиций. Однако этот закон разрешал только временные соглашения между рабочими, и им были легализированы только стачки, но он не коснулся постоянных союзов. Для них оставались в силе статьи уголовного кодекса, воспрещавшие всякие союзы, имевшие больше чем 20 членов. Таким образом, закон 1864 г. фактически сводил на нет ту свободу стачек, которую он устанавливал; потому что стачка может быть только тогда рационально проведена, энергично и солидарно осуществлена, если она подготовлена хорошо организованным союзом, а для этого рабочие должны иметь и право устанавливать постоянные союзы.

Полную свободу союзов, а вместе с тем и стачек, суждено было опять осуществить во Франции только третьей республике. Притом эта свобода явилась последней, так как в противоположность свободе личности и свободе печати, которые были осуществлены сравнительно скоро после низвержения Наполеона III, законы о свободе союзов заставили себя ждать еще довольно долгое время. Только после окончательной победы и упрочения республиканского большинства в палатах был, наконец, проведен в 1884 г. закон о профессиональных синдикатах, на основании которого рабочие союзы могли свободно возникать с соблюдением известных правил, а вместе с тем получили право на легальное существование многие сотни уже раньше фактически существовавших союзов. Однако, несмотря на громадное значение этого закона для рабочих организаций, он все-таки был толь-

ко частной мерой, так как ограничивался профессиональными синдикатами. Полной свободы общественных организаций и союзов Франция дождалась лишь в начале XX столетия. Только в министерстве Вальдека-Руссо и по его инициативе, почти на наших глазах, в 1901 г. был издан, наконец, закон о свободе союзов вообще. Теперь все роды организаций, не преследующие запрещенные и уголовно наказуемые цели, могут свободно возникать во Франции с соблюдением известных правил, которые установлены в интересах гражданского оборота, а не полицейского надзора. Но и этот закон еще не признает союзов, возникших на основании его, совершенно полноправными юридическими лицами, а наоборот, несколько ограничивает их в правах. Борьба за свободу союзов продолжается во Франции и до сих пор. Теперь она идет из-за права чиновников, главным образом учителей, почтовых и телеграфных служащих, устраивать союзы. Французское правительство в одних случаях отрицает, а в других ограничивает это право, причем иногда распространяет понятие чиновника на всех лиц, находящихся на службе у государства. Но борьба ведется энергично и последовательно, хотя, к сожалению, не всегда целесообразно. Во всяком случае, можно быть уверенным, что французское общество скоро будет иметь и эту свободу.

Эти краткие исторические очерки осуществления отдельных видов прав человека и гражданина должны убедить слушателей, что эти права, как и вообще всякая свобода, осуществляются путем долгой, упорной и систематической борьбы. Никакой революционный порыв не может принести с собой действительной свободы. Он ведет только к перемещению власти, а новые общественные элементы, получив в свои руки власть, часто не умеют обращаться с нею и, стремясь во что бы то ни стало удержать ее, прибегают к произвольным средствам и к более грубому нарушению свободы, чем прежние обладатели власти. История не знает более коренных и глубоких переворотов, чем английская революция, произведенная Долгим Парламентом с 1640 по 1649 г., и Великая французская революция конца XVIII столетия, и тем не менее они не осуществили не только свободы собраний и союзов, но даже и неприкосновенности личности. Для действительного осуществления свободы мало провозгласить основные принципы ее, что только и может быть сделано во время революции, нужно выработать еще детальные формы для ее фактического существования.

Формы осуществления свободы лучше всего создаются самой

жизнью в процессе борьбы за них. Борьба должна вестись планомерно, последовательно, целесообразно и разносторонне. Нужно бороться за осуществление всех видов субъективных прав и свобод, а не одного какого-нибудь вида. Прежде всего каждый должен отстаивать свои права на том месте, на которое его поставила жизнь, и проводить принцип свободы в той сфере деятельности, в которой он работает.

Затем особенно важна совместная и коллективная борьба за общие свободы. Поэтому такое громадное значение имеет свобода союзов, которая, как мы видели, труднее и позднее всех осуществляется; для устойчивости свободных форм жизни необходимо существование и развитие всех видов союзов, а не одних только политических партий, как думают некоторые. Не надо смущаться препятствиями и расхолаживаться неудачами, а неуклонно идти к цели — полному осуществлению свободы личности.

ГЛАВА XII
ПУБЛИЧНЫЕ ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ РУССКИХ ГРАЖДАН

Установление субъективно-публичных прав граждан тесно связано, как мы видели, с введением конституционного строя. В России до государственной реформы 1905—1906 гг. личность не имела никаких субъективных прав по отношению к государству, и ее положение определялось исключительно объективным правопорядком. Это приводило в конце концов к бесправию личности перед государством и властью. Поэтому о “правах человека и гражданина” у нас можно говорить, только начиная с Манифеста 17 октября 1905 г. Соответственное положение Манифеста гласит: “На обязанность правительства возлагаем мы выполнение непреклонной Нашей воли: Даровать населению незыблемые основы гражданской свободы на началах действительной неприкосновенности личности, свободы совести, слова, собраний и союзов”. После этого в Основные Законы 23 апреля 1906 г. была введена особая 8 глава “О правах и обязанностях российских подданных”, состоящая из пятнадцати статей (статьи 69—83).

В вышеприведенной формуле Манифеста 17 октября можно провести разницу между свободами и неприкосновенностью личности. В то время как свободы даруются Манифестом впервые, неприкосновенность личности получает в нем особое подтверждение и характер, что выражено в словах “действительная непри-

косновенность личности". Это объясняется тем, что неприкосновенность личности формально уже существовала у нас, по крайней мере, она была гарантирована нашим объективным правопорядком. Еще в Судебные Уставы Александра II 20 ноября 1864 г. были включены правила, которые должны были вести к установлению неприкосновенности личности. Правила эти изложены в 8, 9 и 10 статьях Устава Уголовного Судопроизводства. Они гласят: "Никто не может быть ни задержан под стражей, иначе, как в случаях, законами определенных, ни содержим в помещениях, не установленных на то законом" (ст. 8). "Требование о взятии кого-либо под стражу подлежит исполнению лишь в том случае, когда оно последовало в порядке, определенном правилами сего устава" (ст. 9). "Каждый судья и каждый прокурор, который в пределах своего участка или округа удостоверится в задержании кого-либо под стражею без постановления уполномоченных на то мест и лиц, обязан немедленно освободить неправильно лишенного свободы" (ст. 10). Эти три статьи могли бы достаточно гарантировать неприкосновенность личности в России, если бы они действительно соблюдались. Но неприкосновенность личности не могла у нас развиться путем строгого соблюдения судебного порядка и процессуальных форм, как это было в Англии. Для этого у нас не было ни достаточно не зависимых от центральной правительственной власти судов, ни достаточно совершенного судебного персонала. Даже та доля независимости, которая предоставлена нашим судебным учреждениям по закону, обыкновенно тем или другим путем устраняется нашей центральной властью. Так, например, судебные следователи по закону у нас несменяемы, но в последние десятилетия правительство назначало только исполняющих должность судебных следователей, а последние, конечно, никакими правами несменяемости не пользуются.

Однако неприкосновенность личности не осуществлялась у нас при старом режиме не только вследствие зависимости наших судебных учреждений от центральной правительственной власти. Кроме того, наше правительство целым рядом законодательных положений создало массу исключений, в которых судебные уставы вообще и 8, 9, 10 статьи Уст. Угол. Судопр. в частности не применяются. Часть из этих положений введена в самые судебные уставы, и это привело к так называемой порче их. Другая часть существует в виде временных правил об исключительных положениях, т.е. об усиленной и чрезвычайной охранах и военном положении. Все эти новые и исключительные законы

предоставляли административным властям такие широкие полномочия, что при них неприкосновенность личности ничем не была гарантирована.

Порча судебных уставов заключалась в том, что, начиная с 1871 г. (после Нечаевского процесса), к ним был издан целый ряд дополнений, вводивших различные исключения из нормального судебного и процессуального порядка. Так, в эпоху Александра II 1035 статья Устава Уголовного Судопроизводства неоднократно, по крайней мере 16 раз, была снабжена добавлениями. Развитие 1035 статьи привело к тому, что все преступления, так называемые государственные или политические, были изъяты из ведения общей следственной власти и переданы для дознания в жандармские управления, что и было выражено в форме: "Дознания о государственных преступлениях производятся вообще офицерами отдельного корпуса жандармов". Благодаря этому гарантии, созданные 8, 9 и 10 статьями Уст. Угол. Судопр., были совершенно парализованы и их охранительное по отношению к личности действие уничтожено. Применение их было ограничено только уголовными преступлениями; напротив, наиболее важные преступления, политические, при преследовании которых больше всего можно опасаться превышения власти и произвола со стороны должностных лиц, были изъяты из их действия и других гарантий. Еще большие ограничения судебных уставов были введены в эпоху Александра III. Вскоре после вступления его на престол 14 августа 1881 г. были изданы знаменитые временные правила о местностях, находящихся на положении усиленной охраны, и это положение было распространено на целый ряд городов и губерний. Правда, не вся Россия была поставлена на положение усиленной охраны, но самые важные местности ее, наиболее культурные и центральные; а так как это положение господствовало в столицах, то хотя формально оно и не распространялось на провинции, фактически оно применялось и там благодаря циркулярам и вообще более широким полномочиям провинциальных властей по отношению к местному населению. Временными правилами о местностях, находящихся на положении усиленной охраны, созданы чрезвычайно обширные полномочия административных властей, и в частности министров, генерал-губернаторов и губернаторов, по отношению к свободе и неприкосновенности частных лиц. На основании этих правил генерал-губернаторам и губернаторам предоставлялось право издавать обязательные постановления, за нарушения которых они могли устанавливать без следствия и суда наказания,

как заключение под арест не свыше трех месяцев и высылка из вверенной их управлению местности. Те же правила предоставляли министру внутренних дел право входить в соглашение с министром юстиции и назначать тем же административным путем лицам, привлеченным к дознанию по обвинению в политических преступлениях, более тяжелые наказания вплоть до высылки в отдаленные местности империи на пять лет. Таким образом, даже та неприкосновенность личности, которая была провозглашена в Судебных Уставах Александра II, фактически совсем не осуществлялась, и это показывает, что даже она не могла существовать в России без известных конституционных гарантий. Впрочем, мы должны вспомнить, что и в Англии она осуществлялась параллельно с развитием прав английского парламента и отчасти благодаря борьбе парламента за нее.

Поэтому обещание Манифеста 17 октября "даровать населению незыблемые основы гражданской свободы на началах действительной неприкосновенности личности" имеет громадное формальное и принципиальное значение. Благодаря Манифесту и нашим новым Основным Законам неприкосновенность личности, по крайней мере в принципе, объявлена основой нашего нового государственного строя. Правила, гарантирующие неприкосновенность личности, формулированы в наших Основных Законах в тех же выражениях, как и в Судебных Уставах Александра II. Вместе с правилом, устанавливающим неприкосновенность жилища, они изложены в четырех статьях: 72—75, которые гласят: "Никто не может подлежать преследованию за преступное деяние иначе, как в порядке, законом определенном" (ст. 72). "Никто не может быть задержан под стражею иначе, как в случаях, законом определенных" (ст. 73). "Никто не может быть судим и наказан иначе, как за преступные деяния, предусмотренные действовавшими во время совершения сих деяний уголовными законами, если притом вновь изданные законы не исключают совершенных виновными деяний из числа преступных" (ст. 74). "Жилище каждого неприкосновенно. Производство в жилище без согласия его хозяина обыска и выемки допускается не иначе, как в случаях и порядке, законом определенных" (ст. 75). Несмотря, однако, на тождественность формулировки, между этими статьями и соответствующими им статьями Уст. Угол. Судопр. есть большая принципиальная разница, так как теперь ими определяются не только нормы объективного процессуального права, но и субъективные "права российских подданных", о чем свидетельствует их включение в Ос-

новные Законы и наименование главы, часть которой они составляют.

Впрочем, пока это принципиальное изменение в правовом положении русской личности не отразилось на ее фактическом правовом положении. Это объясняется тем, что наше детальное законодательство и полномочия наших судебных и административных властей еще не согласованы с принципами, введенными в наши Основные Законы. Первая и вторая Государственная Дума подготовляли особые законопроекты о неприкосновенности личности, но они не успели быть проведенными через все законодательные стадии и не сделались законами. Все же наше процессуальное право пока осталось старым, а в последние годы созданы даже новые изъятия из нормальных форм судопроизводства для политических преступлений. Даже после государственной реформы фактически существующее правовое положение русских подданных ухудшилось, так как исключительные положения распространены на более широкие пространства России и введены в более тяжелых формах. Так, многие местности были объявлены на довольно продолжительные сроки на военном положении, в других еще до сих пор существует чрезвычайная охрана. Одновременно еще шире стали применяться исключительные формы суда; наряду с сохранением для менее значительных политических преступлений административных форм судопроизводства, само существование которых есть нарушение гарантий неприкосновенности личности (так как административное судопроизводство не есть судопроизводство в точном смысле слова и часто ведет к наказанию без установления вины), у нас введены особые по своему составу суды для политических преступлений и получили широкое применение военные суды для более тяжких политических и уголовных преступлений, совершенных и гражданскими лицами; военные суды связаны с введением не только ненормальных форм судопроизводства, но и очень жестокой системы наказания и особенно частым применением смертной казни. Правовая основа для введения у нас исключительных положений заключается в самих наших Основных Законах. Так, на основании ст. 15 Осн. Зак. “Государь Император объявляет местности на военном или исключительном положении”, а исключительные положения временно упраздняют нормальные гарантии неприкосновенности личности и ее свободы. Это установлено ст. 83 Осн. Зак., последней статьей в главе “о правах и обязанностях российских подданных”, она гласит: “Изъятия из действия в сей главе постановлений в отношении мест-

ностей, объявленных на военном положении или в положении исключительном, определены особыми законами". Однако этих законов у нас пока нет, вместо них у нас действовали временные правила 14 августа 1881 г., о которых сказано выше; они были установлены сперва на пять лет и затем постоянно утверждались опять на определенное число лет. После издания Осн. Зак. 23 апреля 1906 г. срок их истекал 4 сентября того же года, но Высочайшим указом от 5 августа срок действия их был продолжен на один год, до 4 сент. 1907 г. После этого еще два раза срок действия их был продлен на один год; в последний раз указ 28 авг. 1908 г. продлил их действие до 4 сент. 1909 г. Так как в Осн. Зак. прямо сказано, что отклонения от нормального правопорядка, создаваемые военным и исключительным положениями, должны быть определены законами, а у нас пока не изданы законы об исключительных положениях и существуют лишь временные правила с ограниченным сроком действия, то обыкновенно ставят вопрос, согласно ли с Осн. Законами удлинение срока действия этих временных правил Высочайшими указами, изданными не в порядке ст. 87 Осн. Зак. Несомненно, с формальной стороны это есть несоблюдение точного смысла Осн. Законов, но объясняется оно тем, что в данной области законодательства продолжается еще переходное состояние. Надо признать, что издание временных правил об исключительных положениях в порядке ст. 87 Осн. Зак. с обязательством внесения их затем в Государственную Думу в качестве законопроекта представляло бы тоже значительные неудобства.

Возвращаясь к статьям наших Осн. Законов, устанавливающих неприкосновенность личности и свободы, мы должны прежде всего обратить внимание на то, что, как показывает название главы — "о правах и обязанностях русских подданных", которую они составляют, у нас усвоена система установления не только прав, но и обязанностей. В первых двух французских декларациях прав человека и гражданина перечислялись только права граждан, об обязанностях ничего не говорилось, так как на них достаточно настаивал старый режим. Притом само собой подразумевалось, что правам соответствуют обязанности, как обязанностям — права; вероятно, считалось достаточным, что об обязанностях говорило все остальное законодательство. Но когда во время революции обнаружилось непомерное предъявление претензий относительно своих прав со стороны отдельных общественных групп и крайняя забывчивость по отношению к своим обязанностям, то было признано ошибкой то, что декларации

говорили только о правах, но не об обязанностях. Поэтому в третьей французской конституции 1795 г., выработанной конвентом, наряду с правами говорится и об обязанностях граждан: та же система усвоена и конституцией второй республики 1848 г.

У нас из пятнадцати статей 8-й главы Осн. Зак. об обязанностях русских подданных говорят две — 70 и 71-я статьи. Они устанавливают: "Защита Престола и Отечества есть священная обязанность каждого русского подданного. Мужское население без различия состояний подлежит воинской повинности согласно постановлениям закона" (ст. 70). "Российские подданные обязаны платить установленные законом налоги и пошлины, а также отбывать повинности согласно постановлениям закона" (ст. 71). Но этими двумя статьями, конечно, не исчерпываются обязанности русских граждан, как вообще к воинской повинности и уплате податей нельзя свести все обязанности граждан в современном правовом или конституционном государстве. Даже в наших Осн. Зак. можно указать статьи, которые, несомненно, устанавливают другие, более общие обязанности русских граждан. Так, в следующей, 9 главе Осн. Зак. ст. 85 гласит: "Сила законов равно обязательна для всех без изъятия российских подданных и для иностранцев, в Российском государстве пребывающих". Эта норма, выраженная в общем утвердительном суждении, дополняется затем нормой, выраженной в отрицательном и грамматически частном (партикулярном) суждении, заключающемся в ст. 95, именно — "никто не может отговариваться неведением закона, когда он был обнародован установленным порядком". Повиновение законам есть первая и наиболее общая обязанность граждан. В конституционном государстве эта обязанность приобретает особое значение и нравственную санкцию благодаря принципу господства права. На основании его обязанность повиновения законам является взаимной; повиноваться законам обязаны не только граждане, но и все власти и даже сам глава государства; притом каждый должен повиноваться законам и исполнять их в той сфере деятельности, которая ему предоставлена. Так как при современном развитом правопорядке законов очень много и большинство из них устанавливает какую-нибудь обязанность граждан, то количество отдельных обязанностей граждан совершенно необозримо и детальное перечисление их невозможно; да оно и ненужно, так как вело бы лишь к пересказу различных статей законов.

Но если детальное перечисление обязанностей совершенно бесполезно, то их классификация чрезвычайно важна, так как

она дает возможность более рельефно представить себе их главное содержание и гораздо легче обозреть их объем и распространение. Выше мы классифицировали права граждан и установили три категории их, здесь мы должны указать на то, что все обязанности граждан могут быть сведены к двум категориям обязанностей. Граждане обязаны проявлять по отношению к государству, во-первых, верность и, во-вторых, повиновение. Обязанность верности государству с первого взгляда — чисто этическая обязанность. В самом деле, любить свое отечество, защищать его всеми средствами, жертвовать для него всем — это прежде всего высокий нравственный долг. Всякий человек должен получать от своей совести указание на то, в какой мере и в какой степени он должен выполнять этот долг. Но с этой этической обязанностью связаны и известные юридические последствия; здесь гражданину приходится иметь дело не только со своей совестью, но и с известным публичным правопорядком. Публичный правопорядок в современных государствах предписывает также и юридическую обязанность верности. В этом отношении чрезвычайно знаменательна выше цитированная ст. 70 наших новых Осн. Зак., которая устанавливает, что "защита Престола и Отечества есть священная обязанность каждого русского подданного". Здесь при установлении этой публично-правовой обязанности прямо отмечена словом "священная" и ее религиозная, а следовательно, и этическая санкция. Обязанность верности существует одинаково как для обыкновенных граждан, так и для должностных лиц и представителей власти. Для последних выполнение этой обязанности даже гораздо сложнее и труднее. Она не исчерпывается лишь отрицательным требованием — не совершать государственной измены, а заключается в положительных требованиях — везде и всегда служить и способствовать пользе и благу государства, а в этом направлении проявлять свою деятельность имеют, конечно, больше случаев, средств и прямых обязательств представители власти. Поэтому, если всякий должен защищать свое отечество и проливать за него кровь, то власти не должны легкомысленно подвергать государство опасности войны, а тем более не должны вовлекать его в безумные и бесцельные войны. Так же точно, если каждый гражданин должен способствовать всевозможным успехам своего отечества, то представители власти должны прежде всего заботиться о внешнем и внутреннем престиже и авторитете государства, а потому они ни в коем случае не могут пользоваться преступными деяниями в интересах государства, хотя бы временно это было действитель-

но полезно государству, а тем более они не могут принимать на государственную службу лиц, заведомо для них преступных.

Обязанность верности есть по преимуществу гражданская обязанность; только граждане обязаны быть верными своему государству, но не иностранцы, и гражданин никогда не освобождается от этой обязанности даже вне пределов своего отечества. Напротив, обязанность повиновения распространяется на всех пребывающих на территории данного государства, что и выражено в вышецитированной ст. 85 Осн. Зак. Так как эта правовая норма усвоена всеми современными государствами, то из этого следует, что и для русских подданных в случае выезда их за границу обязанность повиновения законам своего государства в значительной мере, хотя и не совсем, прекращается; вместо нее для них наступает обязанность повиноваться законам того государства, на территории которого они находятся.

Обязанностям российских подданных соответствуют их публичные права. Этот принцип открыто признан нашим законодательством, как было уже сказано выше, только начиная с Манифеста 17 октября. Основное право русских подданных есть неприкосновенность личности, постановка которой в нашем современном правопорядке была рассмотрена выше. Наряду с ним и не менее важное значение имеют свободы русских граждан. Они являются абсолютно новыми в нашем законодательстве и характеризуют наш современный правопорядок, созданный государственной реформой 1905—1906 гг., так как старый режим их не знал. Свободы, предоставленные русским гражданам, изложены в пяти статьях 8 главы Осн. Зак. Они устанавливают: "Каждый российский подданный имеет право свободно избирать место жительства и занятие, приобретать и отчуждать имущество и беспрепятственно выезжать за пределы государства..." (ст. 76). "Российские подданные имеют право устраивать собрания в целях, не противных законам, мирно и без оружия..." (ст. 78). "Каждый может в пределах, установленных законом, высказывать изустно и письменно свои мысли, а равно распространять их путем печати или иными способами..." (ст. 79). "Российские подданные имеют право образовывать общества и союзы в целях, не противных законам..." (ст. 80). "Российские подданные пользуются свободою веры..." (ст. 81). Как видно из этих статей, нашими Основными Законами гарантированы русским гражданам все те свободы, которые устанавливаются обыкновенно декларациями прав. В сравнении с декларацией прав 1789 г. наш список свобод даже более полный, так как у нас гаранти-

руется и свобода обществ и союзов. Надо отметить, что подобно статье 17 французской декларации прав 1789 г., ст. 77 наших Осн. Зак. устанавливает: “Собственность неприкосновенна. Принудительное отчуждение недвижимых имуществ, когда сие необходимо для какой-либо государственной или общественной пользы, допускается не иначе, как за справедливое и приличное вознаграждение”. Теперь, однако, несколько изменился взгляд на собственность, и многие под влиянием экономического развития и социалистических учений утверждают даже, что собственность способствует не свободе, а рабству. Однако это не совсем верно, так как только собственность на орудия и средства производства ведет часто к нравственно недопустимой и общественно вредной зависимости, почему она даже современным государством ограничивается социальным законодательством. Напротив, собственность, тесно связанная с личностью и ее проявлениями, способствует только свободе и развитию личности. Такая собственность не будет отменена и в социалистическом строе. Хотя правовое государство, окончательно утвердив абстрактный принцип частной собственности, и виновато в том, что оно допускало и допускает злоупотребления вредными сторонами собственности, но оно оказало и неоценимую культурную услугу человечеству, так как одновременно заставило признать неприкосновенной общественно необходимую и нравственно справедливую собственность. Эта хорошая сторона, гарантирующая неприкосновенность личных прав не иначе, как в известных правовых формах, заключается и в ст. 77 Осн. Зак. Она не допускает лишения имущественных прав по политическим причинам, что применялось у нас, например, при конфискации польских имений после восстаний или в последние годы путем наложения административными властями не предусмотренных законом очень высоких штрафов уже с явным нарушением этой статьи.

Все вышеприведенные статьи, говорящие о свободах граждан, устанавливают их только в принципе. Это вытекает из тех ограничений, которые обыкновенно заключаются во второй части этих статей, процитированных выше с сокращениями. Они довольно однообразно устанавливают, что “ограничения в сих правах” или “условия пользования этою свободою определяются законом”. Ограничения эти заключаются по большей части в нашем общем законодательстве старого режима и часто по существу противоречат новым принципам. Поэтому для действительного осуществления свободы русских граждан необходимо

должно быть детально пересмотрено все наше общее законодательство и изданы новые законы об условиях пользования гражданской свободой. Это одна из важнейших задач нашего народного представительства. Впрочем, и действительное публично-правовое положение русских граждан изменилось благодаря государственной реформе 1905—1906 гг., так как в переходную эпоху был издан и ряд законоположений относительно осуществления отдельных свобод. Все эти законоположения носят название "временных правил", что указывает на их переходное значение и на предполагаемую замену их постоянными законами, изданными с согласия народного представительства; они имеют громадное значение, несмотря на массу их недостатков.

Переходя к более детальному рассмотрению публично-правового положения русских граждан, мы должны прежде всего отметить, что наши Основные Законы, в противоположность другим конституциям, не заключают в себе статьи, формально провозглашающей принцип гражданского равноправия всех русских подданных. Равенство перед судом всех русских подданных у нас установлено еще Судебными Уставами Александра II, и о более последовательном применении его говорится в пункте 3 Высочайшего указа 12 декабря 1904 г.; но полного гражданского равноправия у нас не было и нет. Ст. 76 наших новых Осн. Зак. провозглашает лишь принцип свободы передвижения и избрания места жительства, свободы занятий и приобретения имуществ, а следовательно, ею принципиально установлено и равенство всех по отношению к этим правам. Но фактически ни свободы, ни равенства — этих основных гражданских прав — у нас не существует. В этой свободе у нас и теперь крайне ограничены некоторые инородцы, главным образом евреи, а до последнего времени она не существовала и для широких слоев коренного русского населения, принадлежащего к так называемым податным сословиям. Русские подданные еврейского вероисповедания по общему правилу могут свободно жить и передвигаться только в узких пределах черты еврейской оседлости. Вне ее правом свободного жительства пользуются только евреи — купцы первой гильдии, ремесленники и получившие диплом об окончании высшего учебного заведения. Но и в пределах черты еврейской оседлости евреи могут селиться на постоянное жительство не везде, а только в городах и местечках; кроме того, они ограничены в свободе приобретения некоторых имущественных прав, и им доступны далеко не все виды промыслов и занятий. Государственная реформа и переходное законодательство не внесли в поло-

жение евреев никаких существенных перемен, некоторые облегчения их положения чересчур незначительны и не имеют принципиального значения.

В противоположность этому бывшим податным сословиям и главным образом крестьянскому населению теперь уже в значительной мере предоставлены как свобода передвижения, так и гражданское равноправие. Эта реформа проведена Высочайшим указом 5 октября 1906 г., изданным в порядке ст. 87 Осн. Зак. — "об отмене некоторых ограничений в правах сельских обывателей и лиц других бывших податных состояний". Во вступлении к этому указу сказано, что "за воспоследованием Манифестов Наших от 6 августа и 17 октября минувшего года, призвавших сельское население к участию в законодательстве, предстоит завершить мудрые предначертания Царя-Освободителя на возвещенных Нами началах гражданской свободы и равенства перед законом всех российских подданных". Таким образом, здесь принцип равенства, формально не включенный в Манифест 17 октября и Основные Законы, предполагается установленным ими, что, несомненно, соответствует их общему смыслу и духу. Главное содержание указа 5 октября 1906 г. заключается в предоставлении всем одинаковых прав в отношении государственной службы и в даровании "сельским обывателям", т.е. прежде всего всем крестьянам, права повсеместного жительства без увольнения из сельского общества, права перехода в другие общественные состояния без того же увольнения и права получения бессрочных паспортных книжек.

Свободу собраний, обществ и союзов русские граждане начали осуществлять в 1904—1905 гг. явочным порядком помимо всяких законов и даже вопреки прямым воспрещениям, заключавшимся в законах. Необходимость в этих свободах, несомненно, уже вполне назрела к этому времени и особенно вызывалась исключительностью исторического момента. Ввиду этого законодательные ограничения их становились анахронизмом, и у русских граждан явилось достаточно решимости прямо и открыто осуществлять свои естественные права. С другой стороны, русское правительство оказалось совершенно бессильным бороться с таким настроением русских граждан и с создавшимся благодаря ему положением вещей. Поэтому даже до Манифеста 17 октября Высочайшим указом 12 октября 1905 г. были изданы временные правила об устройстве собраний без испрошения на то, как требовалось раньше, разрешения, а лишь с подачей в известный срок заявления по известной форме и с соблюдением оп-

ределенных обязательных условий. Эти правила затем были более полно и точно формулированы в Высочайшем указе 4 марта 1906 г. "о временных правилах о собраниях". Двумя этими указами вместе с выше цитированной статьей 78 Осн. Зак. и регулируется ныне действующее наше общее право собраний. Временные правила о собраниях проводят различие между частными и публичными собраниями. Частными собраниями считаются те, которые состоят из лиц, лично известных устроителю, или из одних членов какого-нибудь общества и союза, если они происходят не в театрах, концертных залах, зданиях общественных и сословных учреждений или в помещениях, специально предназначенных для публичных собраний. Они могут устраиваться без предварительного заявления или разрешения. Для созыва публичного собрания устроитель должен подать письменное заявление начальнику полиции за три дня до собрания или публикации о нем; если собрание устраивается не в месте постоянного пребывания начальника полиции, то заявление должно быть подано за семь дней. Если собрание угрожает общественному спокойствию и безопасности или преследует противозаконные цели, оно может быть запрещено начальником полиции, о чем устроители должны быть извещены не позже, чем за сутки до назначенного срока. На всяком публичном собрании может присутствовать должностное лицо по назначению губернатора или начальника полиции; в целом ряде случаев, которые формулированы очень растяжимо, это должностное лицо может потребовать, чтобы председатель или устроитель собрания закрыл собрание, или же после двукратного предупреждения само закрыть его. Несколько большая свобода предоставлена подготовительным собраниям избирателей и выборщиков в Государственную Думу. Правила об этих собраниях содержатся в Положении о выборах в Государственную Думу, именно в ст. 76—82.

Свобода обществ и союзов регулируется у нас, кроме вышецитированной статьи 80 Осн. Зак., также Высочайшим указом "о временных правилах об обществах и союзах", изданным 4 марта 1906 г. Обществом, в смысле этих правил, называется соединение нескольких лиц, которое преследует не получение прибыли от ведения общего предприятия, а какую-нибудь идеальную цель. Союз есть соединение нескольких обществ, хотя бы через посредство их уполномоченных. Общества и союзы, преследующие религиозные цели или образуемые учащимися в учебных заведениях из своей среды с разрешения учебного начальства, подчиняются особым правилам. Лица, желающие орга-

низовать общество, должны подать об этом письменное заявление в точно установленной форме губернатору или градоначальнику, который в случае встреченного им препятствия к образованию общества передает заявление на рассмотрение губернского и городского по делам об обществах присутствия. Если в течение двух недель со времени получения заявления губернатором или градоначальником не будет сообщено определение об отказе в удовлетворении заявления с точным указанием оснований этого отказа, то общество может открыть свои действия. Для того чтобы общество пользовалось всеми правами юридических лиц, оно должно быть внесено в особый реестр. В этом случае должен быть представлен устав, составленный с соблюдением известных форм, и губернскому или городскому присутствию для рассмотрения его предоставляется месячный срок. Служащие в правительственных установлениях, казенных и частных железных дорогах и телефонных предприятиях общего пользования, хотя бы они служили по вольному найму, могут образовывать в своей среде общества не иначе, как на основании устава, утверждаемого начальством. Такие общества не могут преследовать политические цели или цели, несовместные с требованием служебного долга и с порядком и условиями службы; соединение их в союзы воспрещается. Особым более стеснительным правилам, чем общие правила об обществах и союзах, подчиняются профессиональные общества. Профессиональными обществами считаются те, которые имеют целью выяснение и согласование интересов, улучшение условий труда своих членов или поднятие производительности принадлежащих им предприятий. Профессиональные общества могут открывать отделения, но не могут соединяться в союзы. В общем, все эти правила так неточно и растяжимо формулированы и предоставляют такие широкие дискреционные полномочия административным властям по отношению к отказу в регистрации и закрытию обществ, что установленный ими “явочный” (заявительный) порядок свелся фактически к “концессионному” (разрешительному). При действии этих правил свобода собраний, обществ и союзов всецело зависит от усмотрения административных властей и от той или иной практики, усвоенной ими. Между тем практика у нас создается пока при действии положений об усиленной и чрезвычайной охране, а при таких условиях “свобода” собраний, обществ и союзов в точном значении этого слова почти совсем упраздняется.

Более свободные условия для печати у нас стали создавать-

ся, начиная с конца 1904 г., тоже сперва фактически без законодательного расширения ее свободы и даже вопреки существующим законодательным и административным ограничениям. Редакторы и издатели газет и журналов начали игнорировать многие из этих ограничений, и правительство было не в силах с этим бороться; это показывало, что ограничения эти являлись анахронизмом и не соответствовали новым условиям жизни. Поэтому правительство решило отменить и формально некоторые из этих ограничений, что и было исполнено Высочайше утвержденным 23 мая 1905 г. мнением Государственного Совета "об изменении и дополнении некоторых из действующих законоположений о печати". После издания Манифеста 17 октября первое время у нас господствовала фактически неограниченная свобода печати для существующих уже органов печати, не подчиненных предварительной цензуре. С целью регулирования и ограничения этой свободы и был издан Высочайший указ 24 ноября 1905 г. "о временных правилах о повременных изданиях". Он был дополнен Высочайшим указом 18 марта 1906 г. "об изменении и дополнении временных правил о периодической печати". Затем 26 апреля 1906 г. был издан Высочайший указ "о временных правилах для неповременной печати". Этими временными правилами вместе с ст. 70 Осн. Зак. и регулируется наше современное законодательство о печати. Ими отменена предварительная цензура, как общая, так и духовная, для повременных изданий, выходящих в городах, и всех неповременных изданий. Цензурные комитеты переименованы в комитеты по делам печати, а цензоры — в членов этих комитетов или в инспекторов по делам печати. Для основания новых повременных изданий разрешительный порядок был заменен явочным. Постановления об административных взысканиях, налагаемых на повременные и неповременные издания, и правила о залогах для них отменены, а ответственность за преступные деяния, учиненные посредством печати, определена в судебном порядке. Каждый номер повременного издания и каждое неповременное издание объемом более пяти печатных листов представляется одновременно с выпуском его из типографии в установленном количестве экземпляров местному установлению или должностному лицу по делам печати. Повременные издания, содержащие в себе рисунки, эстампы и другие изображения, должны представляться не позже, как за 24 часа до их выхода, а неповременное издание не более пяти печатных листов в различные сроки, от двух до семи дней, до их выхода из типографии. Как на отдельные

номера повременного издания, так и на всякое неповременное издание может быть наложен арест, заключающийся в отобрании всех экземпляров, предназначенных к распространению, в том случае, если в издании, подлежащем аресту, содержатся признаки преступного деяния, предусмотренного уголовным законом. Одновременно с арестом вопрос о нем и в подлежащем случае о привлечении виновного к уголовной ответственности должен быть передан на решение суда; суд или утверждает арест, или отменяет его; повременное издание суд может приостановить до судебного приговора или совсем прекратить после него. Несмотря на то что свобода, предоставленная нашей печати этими правилами, далеко не так велика и всякое злоупотребление ею может быть немедленно прекращено судебными и административными властями, даже в этих пределах свобода печати в данное время у нас не существует. Очень большие ограничения создаются для нее благодаря тому обстоятельству, что почти все местности, где выходят наши повременные и неповременные издания, находятся на положении усиленной или чрезвычайной охраны. Обязательными постановлениями, издаваемыми в порядке исключительных положений генерал-губернаторами или губернаторами, между прочим снова введены административные взыскания, налагаемые на печать; в последнее время они практиковались как в виде очень высоких и разорительных денежных штрафов, так и в виде приостановки и полного запрещения издания.

Ограничения свободы веры являются наиболее бессмысленными и безобразными; в эту область, определяемую совестью каждого отдельного человека, государство менее всего имеет право и возможность вторгаться. Но при старом режиме наше правительство не решалось оставить в покое даже совесть русских подданных и отказаться от ограничения прав лиц, принадлежащим к некоторым вероисповеданиям, от преследования раскольников и сектантов и от запрещения переходить из православия в другие вероисповедания. В царствование императора Александра III была введена только некоторая, очень ограниченная терпимость по отношению к старообрядцам. Укрепление веротерпимости было возвещено и в Манифесте Императора Николая II, изданном еще 26 февраля 1903 г. Затем в Высочайшем указе 12 декабря 1904 г. было повелено “подвергнуть пересмотру узаконения о правах раскольников, а равно лиц, принадлежащих к инославным и иноверным исповеданиям, и независимо от сего принять ныне в административном порядке соответствующие

меры к устранению в религиозном быте их всякого, прямо в законе не установленного, стеснения". Наконец, среди свобод, созданных государственной реформой 1905—1906 гг., религиозная свобода естественно явилась первою. Уже 17 апреля 1905 г. был издан Высочайший указ "об укреплении начал веротерпимости". Манифестом 17 октября и вышецитированной ст. 81 Осн. Зак. свобода веры была признана основой нашего нового государственного строя. Так как от отсутствия свободы веры особенно страдали старообрядцы и сектанты, то для действительного осуществления этой свободы особенно важное значение имеет изданный 17 октября 1906 г. на основании ст. 87 Осн. Зак. Высочайший указ "о порядке образования и действия старообрядческих и сектантских общин и о правах и обязанностях входящих в состав общин последователей старообрядческих согласий и отделившихся от православия сектантов". На основании всех этих законоположений и прежде всего указа 17 апреля 1905 г. православные получили право переходить в другие христианские вероисповедания. Лица, перешедшие в православие из нехристианских вероисповеданий, или хотя бы потомки таких лиц, могут возвращаться в свою первоначальную веру или веру своих предков. Между вероучениями, которые прежде назывались одним общим именем "раскол", проведено различие, и они разделены на три группы: 1) старообрядческие согласия, 2) сектантство и 3) последователи изуверных учений, самая принадлежность к которым наказуема в уголовном порядке. Само название раскольников исключено из нашего законодательства, а последователям толков и согласий, приемлющих основные догматы православной церкви, но не признающих некоторых ее обрядов и отправляющих богослужение по старопечатным книгам, присвоено наименование старообрядцев. Старообрядцам и всем другим сектантам, не придерживающимся изуверных учений, разрешено свободное исповедание их веры и отправление религиозных обрядов по правилам их вероучений. Духовным лицам, избираемым общинами старообрядцев и сектантов для отправления духовных треб, присвоено наименование "настоятелей и наставников", и они наделены всеми правами духовных лиц других вероисповеданий. Этим духовным лицам разрешено свободное отправление богослужений и всех духовных треб как в частных и молитвенных домах, так и в иных случаях, с воспрещением лишь в некоторых случаях надевать священнослужительское платье. Распечатаны все молитвенные дома, закрытые как в административном порядке, так и по определению судебных

мест, и разрешен ремонт старых и постройка новых молитвенных домов и церквей всех христианских вероисповеданий при условии соблюдения известных правил. Установлено, что в учебных заведениях всякого рода в случае преподавания в них Закона Божия инославных христианских исповеданий это преподавание должно вестись на природном языке учащихся и должно быть поручаемо лицу того же вероисповедания.

Старообрядческие и сектантские общины подчинены не общим правилам об обществах и союзах 4 марта 1906 г., а особым, установленным указом 17 октября 1906 г.; необходимость особых правил вытекала из того обстоятельства, что старообрядческие и сектантские общества, состав которых до известной степени определяется принадлежностью к определенной секте или вероучению, естественно должны иметь отчасти публично-правовой характер. Публично-правовой характер этих общин выражается в том, что некоторые лица при известных условиях являются обязательно их членами. Так, не может быть отказано в приеме в общину, образуемую на основании указа 17 октября 1906 г., лицам, входившим до издания этого указа в состав того старообрядческого общества, из членов которого образуется община. Некоторые лица являются членами общины по рождению, именно лица, записанные в книгу рождений общины. Соответственно этому старообрядческие и сектантские общины наделены особыми правами и обязанностями. Между прочим, государство их уполномочивает и обязывает исполнять некоторые функции, которые в других случаях исполняют должностные лица государства или представители государственной церкви. Так, например, членам этих общин, главным образом их духовным лицам, поручено вести книги гражданского состояния старообрядцев и сектантов.

Осуществление различных свобод мы могли здесь рассмотреть только в самых общих чертах, поскольку им определяется общее положение граждан и отношение их к государству в целом. Исследование детальных юридических вопросов, возникающих при этом осуществлении, есть дело не государственного, а отчасти процессуального и главным образом административного права.

Подводя итоги и давая общую характеристику публично-правового положения русских граждан, мы должны признать, что неприкосновенность и свобода личности далеки еще у нас от полного осуществления. Последнему особенно мешают “исключительные положения”, распространенные на столицы и большинство наиболее центральных и культурных мест империи.

Но даже в данный момент, при крайне ненормальных условиях переходного состояния, все-таки заметна принципиальная перемена, происшедшая в правовом положении русских граждан; теперь даже в местностях, объявленных на положении усиленной и чрезвычайной охраны, русские граждане пользуются большими правами и свободой, чем они пользовались до 1903 г. Конечно, при существовании этих положений невозможно сколько-нибудь нормальное осуществление прав и свобод граждан, и потому надо пожелать возможно более скорого снятия их и освобождения от них всех местностей империи. Это будет зависеть от поведения и деятельности нашего народного представительства. От Государственной Думы будет зависеть и действительное осуществление свобод на основании тех временных правил, которые были изданы в 1905—1906 гг., а также их дальнейшее законодательное обеспечение и развитие. Все эти временные правила должны быть заменены постоянными законами, как это было предусмотрено при самом издании их. Во второй Думе в своей программной речи председатель Совета Министров развил систематический план тех законопроектов, которые правительство намерено внести в Думу для действительного обеспечения гражданской свободы и осуществления правового строя; в третьей Думе об этом намерении правительства было подтверждено, хотя уже и не так определенно. Но третья Дума уже принялась за разработку законопроектов о свободе вероисповедания и об организации старообрядческих общин, и эти вопросы она в общем решила удовлетворительно.

Однако неприкосновенность личности и свободы будут неизменно осуществляться у нас только тогда, когда они будут гарантированы как субъективно-публичные права русских граждан. Для сообщения им этого формально-юридического свойства мало еще одних законов о свободах, а нужны также правильные законы об ответственности должностных лиц. Эти последние законы должны предоставить каждому гражданину, субъективно-публичное право которого нарушено, возможность преследовать нарушившее его должностное лицо в уголовном и гражданско-правовом порядке, предъявляя к нему иск о возмещении убытков. Только такое юридическое обоснование прав личности делает их действительно неприкосновенными.

Надо не забывать, что все это может быть достигнуто только путем спокойной и упорной настойчивости в преследовании определенной цели; цель эта в дальнейшем мирном развитии нашего конституционного строя.

Н. М. КОРКУНОВ

РУССКОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

ОТДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ
ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАКОННОСТИ УПРАВЛЕНИЯ

ГЛАВА I
СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ И ПРАВО ПЕТИЦИЙ

§ 62. Способы обеспечения законности

Известное обеспечение законности управления дается уже самим его устройством. В предыдущих отделах особенной части было указано, насколько законность управления обеспечивается обособлением законодательства от управления, верховного управления от управления подчиненного, установлением органов самоуправления, соответственным устройством отдельных учреждений, определением пределов их власти, указанием определенных форм и условий их деятельности, подлежащим подбором их личного состава. Но все эти гарантии еще недостаточны сами по себе для полного обеспечения законности. Государственным учреждениям в их деятельности приходится сталкиваться с слишком сильными интересами, личными и политическими, для того, чтобы одной подходящей их организацией можно было обеспечить строгую, неуклонную правомерность их деятельности. Как бы целесообразно и тщательно ни была устроена организация управления, в отдельных случаях все-таки возможны ошибки и злоупотребления. Заинтересованные лица и партии всегда найдут средство или ввести должностных лиц в заблуждение относительно действительных обстоятельств дела, или склонить их на свою сторону.

Для того чтобы юридические нормы, определяющие деятельность государственных учреждений, не были лишены санкции, не были leges imperfectae, чтобы самое начало законности управления не получило бы на деле значения лишь доброго намере-

ния, необходимо организовать особые средства и органы надзора за законностью управления.

Надзор за законностью в применении к управлению проявляется в двух существенно различных формах: в форме контроля над личными действиями отдельных должностных лиц и в форме контроля над деятельностью собственно государственных учреждений. Основанием этого различия служит различие самих причин того, что при осуществлении функций власти совершаются нарушения закона. Причиной этого может быть, во-первых, нарушение должностными лицами своего служебного долга. В таком случае правонарушение совершается по их личной вине, и они несут за него личную ответственность. Во-вторых, и независимо от какой-либо вины должностных лиц, действиями органов власти могут быть нарушены права, если основанием этих действий служит неверное представление о фактических обстоятельствах дела или ошибочное истолкование закона. Если несогласное с истиной установление обстоятельств дела или неправильное истолкование закона не было следствием нарушения должностными лицами их служебного долга, личная их ответственность не может иметь места. Правонарушительное действие при таких условиях должно быть почитаемо не личным действием участвовавших в нем лиц, а действием самого учреждения, как органа власти. Так как для потерпевшего от правонарушения безразлично, как нарушено его право, с нарушением должностными лицами своего служебного долга или нет, так как и в том и в другом случае незаконное действие остается незаконным, то надзор за законностью должен распространяться и на эти случаи.

Особенный вид надзора за законностью управления составляет финансовый контроль. Порядок производства расходов, а равно поступления доходов определяется, конечно, законом. Поэтому и финансовый контроль есть только частный вид надзора за законностью управления. Но в этой области технические особенности получают такое значение, что для финансового контроля везде устанавливаются особенные формы и особые органы, и предмет этот требует особого рассмотрения.

Личная ответственность должностных лиц находить себе применение во всех отраслях управления. В этом отношении по общему правилу нет различия между верховными и подчиненными управлениями. И должностные лица верховного управления несут ответственность за возможные нарушения их служебного долга. Напротив, надзор за законностью действий самих органов власти применим только к подчиненному управлению и самоуправ-

лению. К верховному управлению, как свободному проявлению власти, он неприменим. Не только акты законодательные, но и акты верховного управления в тесном смысле слова не допускают никакого обжалования. Возможность обжалования предлагает подчинение, а самое понятие верховного управления исключает всякое подчинение.

Но, конечно, и акты верховного управления могут оказаться в их применении нецелесообразными и несправедливыми, могут нарушать, и иногда безо всякой в том нужды, существенные интересы граждан, вызывать поэтому недовольство и нарекания. Верховное управление должно заботиться о том, чтобы его действия не стесняли без действительной в том надобности индивидуальную и общественную деятельность, чтобы они соответствовали действительным потребностям государства и сложившимся в обществе понятиям справедливости. А судить о том, насколько в действительности их деятельность удовлетворяет этим требованиям, органы верховного управления будут в состоянии лишь в том случае, если они будут осведомлены о всех тех жалобах и нареканиях, какие вызывает на практике осуществление их распоряжений. Это приводит к установлению так называемого права петиций, т.е. права граждан обращаться к верховной власти со всякого рода жалобами и прошениями, с указанием на несовершенство существующего порядка.

§ 63. Право петиций[1]

Так как право петиций имеет своей целью дать возможность гражданам доводить до сведения органов верховного управления о всякого рода недостатках действующих законов и в частности о таких злоупотреблениях, небрежностях, ошибках органов подчиненного управления, которые не могут быть устранены установленными способами контроля и обжалования, то осуществление права петиций не может быть обставлено никакими формальными условиями. Наибольшее значение права петиций может иметь место именно в случае совершенно непредусмотренных законодателем возможных злоупотреблений органов власти или недостатков самого законодательства. Поэтому, прежде всего, нельзя определить наперед предмет, содержание петиций. Содержание петиций может составить всякая несправедливость, всякая нужда, всякая потребность. Затем, так как претерпевать несправедливости и нужду и иметь потребности может всякий, то и право

[1] *Коркунов*. Ср. Очерк госуд. права иностр. держав. I, 1890 г., стр. 68.

петиций должно быть предоставлено всем без всяких ограничений. По общему правилу и положительное право в таком смысле разрешает этот вопрос. Так, прежде всего не устанавливается для пользования этим правом никаких ограничений ни по полу, ни по возрасту. Исключение составляет только итальянская конституция, где осуществление права петиций обусловлено достижением совершеннолетия. Затем большинство конституций не обусловливает право петиций и подданством, предоставляя это право иностранцам. Во Франции принимают даже петиции от иностранцев, вовсе не живущих во Франции. Наконец, правом петиций пользуются и лица, лишенные прав по судебному приговору.

В государствах конституционных, где имеется представительное собрание, петиции подлежат его рассмотрению. И действительно, представительное собрание — самый подходящий орган для выполнения этих функций. Составленное из представителей всех разнообразных местностей, оно располагает полною возможностью с полным знанием дела обсудить каждую такую петицию и оценить ее по достоинству. Вместе с тем, являясь учреждением по преимуществу законодательным, оно естественно будет всегда ревниво оберегать авторитет выработанных им самим законов, давая ход лишь таким петициям, которые действительно заслуживают уважения. К тому же многочисленный состав представительных собраний дает возможность выделить специальные комиссии для внимательного предварительного рассмотрения всех поступающих петиций. И, наконец, что самое важное, личный состав собрания, слагающегося из представителей народа, приводит к тому, что содержащиеся в петициях жалобы на злоупотребления органов подчиненного управления обсуждаются не на основании данных, представляемых теми же самыми органами, а на основании непосредственного знакомства народных представителей с действительными условиями общественного быта данной страны.

В монархии неограниченной, при отсутствии народного представительства, петиции естественно обращаются к самому монарху, как единому носителю верховной власти. У нас для приема прошений, на Высочайшее имя приносимых, существует особое учреждение — Канцелярия для принятия прошений. Первоначально это учреждение состояло при нашем законодательном органе.

По образованию 1810 г. при нашем государственном совете была учреждена особая Комиссия прошений, под председательством одного из членов государственного совета из лиц по Вы-

сочайшему назначению. Для приема прошений был назначен особый статс-секретарь, который все полученные прошения должен был вносить в комиссию. Статс-секретарь был членом этой комиссии и вместе с тем управлял ее письмоводством. Прошения, приносимые на Высочайшее имя, разделялись на три категории: 1) жалобы, 2) прошения о наградах и милостях и 3) проекты. По закону 1810 г. жалобы допускались только на высшие начальства и места, а именно, на министров и на департаменты сената и то лишь "впредь до окончательного устройства судебной части". Жалобы на решения общего собрания сената были вовсе воспрещены. Прошения о наградах допускались только, если они подавались с ведома начальства просителя. Прошения о милостях должны были относиться единственно к единовременным подаяниям. Но круг дозволенных прошений был скоро значительно расширен. В 1820 году Высочайше утвержденным журналом комиссии прошений допущено было принятие жалоб и на решения общего собрания сената: 1) по делам об отыскании свободы крестьян из помещичьего владения и 2) в случае особого на то Высочайшего соизволения. Вместе с тем на практике допускались, как это видно из установленного в 1828 г. распределения дел между отдельными экспедициями канцелярии статс-секретаря, жалобы и на государственный совет, и на комитет министров, и на св. синод.

Жалобы на решения судебных мест допускались прежде только как временная мера, до преобразования судебной части. Но так как предположенного преобразования не состоялось, то на деле эти жалобы все более и более расширялись и составили главный предмет деятельности комиссии, так как она сделалась сама как бы судебной кассационной инстанцией.

В 1835 году было издано новое Учреждение комиссии, внесшее весьма существенные изменения. Комиссия была отделена от государственного совета и поставлена в непосредственное ведение Государя Императора. Но еще важнее были изменения в круге ведения. Между тем как по Образованию 1810 г. жалобы на определения сената допускались только в виде временной меры, Учреждение 1835 г. жалобы на неправильные решения и действия высших судебных мест ставит во главе предметов ведения комиссии. Рассмотрение жалоб на общее собрание сената было допущено и без особого на то Высочайшего повеления, если дело касалось: 1) отыскания дворянства, 2) ограждения прав малолетних или умалишенных и 3) ограждения прав свободного состояния от крепостного владения. При этом комиссия, если в ней состоится единогласное заключение, могла от-

казать в удовлетворении жалобы, не доводя дела до Высочайшего сведения. Если же в комиссии происходило разногласие, или комиссия полагала уважить жалобу, то требовалось представить заключение комиссии на Высочайшее усмотрение. Впрочем, комиссия не постановляла сама решений по существу дела, а только постановляла о перенесении дела на рассмотрение высшей инстанции. Дела, решенные в департаментах сената, переносились, таким образом, в высшее собрание сената; дела, решенные в общем собрании — в государственный совет; дела, решенные в министерствах — также в государственный совет или в комитет министров, смотря по роду дела. Что же касается дел, уже решенных Высочайше утвержденным мнением государственного совета, то жалобы по ним допускались не на самое решение, а только "на противное событию изложение в оных обстоятельствах дела", и если "по сличении представленной просителем копии с решением комиссия находила приведенные им доказательства основательными, тогда о существе сих доказательств доводила до Высочайшего сведения и ожидала дальнейших Высочайших повелений".

Кроме жалоб на высшие судебные и правительственные места, в комиссию могли подаваться, как и прежде, прошения наград или милостей и прошения с представлением проектов.

Такая постановка комиссии, как особого учреждения, образующего как бы высшую судебную инстанцию, вызывалась тем, что тогда "отправление правосудия и самый административный строй, при несовершенстве общего законодательства, вызывали необходимость облегчить населению доступ к защите и милосердию Монарха. Благотворные реформы царствования Александра II во многом существенно улучшили условия народной жизни и обеспечили в должной мере правду в судах, устранив таким образом уважительность поводов непосредственного обращения к Верховной Власти с различного рода ходатайствами, в особенности, по предмету пересмотра или отмены судебных решений вне установленных для сего общими законами правил". Эти соображения и послужили основанием к возбуждению вопроса об изменении организации комиссии и круга ее ведомства.

По вопросу об организации учреждения, предназначенного для принятия прошений на Высочайшее имя, как в особой комиссии, утвержденной в 1883 г., так и в государственном совете при обсуждении там этого вопроса в 1884 г. произошло разногласие. Два члена государственного совета, в том числе и бывший статс-секретарь у принятия прошений, князь Долгорукий, находили необходимым сохранить коллегиальное устройство

этого учреждения. Но решительное большинство, 44 члена, высказались за замену коллегиального учреждения бюрократически устроенной канцелярией прошений ввиду того, что коллегиального обсуждения требуют только жалобы на определения старых департаментов сената. Между тем эта категория жалоб представляется лишь временной: с повсеместным введением судебных уставов она должна исчезнуть вовсе, и поэтому для обсуждения этих жалоб удобнее при сенате организовать временное присутствие. Вместе с тем были выработаны и новые правила о порядке принятия и рассмотрения прошений. Мнение большинства удостоилось Высочайшего утверждения, но только в виде временной меры на один год и с тем, чтобы временное присутствие было учреждено не при сенате, а при государственном совете. Но по истечении года действие этих правил было продолжено, и затем 21 марта 1890 г. они были утверждены, с весьма незначительными изменениями, как постоянные.

По закону 21 марта 1890 г. (6.647), на Высочайшее имя могут быть принимаемы: 1) жалобы на департаменты сената, кроме кассационных; 2) жалобы на постановления высших государственных установлений, кроме сената, когда жалоба приносится по делам не судебным и притом не по существу дела, а собственно на противное событию изложение в постановлении обстоятельств дела (под высшими установлениями разумеются здесь: государственный совет, комитет министров, св. синод, министерство двора и опекунский совет, собственные Е.И.В. канцелярии, ведомство Императрицы Марии); 3) жалобы на действия и распоряжения министров, главноуправляющих и генерал-губернаторов, когда они не подлежат по закону обжалованию сенату; 4) прошения о даровании милостей, не подходящих под действие общих законов, когда сим не нарушаются ничьи ограждаемые законом интересы и гражданские права, и 5) прошения о помиловании и смягчении участи лиц, осужденных при отбывающих наказания (Учр. Канц. Прош., ст. 9, по прод. 1895 г.). Перечисление это, однако, не совсем полно. По упразднении III отделения собственной Е.И.В. канцелярии Высочайшим повелением 25 ноября 1881 года на бывшую комиссию прошений возложено было рассмотрение дел о семейных несогласиях. Количество таких дел очень значительно: их поступает ежегодно около 1500. При преобразовании в 1884 г. комиссии прошений в канцелярию прошений государственным советом было признано необходимым, впредь до издания о том особого закона, возложить рассмотрение этих дел на канцелярию прошений, но

“упоминать об этом в узаконении, имевшем определить ее постоянную компетенцию, было признано неудобным”[1].

Все жалобы и прошения поступают к главноуправляющему канцелярией Его Императорского Величества по принятию прошений, на Высочайшее имя приносимых (ст. 2). Жалобы и прошения приносятся не иначе, как от имени и за явственною подписью лица, от коего подана просьба, с указанием места жительства и с означением переписчика, когда просьба написана чужою рукою (ст. 11). Не допускаются жалобы и прошения, писанные беспорядочно или бессмысленно, на клочках бумаги, или с неприличными выражениями, а также изложенные в телеграммах (ст. 15, пп. 6 и 7). До 1890 года относительно телеграмм не было запрещения, но государственный совет нашел, что такая форма “вовсе не приличествует обращению к Священной Особе Монарха”[2]. Относительно содержания требуется, чтобы прошения и жалобы не заключали в себе несколько разных отдельных один от другого предметов, имеющих или долженствующих иметь особые производства. К жалобам на департаменты сената и на высшие государственные установления должно быть приложено свидетельство о времени объявления обжалованного постановления. Через поверенных подача жалоб и прошений вообще не допускается. Исключение составляют только два случая: 1) если в деле участвуют несколько лиц и 2) в делах, относящихся до целого сословия, общества или общественного установления (ст. 12). Для жалоб на постановления высших государственных установлений определен четырехмесячный срок (ст. 15, п. 4).

Если прошение или жалоба не удовлетворяет какому-нибудь из этих условий, они оставляются вовсе без рассмотрения. Кроме того, главноуправляющий оставляет без последствий не подвергая на Высочайшее усмотрение: 1) жалобы на места низшие и средние, а также по предметам, по которым в общем законном порядке следует обращаться к служебному начальству или к установленным ведомствам и учреждениям; 2) жалобы и прошения, заключающие в себе повторение всеподданнейшего ходатайства, оставленного без последствий, если притом в подкрепление оного не приведено вновь открывшихся обстоятельств, подтвержденных достоверными доказательствами; 3) прошения служащих о наградах, приносимых без ведома их начальств; 4) жалобы на увольнение от должности без объяснения причин; 5) про-

[1] Отчет госуд. совета за 1874 г., стр. 74.
[2] Отчет госуд. совета за 1890 г., стр. 8.

шения об исключении из послужных списков отметок о наложенных взысканиях; 6) подлежащие рассмотрению комитета министров прошения о назначении пенсий за особые служебные отличия и заслуги, и, наконец, 7) вообще жалобы и прошения, которые не перечислены в законе, как подлежащие подаче на Высочайшее имя (ст. 16).

Жалобы на определения департаментов сената препровождаются в особое присутствие при государственном совете (ст. 17). По жалобам на высшие государственные установления испрашивается Высочайшее разрешение или на оставление их без последствий, или на внесение дела в то высшее установление, на постановление которого принесена жалоба (ст. 18). По жалобам на министров, главноуправляющих и генерал-губернаторов испрашивается Высочайшее разрешение на оставление их без последствий или на внесение дела в государственный совет, в комитет министров или сенат по принадлежности (ст. 19). При этом Государю Императору представляются и доставления по содержанию жалоб объяснения министров. При рассмотрении всех этих жалоб главноуправляющий канцелярией прошений присутствует в заседаниях государственного совета, комитета министров и сената (ст. 20). Прошения о милостях, сопряженных с изъятием из закона, либо с интересом казны, или оставляются главноуправляющим без последствий, или передаются подлежащему министру. В случаях особой важности испрашивается Высочайшее повеление на передачу прошения министру для доклада Его Величеству или на внесение дела в комитет министров или в государственный совет. Прошения о всякого рода иных милостях докладываются Государю Императору главноуправляющим, в порядке, определенном по непосредственному указанию Его Величества (ст. 21, 22).

Прошения о помиловании препровождаются к министру юстиции или к военному и морскому министру, если дело касается лиц, осужденных военными и морскими судами (ст. 23).

По требованию главноуправляющего, все ведомства сообщают необходимые для разрешения прошений и жалоб сведения и предъявляют для обозрения подлинные производства и уведомляют о положении дел, переданных им (ст. 27, 28).

При преобразовании комиссий прошений в канцелярию канцелярия эта была присоединена к Императорской главной квартире с подчинением командующему квартирой. Но законом 26 февр. 1895 года (собр. указ. 242) канцелярия прошений отделена от главной квартиры и является самостоятельным установлением под управлением главноуправляющего, подчиняющего-

ся непосредственно Государю Императору. Должность главноуправляющего канцелярией прошений не может быть соединена с другою должностью министра или главнокомандующего. При главноуправляющем состоит его товарищ. Распределение занятий и внутренний порядок делопроизводства в канцелярии устанавливаются инструкцией главноуправляющего.

ГЛАВА II
АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ[1]

§ 64. Понятие административной юстиции

Для разрешения споров о законности распоряжений органов администрации и самоуправления организуются обыкновенно особые учреждения — административные суды. Деятельность этих административных судов и дает содержание понятию об административной юстиции.

Чем же обусловливается существование особой административной юстиции наряду с общей юстицией гражданской и уголовной? Вопрос этот со стороны различных представителей науки государственного права находил себе неодинаковое разрешение. Одни относятся к административной юстиции совершенно отрицательно, видя в ней лишь ничем не оправдываемое стеснение компетенции обыкновенных судов, уголовных и гражданских, и полагая, что для обеспечения законности в управлении необходимо совершенное упразднение особых административных судов и предоставление надзора за законностью управления всецело и исключительно обыкновенным судам. Другие признают, напротив, существование административной юстиции необходимым, усматривая в ней то гарантию должной самостоятельности административной власти, то единственное надежное обеспечение законности управления.

Положительные воззрения на существо административной юстиции сводятся к двум существенно различным теориям: французской и немецкой. Основное различие их в том, что французская теория видит основание административной юстиции в принципе разделения властей судебной и исполнительной, немецкая,

[1] *Коркунов*. Очерк теорий административной юстиции. Журн. гражд. и угол. права, 1885. *Его же*. Административные суды в Пруссии. Журн. гражд. и угол. права, 1880, № 5 и 6. *Куплевасский*. Административная юстиция во Франции, 1878. *Тигранов*. К вопросу об административной юстиции в России. Журн. гражд. и уголов. права, 1891, № 2.

— в различии частного и публичного права. Французская теория исходит из предположения, что разделение власти исполнительной и судебной, и в частности независимость исполнительной власти от судебной, требует, чтобы органы судебной власти не могли требовать отчета от органов власти исполнительной и чтобы для этого надзор за законностью управления был предоставлен не обыкновенным судам, а особым коллегиальным учреждениям, принадлежащим к составу администрации и от нее зависимым. Французская теория относит поэтому к административной юстиции те дела, в которых субъект правонарушения есть административный орган, не могущий, якобы, в силу принципа разделения властей подчиняться контролю судебной власти. Немецкая теория, напротив, находит основание для обособления административной юстиции не в особенностях субъекта правонарушения, а в особенностях объекта. Как для охраны гражданских прав существуют суды гражданские, так для органа публичных прав должны существовать особые административные суды, для которых требуются те же гарантии независимости, как и для судов уголовных или гражданских.

Согласно французской теории, существование административной юстиции требуется в интересах административной власти, ради того, чтобы она не подчинялась суду, чтобы предоставить ей большой простор, большую свободу. Административная юстиция с этой точки зрения — привилегия администрации и вместе с тем стеснение прав суда, а следовательно, и прав граждан. Считая задачей административной юстиции обеспечение возможной свободы административной деятельности, французская теория сама собой приводила к стремлению изъять органы администрации от контроля обыкновенных судов по всем вообще делам, к чрезмерному, следовательно, расширению сферы административной юстиции, относила к ведению ее и чисто гражданские дела, раз стороной в деле являлся административный орган. Вместе с тем административные суды, при таком взгляде на административную юстицию должны быть организованы в полной зависимости от администрации, должны быть поставлены в те же условия подчиненности, как и все вообще административные учреждения. И действительно, французское законодательство предоставляет функции административной юстиции советам префектуры в первой инстанции и государственному совету — во второй. И совет префектуры, и государственный совет составляются из лиц вполне зависимых от административной власти, не пользующихся судейской несменяемостью. А между тем к ведению этих учреждений отнесены некоторые чисто гражданские дела.

Понятно, что такая постановка административной юстиции породила убеждение, что весь институт этот есть только порождение деспотизма; что его развитие — верный признак реакции; что обеспечение законности возможно только при совершенном упразднении всякой административной юстиции. Это отрицательное отношение к административной юстиции в той ее форме, какую она получила во Франции, подкреплялось еще и тем, что в основу французской теории административной юстиции положено было, очевидно, неправильное начало. Признать, что разделение властей административной и судебной не допускает распространения судебного контроля на действия администрации, равносильно признанию того, что судебные функции в отношении к делам, в которых заинтересована администрация, должны выполняться не судом, а администрацией. Но это, конечно, приводит к отрицанию принципа разделения властей, к совершенному смешению административной и судебной функции. И во Франции такое странное толкование принципа разделения властей было принято только по политическим соображениям. В революционную эпоху относились недоверчиво к судьям, видя в них представителей консервативного направления и опасаясь, что если предоставить им право контроля над деятельностью администрации, они воспользуются им для противодействия проведению в жизнь революционных идей.

Нельзя не заметить при этом, что французская теория административной юстиции неразрывно связана с системой административной централизации и опеки. Только господствующая над всем и все опекающая административная власть, живое воплощение “единого и нераздельного народного верховенства”, всех и все подчиняя этому высшему принципу государственной жизни, может требовать и присвоить себе такую широту независимости, чтобы быть сама себе судьей в своих делах. Все опекая, администрация все и подчиняет себе. Но замените эту систему децентрализацией, самоуправлением, и такая постановка дела окажется невозможной. Община, округи, провинция, сами представители местных, следовательно, частных интересов, они сами могут в своей деятельности, в своих стремлениях придти в столкновение с общей государственной идеей. Органы самоуправления не могут поэтому притязать на подобное независимое положение. Уже самое существование нескольких самоуправляющих единиц делает необходимым в общих государственных интересах надзор за ними. Таким образом, понятно, что французская теория, в последовательном ее развитии, приводит к при-

знанию несовместимости административной юстиции с самоуправлением.

Эти особенности постановки административной юстиции во Франции вполне объясняют господствовавшее прежде в литературе отрицательное к ней отношение. Но более внимательное изучение условий административной деятельности показало, что обеспечить вполне законность управления только деятельностью уголовных и гражданских судов представляется в действительности невозможным.

Уголовный суд имеет дело только с преступными деяниями, и уголовное преследование необходимо предлагает личную вину должностных лиц. Во всех тех случаях, где незаконное распоряжение состоялось без нарушения со стороны должностных лиц их служебного долга, а следовательно, без всякой вины с их стороны, уголовная ответственность не может иметь места. Незаконное действие должно быть при таких условиях признано действием учреждения, а учреждение не может подлежать уголовной ответственности. Гражданская ответственность применима не к одним только физическим лицам, а также и к лицам юридическим. Поэтому и в тех случаях, когда незаконное распоряжение не имеет своим основанием нарушения участвовавшими в нем должностными лицами своего служебного долга и когда, следовательно, оно признается действием учреждения, гражданский иск может иметь место. Тут или само учреждение может быть признано отдельным юридическим лицом и как таковое явится граждански ответственным за свои действия, нарушающие чужие права, или же учреждение может быть признано лишь органом государства, также являющегося в сфере гражданских отношений самостоятельным субъектом. Тогда ответчиком по гражданскому иску по поводу данного незаконного распоряжения явится целое государство, как субъект гражданских прав, как казна.

Но и гражданская ответственность не может обнять собою всех возможных незаконных действий администрации. Гражданская ответственность предполагает или прямо нарушение гражданского права, вызывающее иск о восстановлении нарушенного гражданского права, или такое незаконное действие, которым причиняется кому-либо имущественный, оценимый на деньги ущерб. Между тем администрация в своей деятельности может нередко совершать важные нарушения публичных прав граждан, не связанные ни с каким имущественным вредом. В таких случаях и гражданский иск не может иметь места, а нарушающее публич-

ные права распоряжение все-таки остается незаконным, а следовательно, требующим соответствующих средств для восстановления нарушенных прав.

Вот в этой недостаточности гражданской и уголовной ответственности немецкие юристы, с Шталем и Гнейстом во главе, и видят основание к существованию административной юстиции. Для них административная юстиция есть усиление контроля над администрацией и самоуправлением, расширение судебного контроля на обширную область публичного права, не входящую в сферу компетенции гражданских судов, вооружение, так сказать, и публичных прав граждан правом иска. Так как, с точки зрения немецкой теории, административная юстиция является не средством обеспечения свободы действия исполнительной власти, а высшим обеспечением законности, то она и не считает необходимою принадлежностью органов административной юстиции зависимость их от администрации. Напротив, она требует и для административных судов независимости и самостоятельности. Контроль над законностью управления, говорит Гнейст, может быть поручен только коллегиям с независимыми членами и с формальной процедурой.

Эти воззрения на административную юстицию нашли себе выражение в новом прусском законодательстве. Законами 1872—1875 годов там организованы три инстанции административного суда: уездная управа (Kreisausschuss), окружная управа (Bezirksausschuss) и высший административный суд (Oberverwaltungsgericht). Уездная управа служит одновременно и органом административного суда, и активного управления, но при разборе судебных дел она действует с применением форм судебной процедуры. Под председательством назначаемого королем, но непременно из местных жителей, ландрата, она слагается из шести выбираемых уездным земским собранием членов. Окружная управа есть одновременно орган административного суда и орган надзора за целесообразностью актов самого правления. Она составляется, под председательством губернатора (Regierungspräsident), из шести членов, из которых двое назначаются пожизненно королем, а четверо избираются провинциальным ландтагом. Наконец, высший административный суд есть уже исключительно орган административной юстиции и состоит только из назначаемых королем, но зато несменяемых членов. Таким образом, органы административной юстиции поставлены в Пруссии довольно независимо от органов активной администрации.

В основе немецкой теории лежит несомненно правильная мысль. Понятие административной юстиции может быть внесено только в связи с различием частного и публичного права. Но едва ли правильно, как это делают немецкие публицисты, видеть особенность административной юстиции собственно в свойстве нарушенного права, в свойстве объекта правонарушения, служащего основанием к возбуждению административного иска. Ведь различие уголовной и гражданской судебной охраны определяется не свойством нарушенного права, а свойством самого правонарушения и связанных с ним последствий. Нарушение одного и того же права, напр., имущественного, может влечь за собою одновременно и гражданскую, и уголовную ответственность. И нарушение публичного права гражданина, напр., незаконное лишение свободы, может послужить основанием для гражданского иска о вознаграждении за причиненный тем материальный вред. Нечего уже и говорить, что нарушения публичного права зауряд составляют уголовно наказуемые деяния. Поэтому и разграничение административной юстиции от уголовной и гражданской может быть основано не на особенности нарушаемых прав, а на особенностях последствий правонарушения, осуществляемых административным иском.

Основное последствие правонарушения, осуществляемое административным иском, составляет отмена незаконного распоряжения.

Правда, и в гражданском процессе возникают нередко вопросы о признании тех или других действий ничтожными. Но там эти вопросы не имеют самостоятельного значения. Дело в том, что принудительное осуществление гражданских прав допускается не иначе, как при содействии суда. Поэтому признание ничтожности гражданской сделки имеет значение лишь как условие какого-либо возражения или притязания стороны. Административное распоряжение может быть, напротив, принудительно осуществляемо самою административною властью без обращения к суду. Поэтому даже самый факт издания незаконного распоряжения уже составляет правонарушение, уже создает неправомерное состояние. Неповиновение распоряжению администрации, в законности которого гражданин сомневается, но которое затем судом признается законным, влечет за собой для неповиновавшегося уголовную ответственность. В силу этого разрешение вопроса о законности или незаконности данного административного распоряжения во многих случаях само по себе представляет весьма серьезный имущественный интерес, и необходимо уста-

новить определенный порядок, в каком заинтересованные лица могли бы добиться разрешения этого вопроса. По всему этому отмена незаконных распоряжений администрации получает особенное и вполне самостоятельное значение.

Но если наряду с гражданским и уголовным иском следует установить еще особый административный иск, направленный на отмену незаконных административных распоряжений, то спрашивается, есть ли основание для рассмотрения таких административных исков устраивать особые административные суды?

Не проще ли и не лучше ли в интересах обеспечения законности управления предоставить рассмотрение и административных исков судам обыкновенным.

Необходимость существования особых административных судов обусловлена тем, что ни устройство, ни порядок производства уголовных и гражданских судов не соответствуют особенному характеру административных исков.

Так, прежде всего, совершенно непригоден для осуществления административной юстиции исключительно профессиональный состав гражданских судов. Дело в том, что административные распоряжения представляются не только осуществлением права, но и выполнением обязанности. Администрация и самоуправление не только могут, но и должны действовать и притом действовать согласно тем целям, какие указаны им верховным управлением. Они не могут не осуществлять предоставленных им полномочий власти или осуществлять их несогласно тому назначению, ради которого полномочия эти им предоставлены. Поэтому для полноты судебного контроля за деятельностью управления необходимо не ограничивать его только контролем за соблюдением внешних, формальных условий, а надо распространить его на поверку того, пользуются ли органы управления данными им полномочиями власти согласно указанным верховным управлением назначению и цели. Гражданское право можно по желанию осуществлять и не осуществлять, и можно осуществлять с какой вздумается целью, потому что в основе гражданских правоотношений лежит поделение объекта на части, причем полученною в обладание частью объекта можно распоряжаться по своему свободному усмотрению. Публичные правоотношения, напротив, основаны на приспособлении объекта к совместному пользованию многими[1]. Поэтому каждый может пользоваться объектом своего публичного права только согласно данному ему

[1] См. мои Лекции по общей теории права. 1897, стр. 177 и след.

назначению. В частности вся государственная организация представляет собою не что иное, как приспособление власти, основанной на взаимной зависимости людей, составляющих государство, к осуществлению задач государственной жизни; и каждое отдельное государственное учреждение может осуществлять предоставленные ему полномочия власти не иначе, как согласно данному им назначению.

Пользование этими полномочиями для достижения каких-либо посторонних целей было бы незаконно.

Соответствие осуществления полномочий власти данному назначению зависит вполне от изменчивых и разнообразных конкретных условий, среди которых приходится действовать органам власти, и потому в законе нельзя наперед общим образом установить объективных признаков такого соответствия. Для такого соответствия органы власти, как это справедливо указывает Гнейст, должны соблюдать в пользовании своими полномочиями должную, справедливую меру (rechtes Mass), всецело определяемую особенностями каждого частного случая. Например, если полиция имеет право требовать исправного содержания дорог, то, не соблюдая должной меры в осуществлении этого права, она может до крайности стеснить лиц, обязанных починкой дороги, ибо нет и не может быть безусловно исправной дороги. При желании, на всякой дороге можно найти, что починить. И нельзя установить общих объективных признаков такой неисправности, которая может быть терпима, и такой, которая требует починки. Но, с другой стороны, нельзя и органам полиции предоставить ничем неограниченную свободу требовать починок, когда им вздумается. Это явилось бы в их руках бесконтрольным орудием угнетения граждан.

Для всеобъемлющего, полного контроля за законностью деятельности управления необходимо предоставить суду право разрешать вопросы не только о внешней, формальной законности действий администрации, но и о соблюдении в ее действиях должной меры. А для того, чтобы суд мог разрешать такие вопросы, в состав его должны входить не одни профессиональные юристы, а также люди, непосредственно знакомые с бытовыми условиями, среди которых приходится действовать органам управления. Другими словами, в составе административных судов необходимо присутствие представительного элемента. Поэтому более годным органом для рассмотрения административных исков были бы суды уголовные, функционирующие с участием

присяжных. Но их организация не соответствует характеру административно-судебных дел. Организация суда присяжных слишком сложна и требует слишком большой затраты времени и труда, чтобы применяться ко всем делам, даже самым мелким. Для большинства административных дел она была бы слишком сложна и дорога, а найти объективную мерку для различения важных и неважных административных дел невозможно. Именно в публичном праве, чаще чем где-либо, самые важные принципиальные вопросы возбуждаются по поводу самых ничтожных дел. Поэтому для административных судов более подходящей организацией является соединение профессионального и представительного элемента в одну смешанную коллегию. При этом и характер представительного элемента тут должен быть несколько иной, чем в суде уголовном. Понимание вопросов управления, в отличие от вопросов о виновности, не может быть доступно каждому, а требует некоторого навыка и знакомства с делом. Поэтому выбор заседателей административных судов должен быть обставлен более строгими условиями, обеспечивающими известную административную опытность.

Точно так же непригодными для рассмотрения административных исков представляются и установившиеся формы уголовного и гражданского процесса. Уголовный процесс, предполагающий наличность обвиняемого и представителя государственной власти в роли обвинителя, совершенно непригоден для рассмотрения административно-судебных дел, где представители государственной власти являются, наоборот, в роли ответчиков, и где нет и не может быть обвиняемого. И что же касается гражданского процесса, то в нем стороны признаются полными хозяевами тяжбы. И это вполне соответствует особенной природе гражданских прав, с их резкою обособленностью по субъектам, с их вполне факультативным характером. Раз субъект гражданского права не обязан его осуществлять, вполне последовательно, что и гражданский суд не может отринуть признанных ответчиком притязаний истца и не может присудить истцу больше, чем он сам требует. Вместе с тем постановление гражданского решения имеет силу только для участвовавших в тяжбе сторон. Эти начала совершенно неприложимы к административно-судебным делам. В них на первом плане стоит не частный, а общественный интерес, и потому исход процесса нельзя ставить в зависимость от уменья, настойчивости или даже прямо от взаимного соглашения истца и ответчика. Признание должностным лицом принесенной на него жалобы правильною еще не может

обязывать административный суд непременно удовлетворить требованию истца. Иначе это привело бы к возможности произвольных соглашений между органами власти и заинтересованными лицами в прямой ущерб законности управления. С другой стороны, и неуменье истца доказать основательность своей жалобы не может быть достаточным основанием отказа. Административный суд, имеющий в виду прежде всего действительное охранение законности управления, должен сам войти в самостоятельное рассмотрение дела, сам собрать доводы за и против и надлежащим образом оценить их. Роль административного суда должна быть по необходимости гораздо активнее, нежели роль гражданского суда. Административный судья не может оставаться лишь беспристрастным свидетелем происходящей между сторонами борьбы. Он не может основывать свое решение исключительно на том, что будет доказано сторонами. Сила решения административных судов не может быть ограничена только участвовавшими в деле сторонами. Вследствие того, что в основе публично-правовых отношений лежит приспособление объектов к совместному пользованию многими, решение споров о публичных правах не может быть ограничено в своем действии только определенными лицами, участвовавшими в процессе. Оно по необходимости отражается на правах всех лиц, заинтересованных в пользовании данным объектом или несущих обязанность по приспособлению его к общему пользованию. Например, решение по жалобе землевладельца о проведении общественной дороги по его земле неизбежно получает обязательное значение для всех заинтересованных в пользовании этой дорогой; решение по жалобе на отказ в освобождении от воинской повинности точно так же отзывается на всех вынувших следующие за жалобщиком номера жребия, так как, если жалобщик будет освобожден, они могут быть призваны для пополнения требуемого числа новобранцев. Поэтому решения административного суда первой инстанции могут быть обжалуемы не только участвовавшими в процессе сторонами, но и всяким заинтересованным лицом, что, напр., прямо признает наш Устав о воинской повинности.

Итак, особенности административного иска, направленного к разрешению споров о публично-правовых отношениях, делают необходимым особенное устройство судов, призванных рассматривать эти иски, и особенную организацию самого судопроизводства. Для полноты судебного надзора за законностью управления необходимо существование особых административных судов. Но для того, чтобы этот надзор представлял действитель-

ные гарантии законности управления, надо, чтобы административные суды были настоящими судами, т.е. удовлетворяли всем основным условиям правильного отправления правосудия. И прежде всего личному составу административных судов должна быть обеспечена должная независимость от администрации, так как иначе они не могут надлежащим образом выполнять функцию надзора за законностью управления.

§ 65. Преобразование Сената в 1802 г.

Существующие у нас органы административной юстиции не были созданы по сознательно выработанному, определенному плану. Они образовались частью вследствие перехода функций активного управления от старых коллегиальных учреждений к новым, единоличным органам администрации, частью как отдельные дополнения исторически сложившейся у нас организации местных учреждений, — дополнения, вызванные главным образом организацией местного самоуправления.

Высшим органом административной юстиции является у нас сенат. Учрежденный Петром I в 1711 году, он не был первоначально только органом надзора за законностью управления, а являлся вообще высшим государственным учреждением, сосредоточившим в себе все функции управления, суда, законодательства. И хотя после смерти Петра I значение сената не раз и существенно менялось, но до реформы нашего центрального управления при Александре I сенат все-таки неизменно сохранял за собою функции активного управления. Учреждение министерств, как специальных органов активного управления, привело к тому, что за сенатом остались собственно только функции суда, гражданского и уголовного, и функция надзора за законностью управления, следовательно, функция административной юстиции.

Александр I предполагал первоначально восстановить сенат "на прежнюю степень, ему приличную и для управления мест толико нужную", как это выражено в известном указе 5 июня 1805 г. (П. С. З. № 19.908), в котором предписывалось сенату, "чтобы он, собрав, представил докладом все то, что составляет существенную должность, права и обязанности его, с отвержением всего того, что в отмену или ослабление оных доселе введено было". По словам Державина, непосредственный повод к изданию этого указа был подан им. Тогдашний генерал-прокурор Беклешов в докладе Государю по рассматривавшемуся в общем собрании сената делу Колтовской с ее мужем умол-

чал о несогласном с большинством голосе Державина. Узнав об этом и находя это противным "коренной привилегии Сената", Державин испросил Высочайшую аудиенцию и обратился к Государю с такою речью: Ваше Императорское Величество манифестом своим о восшествии на престол обещали царствовать по законам и по сердцу Екатерины; законы же Петра Великого, на коих основан Сенат, и сей Государыни давали всякому сенатору то преимущество, что голос каждого имел право доставлять спорное дело на рассмотрение самого Монарха, несмотря на мнение прочих, которые бы были с ним не согласны; а ныне г. генерал-прокурор по делу Колтовской поднес доклад, не упомянув о моем противном прочем мнении, чем и учинил мне по должности презрение, то и осмеливаюсь испрашивать соизволения Вашего, на каком основании угодно Вам оставить Сенат? Ежели генерал-прокурор будет так самовластно поступать, то нечего сенаторам делать, и покорнейше прошу меня от службы уволить". Государь сказал: "Хорошо, я рассмотрю". Вслед за сим через несколько дней последовал именной указ, которым повелевалось рассмотреть права сената[1].

Указ 5 июня был заслушан 7 июня общим первых четырех и межевого департаментов сената собранием[2], постановившим тогда же исходатайствовать через генерал-прокурора "дозволение Сенату предстать перед освященное Его Императорского Величества в лице, дабы изъявить всеподданнейшее благодарение за сие неограниченное к Сенату благоволение и милость, каковых оный с самого своего учреждения удостоен еще не был". Самое же дело поручено было первому департаменту. 6 июля департаменту было доложено "сочиненное по мнению первого департамента" графом П. В. Завадовским "Положение о правах и преимуществах Сената".

В введении тут дается краткий очерк исторических судеб сената с таким общим заключением: "Хотя от самой кончины Императора Петра Первого во все времена властолюбивые лица, пользуясь доверенностью государской, стремились к тому, чтобы им, а не местам властвовать в делах; но никогда толико не успели во унижение Сената, как в последние годы. Без напряжения можем уподобить Сенат немощному телу в такие времена, когда он не видел у себя председающими Государей и от-

[1] Записки Державина, стр. 275, 726.

[2] Относящиеся сюда архивные материалы напечатаны Калачевым в Сборнике Арх. Института, т. I, 1878 г.

ношения его к ним шли не чрез самих членов, а чрез третьи руки. В таком положении издано повеление решать в нем дела по большинству голосов, в опровержение коренного права, что голос и одного сенатора силен был остановить дело. Тут Сенат в первый раз от учреждения своего подвергнут в своих решениях, подобно судным местам, апелляции, и даже указом опубликован назначенный к подаче оной годовой срок. Следствием того было, что генерал-рекетмейстер от Государя Петра Великого, для принятия в Сенате прошений на коллегии определенный, начал принимать просьбы на определения Сената и возвышен, так сказать, в судию делам того правительства, которому был подчинен. По выбору и произволу прерывалась очередь течения дел, и Сенат, объятый сильным влиянием на его дела, по несколько раз перерешивал свои решения. Се образ порабощенного Сената, в котором молчать тяжко, говорить было бедственно!"

Затем следовало самое Положение в 15 статьях. В первой статье содержалось общее определение значения сената. "Сенат по основанию своему есть первое государственное правительство, снабженное от своего Государя и законодателя силою и всею исполнительною властию, потому управляет всеми гражданскими местами в империи, высшей власти над собою не имеет, кроме единой самодержавного Государя, коего едино же лице председает в оном. Должность и обязанность его по присяге подданической предохранять права и преимущества своего самодержца, соблюдать законы, пещись всемерно о исполнении воли и повелений Государя, о всякой вообще пользе народной и о течении законного правосудия повсеместно. Из сих прав изливается преимущество, чтобы повеления его исполняемы были как именные Государя указы. По сим правам принадлежит ему ходатайство у престола по всяким народным нуждам и в случае потреб государственных, докладываясь Императорскому Величеству, прибавлять по статьям доходов необходимую прибавку платы или податей, чего не мог бы ни основательнее, ни облегчительнее расположить, если не будет у себя иметь полных сведений о всех частях государственной экономии. От сих прав следует и то, что суд и расправа верховным образом принадлежит Сенату по входящим в оной гражданским и уголовным делам; ибо сколько невозможно одному Государю удовлетворить всем первым, столько по вторым несвойственно священному сану царскому своим подписом утверждать казни: законы осуждают, законы наказывают, но драгоценнейшее право помиловать и простить остается неограниченно во власти Государя".

Ст. 2—7 определяют порядок решения дел в сенате и силу сенатских решений. Решения должны постановляться и в департаментах и в общем собрании единогласно. В случае разногласия из департамента дело переходит в общее собрание, из общего собрания докладывается Государю генерал-прокурором с двумя сенаторами. Апелляция на сенат не допускается. Только в исключительных случаях можно приносить жалобы Государю под страхом наказания, если жалоба окажется неосновательной. Ст. 8 требует от назначаемых Государем в сенаторы "благомыслия, незазорной жизни и сведения государственных законов". Каждому сенатору предоставляется право объявлять Высочайшие повеления и требовать доступа ко всем сенатским делам (ст. 10, 11). Затем ближайшим образом определяются права самого сената: "Чтобы в единой власти Сената состояло точное и непосредственное управление всех присутственных мест в империи, и чтобы один Государь или именной указ Его мог переменить или остановить повеления Сената; и также бы никто не мог, кроме единого Сената, предписывать образ исполнения законов, и дабы все недоразумения представляемы были на его разрешение" (ст. 12). "Следовало бы Сенату избирать в президенты коллегий, опричь трех первых, в губернаторы и в другие места кандидатов и представлять Государю, как от Высочайшей конфирмации зависит тех определение: ибо в прочие зависимые от Сената места по докладу герольдии сам определяет" (ст. 13). "Побудительные указы выходили бы из Сената, и по жалобам только на губернские правления и палаты, дабы внимание мест присутственных, ничем не развлекаемое, обращалось к единому Сенату и дабы никакое место и лицо не могло взыскивать или подтверждать об исполнении, ни объявлять указов по делам, в присутственных местах производящимся, помимо Сената" (ст. 14).

Наконец, заключительная ст. 15 была изложена так: "Все добрые государи не оскорбляются представлением им истины, покровительствуют законы и народное благо вменяют в свое собственное. Все сие мы видя в царствующем Государе, не можем подумать прогневить Его тем, если испросим дозволение Сенату, что уже коллегии по регламенту, палаты по учреждениям имеют и что от императрицы Екатерины Второй в наказе, данном о сочинении проекта нового уложения, предписано представлять Государю, если бы закон или указ от Него вышел противен прежде изданным, вреден или неясен был. Но когда по представлению о том не угодно будет отменить, тогда уже исполняется оной безмолвно".

На проект Завадовского со стороны многих сенаторов последовали замечания. Указывалось, что неприкосновенность дворянских прав требует не допускать исполнения приговоров о лишении дворянства иначе, как с утверждения Государя (Муравьев и Тейльс); что и в случае единогласия протест генерал-прокурора может обусловить передачу дела из департамента в общее собрание, из общего собрания Государю (Державин, Строганов, Тейльс); что сенаторов следовало бы назначать из кандидатов, избираемых "от всех других присутственных мест и знаменитых особ в обеих столицах" (Державин), что "единожды Государем пожалованный в сенаторы да не лишится никогда сего толикого важного наименования, где бы он ни был, разве противными сему именитому званию поступками сим недостойным носить оное сделается" (Тейльс); что, при представлениях от сената Государю, нельзя ограничиваться посылкой всегда только двух сенаторов, "ибо могут мнения разделиться на три и больше разномыслия, и тогда двух сенаторов будет недостаточно (Пущин, гр. Толстой, князь Сагалов, Макаров, Захаров); что и единогласные постановления общего собрания для чего не позволить печатать для народного сведения, с одной стороны для того, чтобы приобрести ими более в государстве доверенности, а с другой, чтобы приобрести средство поучения юриспруденции молодых людей, когда теперь гниют они в архивах. Бояться пересудов, буде дела решены справедливо, было бы малодушие и гордость. Надобно только быть Сенату Сенатом, — мечта ужаса от просвещения народного тотчас исчезнет" (Державин).

Проект гр. Завадовского и замечания на него обсуждались в трех заседаниях общего собрания (9, 19 и 20 июля 1801 г.), и затем в заседании 26 июля принята сенатом несколько измененная редакция. К первой статье в конце сделано добавление о невершении дел по уголовным преступлениям дворян без утверждения Государя. Согласно предложению Державина, было включено постановление о печатании единогласных решений общего собрания. Единогласные решения признаны окончательными только при условии пропуска их генерал-прокурором.

Этот доклад сената был представлен Государю вместе с замечаниями отдельных сенаторов[1]. Окончательное решение этого дела, однако, очень замедлилось. Причиной замедления была, очевидно, невыясненность и в самих правительственных

[1] Сборник Археологического института. Книга I. Спб., 1878 г., стр. 68—118.

сферах, в чем должна состоять реформа управления. В неофициальном комитете выдвигалась тогда мысль о введении у нас министерской системы управления, а это было несовместимо с восстановлением сената в первоначальном его значении, со сосредоточением всего управления в его руках. Приходилось откладывать реформу сената до окончательного разрешения вопроса о министерствах, и, действительно, указ о правах сената издан в один день с манифестом об учреждении министерств.

К тому же и сторонники расширения власти сената, представители охранительных течений, не были согласны между собой. Даже подписавшие доклад сената выдвигали затем свои собственные проекты, более или менее своеобразные.

Так, Державин представил Государю целый "Проект устройства Сената", в основу которого положена мысль устроить сенат "в духе Екатерины, т.е. сообразно ее учреждению о губерниях, с разделением обязанности управления на четыре власти: законодательную, судную, исполнительную и оберегательную, смешанные в регламентах Петра Великого"[1].

Державин предполагал все четыре власти вверить сенату, как верховному правительству под Высочайшим наблюдением, состоящему из собрания первых государственных чинов, под председательством Государя.

Орудием каждой власти предполагается лицо под названием министра.

Власть законодательная сената по важности своего предмета составляется из общего собрания всех оного членов и министров, при которых находится комиссия законодательства, под ведением министра законодательной власти. Это законодательное общее собрание сочиняет и рассматривает законы, выслушивает именные указы, баллотирует на должности, производит в чины и обсуждает вопросы о ходатайствах сената пред Государем о всенародных нуждах.

Власть судебная составляется из некоторого числа сенаторов

[1] Проект Державина сохранился в Архиве государственного совета и в Императорской Публичной Библиотеке. Калачов напечатал его в Сборнике Археологического Института, т. I, 1878, приписав Сперанскому, который будто бы оставил его для графа Завадовского. Репинский думал, что проект этот составлен Дмитриевым или Трощинским. Но сравнение проекта с тем, что о своем проекте говорит сам Державин в своих Записках (Сочинения, т. VI, стр. 727), устраняет всякое сомнение в том, что это его проект. См. мою статью в Журн. Мин. Юстиции, 1896, декабрь, "Проект устройства Сената Державина".

и министра судебной власти, с ними присутствующего. Сей судебный департамент, установленный на основании губернских гражданских и уголовных палат, разделяется на две верховные палаты, уголовную и гражданскую. К гражданской причисляется до окончания межевания отделение межевых дел. По великому пространству России и множеству судебных дел для успешности можно учредить такие судебные департаменты в Москве и других губерниях, а управление ими, вместо министра, поручить старшим сенаторам. В случае разногласия сенаторов в палатах судебного департамента дело переносится в судебное общее собрание.

Власть исполнительная составляется также из некоторого числа сенаторов и министра власти исполнительной. Сей департамент называется "Императорское верховное правление", установляется на основании губернских правлений, казенных палат и приказов общественного призрения и разделяется на три отделения: верховное исполнительное правление, верховную палату казенных дел и верховный приказ общественного призрения. Императорское верховное правление имеет также общие собрания по делам, вызывающим в отделениях его разногласия, и по государственным делам, особливого уважения заслуживающим.

Власть оберегательная составляется из министра оберегательной власти, или генерал-прокурора, и его помощников, или обер-прокуроров, под именем оберегательной думы. Дума эта действует чрез своих членов на основании генерал-прокурорских и прочих прокурорских должностей, по всем департаментам сената, их отделениям и по всем правительствам Империи. Общие ее собрания созываются для законодательных советований и для рассуждения и соглашения разных мнений сенаторов.

По проекту, кандидаты в сенаторы выбираются из четырех служащих классов собранием знатнейших государственных чинов и 5-классными всех присутственных мест чиновниками в обеих столицах. Из трех кандидатов выбирает Государь одного сенатора; из сенаторов избирает он министров. Кандидаты в обер-прокуроры избираются по представлению оберегательного министра общим собранием сената и утверждаются Государем.

Обязанность законодательной власти заключается в сочинении новых узаконений и в исправлении старых. Ежели о том последует повеление Императорского Величества, то министр законодательной власти объявляет законодательному собранию и записывает в журнал; потом, истребовав, откуда надлежит, к тому нужные сведения, отдает комиссии законодательства, в

ведении его состоящей, дабы она, по здравом, в чем нужно, соображении, сочинила проект повеленного узаконения, рассмотреть предлагает законодательному собранию и по апробации вносит докладом Императорскому Величеству; по Высочайшей конфирмации законодательное собрание записывает в книгу законов и к исполнению посылает в Императорское верховное правление. Если же благоугодно будет Императорскому Величеству без вышесказанных повелений дать от себя какой-либо новый закон, то оный равномерно вносится в книгу законов и исполняется; буде же, паче чаяния, встретится в оном какое неудобство, то законодательное собрание входит со всеподданейшим представлением чрез своего министра, объясняя причины и обстоятельства оного; а в случае неуважения, повинуется безмолвно. Если же законодательный министр сама собою или по чьему-либо отношению усмотрит надобность в новом узаконении, то представляет о том Императорскому Величеству; сама же собою и никакая власть сената не приступает к сочинению или исправлению законов. В случае отсутствия Императорского Величества из империи, если окажется времени нетерпящая надобность в каком-либо новом узаконении, тогда, по приговору законодательного собрания, оное сочиняется, но, не записывая в книгу законов, отсылается в Императорское верховное правление, для единовременного по тому только случаю, до возвращения Императорского Величества, исполнения.

Верховное Императорское правление объемлет все части государственного правления, хозяйства и общественного призрения. Первое его отделение имеет главнейшим предметом обнародование узаконений, полицию, дела пограничные, синодские и других религий, государственный архив, герольдию, набор рекрут и проч. Верховная казенная палата ведает казенное управление и все места, где денежные суммы обращение имеют, монетный департамент, сельское домоводство, мануфактуры, коммерцию, рудокопство, государственные банки, снабжение сухопутных и морских сил, строение городов, казенных зданий, население и проч. Верховный приказ общественного призрения имеет в своем ведении академии, кадетские корпуса, народные училища, университеты, врачебные заведения, воспитательные дома, все приказы общественного призрения, опеки и все, что до просвещения и человеколюбивых заведений принадлежит, кроме совестных судов.

Каждый член этих отделений, не будучи особенным правителем мест, обязан посредством текущей переписки собирать о

них сведения и, руководствуясь ими, споспешествовать пользам государства. В делах, требующих Высочайшего разрешения, каждый член по своей части, для лучшего объяснения, подносит сам от лица сената доклады, но не иначе как по общему соображению и по соглашению с другими членами.

Обязанность судебного департамента заключается в высшей ревизии дел уголовных, гражданских, межевых и военных судов. Обязанность верховного Императорского правления объемлет все части государственного правления, хозяйства и общественного призрения. В делах, требующих Высочайшего разрешения, каждый член по своей части, для лучшего объяснения, подносит сам от лица сената доклад Императорскому Величеству.

Обязанность оберегательной власти основывается на должности генерал-прокурора. Оберегательный министр по законодательству, разрешению сумнительств в законах и казусах, и при соглашении разногласия сенаторов, один без советования в собрании своих помощников делать заключения и предлагать сенату не должен: ибо оберегательная власть есть око Императорского Величества, и все члены оной долженствуют по законам говорить одними устами. Но при равенстве голосов мнение министра делает перевес.

Кроме того, Державин предполагал возложить на оберегательного министра ходатайство в правительствах по делам Императорского двора.

Все вообще министры, кроме оберегательного, который имеет свое особое место, заседают в сенате с прочими сенаторами по старшинству чинов. Они управляют канцелярией своего департамента сената. Они докладывают Государю по всем текущим делам своего департамента и объявляют Высочайшие повеления, созывают общие собрания, устраивают по государственным и общим делам между собой конференции и могут в случае надобности приглашать к тому и сенаторов.

Что касается правительствующего сената в целом его составе, то все присутственные места, кроме синода и Высшего совестного суда, подчинены ему. Он назначает, по представлению герольдии, все губернские чины до VII класса, а на высшие представляет Государю кандидатов к утверждению. В сенат вносятся все именные повеления, кроме подлежащих особливой тайне. Сенат имеет право, торжественно представлять Государю, приносить за милости благодарность, а равно в чрезвычайных случаях ходатайствовать о всенародных нуждах. В случае разно-

гласия сенат посылает от разномыслящих сторон по депутату для объяснений Государю.

Каждый отдельный сенатор имеет свободный доступ к Государю, имеет право объявлять словесные повеления; может при всяком случае войти в присутственное какое-либо место и, обозря, о состоянии оного представить сенату; они судятся только в самом сенате.

Проект Державина очень понравился Государю, да и в обществе он возбуждал большие толки: его называли конституцией и даже кортесами. Но, по справедливому замечанию Ф. М. Дмитриева, "он сочинил такую "организацию", которую едва ли бы приняла сама Екатерина. Эта "организация" чрезвычайно любопытна, как доказательство совершенного отсутствия политического смысла и полного пренебрежения к недавним опытам"[1].

Схема Учреждения о губерниях вовсе не пригодна для организации верховного управления. Она вся рассчитана именно на местное управление и предлагает над собою высшие центральные установления. В ней нет власти законодательной, а придуманное Державиным признание орудием ее одного министра законодательной власти, при котором общее собрание сената получило лишь совещательное значение, являлось ничем необоснованным и совершенно несообразным применением к организации законодательной власти форм, свойственных только органам исполнительной власти. Полувыборный состав сената, как его проектировал Державин, с избранием кандидатов в сенаторы высшим чиновничеством, привел бы к безграничному господству бюрократии, которая соединила бы тогда в своих руках всю полноту государственной власти, тем более, что при той постановке, какая в проекте дается оберегательной власти, ею совершенно подрывалась бы самостоятельность сенатских коллегий.

Сенатский доклад был сначала представлен на обсуждение неофициального комитета 5 августа 1801 года, и тут дело затянулось настолько, что лишь 21 апреля 1802 года доклад был представлен совету.

Обсуждение вопроса в комитете началось с доклада о нем Новосильцева. Докладчик исходил из того, что не следовало считать сенат законодательным учреждением. При самом осно-

[1] Сперанский и его государственная деятельность с общим очерком истории внутреннего управления в XVIII веке. Русский Архив, 1868, № 10. Ст. 1585, 1586.

вании его Петр I предоставлял ему власть не иначе, как для пользования ею под своим председательством, т.е. под своим руководством, потому что самодержавный президент может иметь с подчиненными ему членами только сношение владельца с управляющим. Подобная организация не позволяет и думать о вручении столь важной власти собранию, которое по самому составу своему не может пользоваться доверием народа и, состоя исключительно из лиц, назначаемых верховною властью, не допускало бы участвовать обществу в составлении законов. С другой стороны, Император дал сенату значительные права, связал бы себе руки так, что не мог бы выполнить всего задуманного им на общую пользу, и встретил бы в невежестве этих людей помеху, которая имела бы опасные последствия в случае борьбы между верховной властью и правительственными учреждениями. Поэтому сенат надо ограничить судебной властью, но в широком размере, с полной независимостью от опеки генерал-прокурора. Предоставя таким образом свободный ход правосудию и учредив верховную палату суда, правительство обеспечит гражданам величайшее благо.

Затем обсуждались замечания Державина и гр. Воронцова. Члены комитета находили, что от проекта Державина, одобряемого Государем, нельзя ничего ожидать, так как он основан на "весьма ошибочном разделении властей", и Новосельцев по этому поводу распространился об истинных началах разделения властей. Трудом Воронцова остался недоволен и сам Государь, так как тот облекал всею властью сенат, упустив из виду, что этому собранию надлежит предоставить судебную часть и ничего более.

При следующем обсуждении вопроса, 11 сентября, в Москве, при участии только Строганова и Новосильцева, они вновь старались убедить Государя в необходимости предоставить сенату только одну судебную власть и указывали на неудобства вручения ему власти законодательной, как это предполагалось в записке Зубова, а также исполнительной и охранительной, как того требовал Державин. Относительно нежелательности предоставления сенату законодательной власти сослались на мнение Лагарпа, и Государь против этого не спорил. Но вопрос об исполнительной власти возбудил разногласия — Строганов и Новосильцев говорили, что "не следует себе связывать руки, и что лучше предоставить администрацию одному человеку, с возложением на него ответственности, нежели отдать ее в руки многих. Не следовало слишком распространять права сената, что-

бы, сохранив власть, устроить управление по собственному усмотрению. Государь возражал на это, что сенату предполагалось предоставить лишь власть получать сведения о всем происходящем и следить за администрацией, а не иметь на нее влияние. Хотя такая идея, замечает в своем отчете Строганов, была весьма сомнительна, тем не менее ему не возражали, боясь, что он заупрямится. Против предоставления сенату охранительной власти члены комитета указывали, что такая охранительная власть будет призрачна, что истинная охрана заключается в организации политического строя и в общественном мнении. Но Государь находил, что предполагаемая им мера служила приближением к цели. В заключение он поручил им составить проект указа о сенате. Это было исполнено Строгановым, предоставившим свою записку о сенате в заседание 9 декабря. Обсуждение ее происходило затем еще в двух заседаниях, 30 декабря 1801 и 6 января 1802 года. По предложению Государя, из ведения сената решено изъять военное управление и народное образование. Административные дела предполагали разделить между двумя департаментами. Строганов думал разграничить их компетенцию по степени важности дел, но Государь нашел более удобным установить, чтобы в один из административных департаментов стекалось все относящееся к исполнительной власти, а в другом — дела по управлению. Кроме того, по совету обер-прокурора первого департамента Резанова, решено увеличить число судебных департаментов.

В комитете обсуждался также порядок назначения сенаторов. Первоначально, в заседании 24 июня 1801 г., Государь предполагал предоставить губернаторам представлять по два кандидата для составления общего списка лиц, из которых избирались бы им сенаторы. Но Новосильцев выразил сомнение, чтобы намеченные таким порядком кандидаты оказались действительно способны к такой важной должности. Позднее, 6 января 1802 г., на обсуждение комитета было предложено предположение Державина предоставить выбор кандидатов из лиц первых четырех классов в каждом уезде дворянам первых восьми классов, а потом уже назначать сенаторов из общего списка кандидатов. Это предположение также было отвергнуто, во-1-х, потому, что лица 4-х классов не довольно известны избирателям для дельного выбора, и, во-2-х, дворянские выборы всегда у нас много зависят от произвола губернаторов; в особенности же это окажется при выборе кандидатов на важные места сенаторов. По мнению комитета, подобные меры в России еще были несвоевременны.

Последнее обсуждение вопроса о преобразовании сената происходило в комитете 17 марта. При этом были исключены из проекта две статьи, несогласованные с готовившимся Учреждением министерств, а именно — постановление о том, чтобы губернаторы и председатели присутственных мест, в чрезвычайных либо сомнительных случаях, должны были испрашивать разрешение сената и о том, что сенату ведать о всех донесениях губернских прокуроров.

В этом ж заседании комитета Государь сообщил о передаче дела на обсуждение совета. Граф Кочубей заметил, что совет выскажется против проекта, находя его недостаточным. Государь ответил, что граф может подать в совет голос против проекта, и что это послужит к отвращению подозрений на счет участия в нем неофициального комитета.

Дело было доложено совету 21 апреля и рассмотрено им в четырех заседаниях, 24 и 28 апреля и 1 и 5 мая. Предсказания графа Кочубея оправдались. В архиве государственного сената напечатаны мнения 13 членов совета; из них только трое ограничиваются предложением частных поправок. В общем одобряя проект, граф С. П. Румянцев выставил свой собственный проект. Девять других членов высказались против надобности и своевременности издания нового положения о должности сената. В архиве, к сожалению, не указано, сколько именно членов присутствовало тогда на заседаниях, но во всяком случае девять голосов составляли уже значительное большинство. Всех членов совета тогда было 14[1].

Из противников проекта первым подал свое мнение Куракин, решительно заявив, что “к распространению прав сената и к дарованию оному каких-либо новых преимуществ нет теперь надобности и истинных к тому побуждающих причин. Особенно несвоевременным находил он задуманное преобразование сената, “когда по уважению того сожалительного проката всех умов, ложными правилами себя соблазняющих к вольности необузданной и ко всякому посягательству не токмо на умаление, но даже и на уничтожение древнего порядка и той законной власти, коими государство многими веками до сего существовало и охранялось, клонится к умножению и введению прав и преимуществ

[1] Граф Н. И. Салтыков, граф В. А. Зубов, князь А. Б. Куракин, граф А. И. Васильев, князь П. В. Лопухин, Д. И. Трощинский, граф П. В. Завадовский, граф А. Р. Воронцов, граф Н. П. Румянцев, граф Н. С. Мордвинов, граф В. П. Кочубей, граф С. П. Румянцев, С. К. Вязмитинов, А. А. Беклешов.

новых, существом и действием своими власть самодержавную умаляющих". Действительные недостатки сената он считал возможным исправить частными мерами: разбором лиц в сенат определяемых, исправлением обряда внутреннего в течении и производстве дел по канцелярии, и т.п.

Беклешов находил, что "во всем проекте никакого существенного преобразования сенату не заключается, а повторяется токмо, что в законных постановлениях и правилах доныне содержится", и потому признавал "предположенный проект для пользы государственной и выгоды народной не только недостаточным, но и собственной своей цели и намерению не соответствующим, по которому для желаемого успеха в делах и общего нужд удовлетворения достигнуть невозможно, а подлежит необходимо для установления не суетного обряда, а общеполезного порядка, как внутреннее расположение сената, так и образ производства в нем дел, нераздельно, с канцелярией, исправить, недостаткам пособить, затруднение отвратить и вообще весь состав оного привести в такое устройство, от которого бы прямого действия ожидать можно было — что пользы в компасе и карте, когда корабль на мели или от течи моря не держит!" Сам он представил план разделения сената на восемь департаментов. В Петербурге он предполагал шесть департаментов. Первый ведает дела, к государственному управлению и к полицейскому распорядку относящиеся. Второй — дела, к хозяйству и доходам государственным принадлежащие. Третий — уголовные. Четвертый — гражданские. Пятый — все судебные дела губерний, состоящих на особых правах. Шестой — межевые дела. Наконец, два московских департамента суть отделения III и IV департаментов.

В том же смысле высказался и Кочубей. "Возвратить сенату то, что у него было отнято, конечно, желательно; но что касается до установления чего-либо, кроме судопроизводства и канцелярии, не удобнее ли оставить сие до того времени, когда новое законоположение российское к окончанию приведено будет. Суды, вероятно, испытают некоторую перемену, а, конечно, с ними и сенат". Поэтому он предлагал "указ Совету внесенный заменить другим, в коем одни бы только статьи, до судопроизводства относящиеся, находились, не упоминая ничего о правах и преимуществах Сената. Скажут, может быть, что после вызова, Государем учиненного, нельзя чего-нибудь теперь не положить. Но Государь не потому, конечно, чтобы переменились мысли его, но желая лучше все сообразить, может не спе-

шить с принятием новых мер. Он отлагает, чтобы сделать лучше, и молчание его теперь не может приписано быть нехотению привести Сенат в свойственное ему положение".

К этому отрицательному взгляду на дело примкнул также Мордвинов, находивший, "что Сенат, быв местом присутственным, а не корпусом политическим, может иметь должности, а не права; что должности сии достаточно определены данными ему повелениями, которые никогда постановлением не отменялись, а если произошло в них нарушение от поведения лиц, доверенность носящих, то поведением же, а не указом и исправлять их надлежит". Зубов, Николай Румянцев, Вязмитинов, Лопухин, Васильев говорили то же самое.

Граф Сергей Румянцев выступил с своим особым проектом разделения сената на две палаты: высшую палату правительства и высшую палату правосудия. Каждая из них состоит из двух департаментов. Первый департамент палаты правительства ведает казенные доходы, другой — прочие правительственные места; при них состоит генерал-прокурор. Палата правосудия разделяется на департаменты гражданский и уголовный, при них соответственно генерал-прокурору состоит оберегатель законов. Относительно палаты правосудия Румянцев выражал уверенность, что "Государь, следуя внушениям просвещенной справедливости, отречется охотно от всякого влияния в судах и, по примеру прочих государей самодержавных, сделает членов сей палаты независимыми, утвердив их в должности по жизнь, разве бы в преступлениях каких были они уличены и то не инако, как публичным судом". Кроме того, он считал необходимым "некоторое различие сделать между повелениями Высочайшими, кои относятся к временным распоряжениям, к случаям и лицам, с теми, из коих имеет составиться Уложение государственное. Ощутительно по крайней мере для всякого, что воля монаршая, устраивающая благосостояние целого народа, и та же воля, удостаивающая, примерно, благородную деву званием фрейлинским, не одним и тем же наименованием образоваться должны".

Немногие принципиальные сторонники проекта предлагали все-таки частные к нему поправки. Завадовский и Воронцов предлагали восстановить некоторые постановления сенатского доклада относительно требования единогласия и в общем собрании, относительно издания побудительных указов от имени самого сената и т.п. Воронцов кроме того, указывая, что предполагаемое преобразование сената не имеет никакого, отношения "к идеям, французскими делами порожденным", что нет его

и “в обязанности, возлагаемой на Сенат, делать самодержавной власти представления, если повеления ее найдет он в исполнении неудобными или народу отяготительными: напротив, мысль сия утверждена и в наказе Екатерины II, и в проекте ее о Сенате. Дозволение такое отвратит и остережет скороспешность, при частных докладах допускаемую, и обезопасит государство от важных личных ошибок”.

Трощинский, отстаивая проект, заявлял, что он не видит другого способа обратить сенат на прежнее его установление, как подтвердив его права и обязанности и присоединив к ним нужные на будущее время предосторожности. Ожидать сего возвращения от единой перемены в правилах лиц значило бы основать его бытие на личных свойствах людей. Но и Трощинский предлагал частные поправки к проекту: исключить все введение, начав просто со слов: “рассмотрев представленный от Сената доклад”; установить и для общего собрания требования единогласия, считая “право единогласного решения правом, от учредителя Сената ему данным”. По ст. 8 проекта Трощинский указывал на необходимость выразить в ней более определенно, что право представления Государю распространяется и на общие дела государственные, “где Сенат, яко хранилище законов и верховное место исполнения их, имеет обязанность представлять встречаемые им неудобства”[1].

В самый день последнего заседания совета по этому делу о суждениях его было сообщено в неофициальном комитете Кочубеем, который и тут поддерживал свое мнение, что лучше всего было бы обнародовать указ, в коем излагалась процедура занятий сената, без упоминания о его правах. Государь сказал только, что он прикажет переписать все предложенные мнения, чтобы сообщить их комитету. В записках Строганова нет указаний на дальнейшее обсуждение вопроса в комитете. Но, по-видимому, и сам Государь колебался: только через четыре месяца, 8 сентября 1802 года, был обнародован указ о должности сената, в один день с изданием Учреждения министерств.

Указ этот далеко не осуществляет первоначального намерения, выраженного в указе 5 июня 1801 года, восстановить сенат в том значении, какое он имел в царствование Петра Великого и Елизаветы.

Да и действительно, раз были учреждены министры, как органы активного управления и как непосредственные докладчики

[1] Архив государственного совета, т. III, ч. I, столб. 15—50.

верховной власти по делам управления, невозможно уже было сохранить за сенатом прежнюю полноту власти. Приходилось ограничить его деятельность функцией надзора. В этом смысле и было составлено тогда новое Уложение Сената. Ст. 1 Указа о правах и обязанностях сената (20.405) постановляла, что "Сенат есть верховное место империи; имея себе подчиненными все присутственные места, он, как хранитель законов, печется о повсеместном наблюдении правосудия; наблюдает за собранием податей и за расходами штатными, имеет попечение о средствах к облегчению народных нужд, соблюдению общего спокойствия и тишины и прекращению всяких противозаконных деяний во всех подчиненных ему местах". Вместе с тем Учреждение Министерств обязывало министров представлять ежегодно чрез Сенат письменный отчет Государю (т. XII). Сенат, рассмотрев отчет, требует от министра объяснений и докладывает Государю свое мнение об отчете министра (ст. XIII). Кроме того, сенату предоставлялось, если он и раньше года усмотрит из доношений губернских прокуроров, что в какую-либо часть вкрались злоупотребления, требовать от министра объяснений, и если признает их неудовлетворительными, докладывать о том Государю (ст. XIV). Так как в царствование Екатерины значение сената много пострадало от возраставшей власти генерал-прокурора, то закон 1802 г., сохранив за генерал-прокурором право не соглашаться с заключением общего собрания сената, постановлял, однако, что в случае несогласия генерал-прокурора дело вносится к Государю не через одного генерал-прокурора, но при депутации от сената, из одного или двух сенаторов противного генерал-прокурору мнения (ст. 9). С другой стороны, для решения дел в общем собрании, вместо простого большинства, установлено было требовать большинство 2/3, и тем как бы умалена самостоятельная власть сената (ст. 13). На практике, однако, сохранилось только последнее правило; первое же, по замечанию Сперанского, "по очевидному его неудобству вскоре само собою пало в бездействие"[1].

Вскоре после издания этого указа сенату представился повод воспользоваться предоставленным ему правом, "если бы по общим государственным делам существовал указ, который был бы сопряжен с великими неудобствами в исполнении, или по частным судным не согласен с прочими узаконениями, или же не-

[1] Архив истор. практ. сведений, 1859, кн. III, стр. 46. Державин относит его отмену ко времени генерал-прокурорства Лопухина.

ясен, представлять о том Императорскому Величеству". В декабре 1802 года Государю министром военных сил Вязмитиновым был представлен доклад военной коллегии о правилах увольнения от службы дворян и вольноопределяющихся, удостоенный Высочайшего утверждения. В первой статье этих правил постановлялось "об отставке недослужившихся до обер-офицерства из дворян унтер-офицеров и прежних нижних чинов по прошениям на свое пропитание не прежде представлять, как по нахождении их в действительной службе 12 лет". Когда доклад этот был объявлен сенату, он принял его сначала беспрекословно, и определено было передать его для наблюдения за исполнением в четвертый департамент, о чем 17 декабря и был подписан журнал. Но затем, через девять дней, графом Северином-Потоцким подано было мнение[1], в котором указывалось, что "первая статья во веки достопамятного указа 18 февраля 1762 г. определяет ясно, что "все находящиеся в разных службах дворяне могут оные продолжать, сколь долго пожелают и их состояние им дозволит". И хотя в ст. 8 того указа сказано: "находящихся же ныне в военной службе дворян в солдатских и прочих нижних чинах менее обер-офицера не оставлять, разве кто более 12 лет военную службу продолжал"; но выражение "находящихся ныне", очевидно, объясняет, что сия статья, поставленная не без причины последнею, имела в виду только настоящее тогда время, и дворяне в ней разумелись не иначе, как служившие при самом издании указа, что таковой точно, а не иной смысл и цель сей статьи 8 доказывается тем, что в течение последовавших 40 лет 18 статья славной, на вечные роды российскому дворянству дарованной грамоты гласит: "Подтверждаем благородным, находящимся в службе, дозволение службу продолжать и от службы просить увольнения по сделанным на то правилам". Хотя положение военной коллегии естественно и неоспоримо, что в таких случаях подают прошение по правилам, и по правилам не оставляют службу иначе, как в положенное время года или по окончании смотров, что ожидают решения и проч., но не думаю, чтобы стал кто утверждать, будто под именем правил должен разуметься и 12-летний срок, вводимый докладом. На сем основании военная коллегия весьма удобно может 24 и 36-летнее время поставить в число правил, и тем в самые тесные пределы привести силу грамоты дворянской. Не простирая столь

[1] Чтения Ими. Общ. истории и древностей. 1864, кн. III, стр. 128—131.

далеко робких ожиданий, должно согласиться, что и 12-летнее принужденное служение произведет на опыте великое неудобство. Вместо ограниченного числа людей, которые удержаны будут на несколько лет в службе насильно (печальное прибежище полководцу), сколько тысяч других и поступить в оную побоятся. Не жестоко ли столь чувствительным образом опечалить дворянство целой империи повреждением силы драгоценнейшего для него постановления, которое Петр III называет "непоколебимым утверждением Самодержавного Всероссийского престола", которое бессмертная Екатерина столько уважила, распространила, — постановление, напоследок, которое обожаемый Александр торжественно наименовал и удостоверил "коренным и предлагаемым законом". Оставаться ли нам в молчании, когда доклад, ниспровергая самое то, что полагает основанием своим, и предубедив, смею сказать, строгую внимательность Государя, коснулся почти единственного коренного закона, коим Россия справедливо гордиться может? Не обязаны ли мы говорить, когда общее мнение, кажется, нас уже предварило? Вследствие сего мнение мое то, что правительствующий Сенат на основании 9 статьи Высочайшего указа вошел к Его Императорскому Величеству со всеподданнейшим докладом: не благоугодно ли будет повелеть министрам рассмотреть вновь упомянутое столь важное узаконение".

Мнение это было обер-секретарем передано генерал-прокурору Державину, и тот, найдя, что "оно написано не токмо дерзко против Сената, но и против Государя неприлично, который как бы в каком народном правлении сравнен со всеми гражданами", приказав его не записывать, представил Государю. "Государь, рассказывает Державин, как видно, знал о сем мнении, и едва ли не с позволения его оно написано, ибо тогда все окружающие были набиты конституционным французским и польским духом, а паче всех и как атаман их, граф Воронцов, который в Сенате при рассуждении о правах оного вводил мнения аристократические и ослабляющие единодержавную власть Государя; но не был же тому противен и граф Валерий Зубов, бывший тогда в Совете и в уважении Императора; Государь отвечал на доклад весьма резко сими именно словами: "Что же? мне не запретить мыслить, кто как хочет. Пусть его подает, и Сенат пусть рассуждает. Сенат это и рассудит, а я не мешаюсь. Прикажите доложить". Это было в воскресенье, а в следующую пятницу 26 января 1803 года мнение Потоцкого было доложено общему собранию, и только два сенатора, Шепелев

и Ананьевский, высказались против него. Между тем слухи о происходившем в сенате проникли в общество. По словам Державина, в Москве "знатное и, можно сказать, глупое дворянство приняло с восхищением мнение графа Потоцкого, так что в многолюдных собраниях клали его на голову и пили за здоровье графа, почитая его покровителем российского дворянства и защитником его угнетения; а глупейшие и подлейшие души не устыдились бюсты Державина и Вязмитинова, яко злодеев, выставить на перекрестках, замарав их дерьмом для поругания". Ходила по рукам и "Ода господину Потоцкому"[1].

За болезнью Державина согласительное предложение его было доложено общему собранию обер-прокурором первого департамента, князем А. Н. Голициным. Державин сам явился в сенат лишь в следующее заседание, когда должно было происходить подписывание определения. Державин находил, что по важности дела и разногласию следовало изложить лишь мнения и предложения генерал-прокурора без всякого приговора и в таком виде представить дело Государю. "Нет, закричали несколько сенаторов, приказываем, пиши приговор!" Державин прибег тогда, чтобы прекратить прения, к старому, петровскому правилу, согласно которому в случае разногласия давалось на диспут только три часа времени, для отсчета которых ставились песочные часы. Когда срок протекал, сам царь ударял по столу молотком, и далее прения не могли продолжаться. Так поступил и Державин. "Седши на свое место, рассказывает Державин, за генерал-прокурорский стол, он ударил по оному молотком. Сие как громом поразило сенаторов: побледнели, бросились на свои места, и сделалась чрезвычайная тишина. Не знаю, замечает Державин, что было этому причиною, не показалось ли им, что Петр Великий встал из мертвых и ударил своим молотком, к которому по смерти его никто не смел прикоснуться. И по городу были о сем случае многие и различные толки".

Несмотря на противоречие Державина, на Фоминой неделе Государь принял депутацию от сената, состоявшую из Трощинского и графа Строганова. Трощинский прочел мнение Потоцкого, резолюцию сената и согласительное предложение Державина. По выслушании Государь встал и сказал, что он дает указ[2]. Указ этот был дан 15 марта 1803 года (20.676), и в нем постановлялось, что слова ст. 9 указа 8 сент. 1802 года: "не ка-

[1] Напечатана в VII томе Сочинений Державина, стр. 424.

[2] *Державин*. Записки (Сочинения, т. VI, стр. 749—758).

саясь вновь издаваемых и подтверждаемых Нами, относятся единственно к существовавшим уже законам и, следственно, не дают в настоящем случае Правительственному Сенату права основывать на сей статье своего Нам представления".

В действующем издании Учреждения Совета на основании этих указов 1802 и 1803 гг. образована статья 202, гласящая так: "Если бы по общим государственным делам существовал указ, сопряженный с великими неудобствами в исполнении, или частным судным, несогласный с прочими узаконениями или же неясный, то Сенату дозволяется входить с докладом о сем к верховной власти; но когда по таковому представлению перемены не последует, то указ остается в силе. Сие право Сената распространяется, однако же, только на законы прежние, не касаясь вновь издаваемых или подтверждаемых Императорским Величеством".

Когда по плану Сперанского предпринято было в 1809 г. преобразование совета и министерств, то вместе с тем предполагалось преобразовать и сенат. "Как судная часть по существу своему весьма различна от части правительственной, то и положено было дать обеим сим частям разные и каждой свойственные устройства; а для большей точности в понятиях различить сами их наименования, назвав соединение правительственных частей — Сенатом правительствующим, а судных — Сенатом судебным". При этом министерства должны были считаться не средним отдельным учреждением, а самим правительствующим сенатом, которого — министры — члены, а министерства — составные части. Сенат должен был при этом заменить собою и комитет министров. Хотя составленный в этом смысле проект был внесен в государственный совет и там принят большинством, но утверждения его не состоялось. В начале царствования этот проект был вновь рассмотрен и одобрен комитетом 6 декабря 1826 года[1], но и тогда не получил утверждения, а затем уже более вопрос этот не возбуждался.

Только судебной реформой, приведшей к образованию в составе сената совершенно обособленно поставленных кассационных департаментов, как бы осуществлена старая мысль о разделении сената на судебный и правительственный. Но "правительственный" сенат не слился с министерствами или с комитетом министров и в этой, к счастью сохранившейся вопреки предложениям Сперанского, отдельности сената от комитета — залог

[1] Сборник Р.И.О., т. 74, стр. 9.

возможности для административных департаментов сената стать со временем настоящим административным судом высшей инстанции. Слияние сената с комитетом, напротив, знаменовало бы собою смешение функции надзора за законностью с функциями администрации.

§ 66. Современное устройство Сената

Действующее Учреждение Сената, воспроизводя в несколько измененном виде общие определения указа 8 сентября 1802 г., довольно определенно отмечает, что сенату принадлежит собственно функция надзора.

Согласно определению первой статьи Учр. Сен., правительствующий сенат есть верховное место, которому в гражданском порядке суда, управления и исполнения подчинены все вообще места и установления в Империи, кроме высших государственных установлений и тех, кои особенным законом именно изъяты из сей зависимости, а статьи 2 и 3 поясняют это определение, указывая, что "Сенату принадлежит высший надзор в порядке управления и исполнения" и "беспристрастному и нелицемерному его правосудию — верховная ревизия суда", а также "заведывание судебною частью в качестве верховного кассационного суда".

Власть сената ограничивается единою властью Государя, иной же высшей власти он над собою не имеет (ст. 197). Его указы исполняются всеми подчиненными ему местами и лицами, как собственные Государя Императора, и один Государь может остановить сенатское повеление (ст. 198). Но все свои определения сенат должен основывать на законах (ст. 200). Его власть самостоятельная, но подзаконная. Внешним выражением подзаконности сената служит то, что в нем, как и в подчиненных ему присутственных местах, стоит на столе зерцало, чего нет в государственном совете. Если же подчиненное место или лицо усмотрит разноречие в определениях сената, то, не чиня исполнения, докладывать о том сенату, который имеет таковые дела с объяснением своих определений вносить к Государю (ст. 198).

Сенат не приступает к решению таких дел, на которые не оказывается точного закона, но, во всяком случае, требующем издания новых или дополнения либо перемены существующих узаконений, составлять проект разрешения и все дело вносится министром юстиции, с его заключениями, к Государю через государственный совет (ст. 201).

Если бы по общим государственным делам существовал указ,

сопряженный с великими неудобствами в исполнении, или, по частным судным, несогласный с прочими узаконениями, или же неясный, то сенату дозволяется входить с докладом о сем к верховной власти; но когда по такому представлению перемены не последует, то указ остается в своей силе. Сие право сенат распространяет, однако же, только на законы прежние, не касаясь вновь издаваемых или подтверждаемых (ст. 202).

Сенат не может сам собою ни уничтожить, ни переменить своего решения, без особого Высочайшего повеления (ст. 207).

В изложении действующего издания Учреждения Сената 1892 года первая статья, именуя сенат "верховным местом", вместе с тем говорит о неподчинении ему "высших государственных установлений". В старых изданиях 1832, 1842 и 1857 годов этих слов не было. Говорилось только об изъятии из подчинения сенату лишь тех мест и установлений, "кои особенным законом именно изъяты от сей зависимости", и в цитате под литерой б) были указаны только министерство двора и опекунские советы. В действующем издании вставлены вышеуказанные слова о "высших установлениях", и в цитате приведены учреждения государственного совета, комитета и совета министров. Едва ли вставку эту можно признать правильной. Во-первых, она как бы дает основание предполагать, что имеются установления высшего сената, а между тем в той же статье сенат именуется верховным, т.е. не знающим над собой высшей власти, и в ст. 197 указывается, что власть сената ограничивается единою властью Государя Императора, а не какой-либо другой. Поэтому нет основания называть государственный совет, комитет и совет министров и вообще какое-либо другое установление высшим в отношении сената. Выше сената нет никого, кроме Государя. К тому же говорить о подчинении или неподчинении какого-либо вообще установления государственному совету или комитету министров едва ли вообще есть надобность, так как эти установления, будучи лишены всякой самостоятельной власти и ограничивая свою деятельность только содействием верховной власти, не могут поэтому никому, кроме Государя, подчиняться и ни над кем сами властвовать. Поэтому об этих органах, призванных исключительно к содействию непосредственному осуществлению верховной власти, незачем указывать на неподчинение их сенату. Другое дело министр двора или главноуправляющий ведомством учреждений Императрицы Марии. Эти лица, непосредственно содействуя монарху своими докладами, наделены вместе с тем и известною долею самостоятельной, но подзаконной власти. Но

и в осуществлении этой власти, в силу особого о том постановления закона, изъяты из подчинения сенату. Вот об этом действительно следовало упомянуть, но этим и ограничиться, как это было в трех первых изданиях Учреждения Сената.

Хотя в настоящее время сенат уже не является более органом верховного управления, замененный в этом отношении государственным советом и комитетом министров, но воспоминание о прежнем положении сената, непосредственно содействовавшего осуществлению верховной власти, сохранилось еще в том, что и до сих пор по словам закона "единое лицо Императорского Величества председательствует в Сенате" (ст. 4). Однако правило это не имеет практического значения, так как сенат теперь никогда не функционирует как целое, in corpore. Общего собрания всего сената теперь не существует.

В настоящее время сенат не образует из себя одного целого учреждения, а представляет лишь совокупность нескольких совершенно обособленных коллегий. Он состоит из отдельных департаментов, соединенных присутствий и общих собраний. Департаментов всего восемь. Из них одни судебные, другие административные; к судебным департаментам относятся, во-первых, два кассационных департамента, действующих на основании судебных уставов Александра II, и, во-вторых, старые судебные департаменты: пятый — уголовный, третий и четвертый — гражданские; межевые дела ведает теперь третий департамент. Три судебных департамента составляют второе общее собрание. Два кассационных — общее собрание кассационных департаментов; кроме того, первый департамент соединяется в соединенные присутствия с обоими кассационными и с каждым из них порознь; с обоими он соединяется также в общее собрание (ст. 12). Кроме того, в сенате образовано еще высшее дисциплинарное присутствие. Мы не будем вовсе останавливаться на организации и деятельности этих судебных и кассационных департаментов и их общих собраний и соединенных присутствий департаментов, так как вообще не включили в изложение учение о судебной власти. Административных департаментов всего три: первый, второй и департамент герольдии. Соединенное присутствие трех административных департаментов образует первое общее собрание. Организация и деятельность этих только четырех коллегий: трех административных департаментов и первого общего собрания, и составит предмет нашего изложения.

Как департаменты, так и общее собрание составляются из особ первых трех классов, определяемых по непосредственному

Высочайшему избранию и носящих звание сенаторов (ст. 5). Для назначения в сенаторы, кроме кассационных департаментов, не установлено никаких особых условий. Сенаторами могут быть назначаемы как гражданские, так и военные чины (ст. 6), и со званием сенатора совместима всякая другая должность (ст. 7). Сенаторы лично пользуются некоторыми особыми правами, присвоенными их званию. Так, прежде всего, сенаторы имеют право объявлять словесные Высочайшие повеления (ст. 239). Затем на сенаторов могут быть возлагаемы 1) производство ревизий губернии и 2) поручения по взысканию недоимок (ст. 245). Закон сохраняет еще старый взгляд на сенаторов, как непосредственных советников монарха и потому вменяет им в обязанность "представлять по чистой совести о происходящем вреде в государстве и о нарушителях закона, ему известных" (ст. 238). Каждый сенатор, говорит ст. 237, как истинный сын отечества, имея всегда в виду долг свой к Богу, государству и законам, долженствует памятовать, что обязанность судьи есть почитать свое отечество родством, а честность дружбою". Но так как в настоящее время сенат уже не является более непосредственно содействующим монарху учреждением, то права эти на деле потеряли свое значение. Более других охранило практическое значение право сенаторских ревизий, но и сенаторские ревизии назначаются теперь лишь изредка, как чрезвычайная мера, каждый раз по особому Высочайшему повелению.

Каждый департамент слагается из сенаторов, в неопределенном числе назначаемых к присутствованию в нем по Высочайшему усмотрению (ст. 13). Общее собрание слагается из сенаторов соответствующих департаментов. Первое общее собрание из департаментов первого, второго и герольдии (ст. 28). Перемещения сенаторов не ограничены никаким сроком. Кроме сенаторов в департаментах и в общем собрании присутствуют по делам их губерний главные начальники губерний (ст. 36), и, сверх того, в общем собрании и в первом департаменте также и министры, по делам их министерств (ст. 35). Председательство и в общем собрании, и в департаменте возлагается на одного из сенаторов — первоприсутствующего. Назначение первоприсутствующего в департаментах совершается ежегодно Высочайшим указом, для чего в декабре месяце министр юстиции представляет Государю полный список всех наличных сенаторов через комитет министров (ст. 14). В общем собрании первоприсутствующим почитается старший по чину из первоприсутствующих департаментов (ст. 29).

Взаимное отношение департаментов и общего собрания в сенате не то, как в государственном совете. Департаменты сената не подготовительная комиссия, а самостоятельные инстанции, и дела, в них производящиеся, по общему правилу, в них и оканчиваются, переходя в общее собрание лишь при некоторых особых условиях.

Каждый департамент имеет ту же власть, какая вообще сенату присвоена, но они должны вмешиваться в дела друг друга (ст. 210). Один департамент перед другим никакого преимущества не имеет, и все они считаются в равной силе и достоинстве, почему и не могут взаимно переменять своих решений (ст. 209).

При каждом департаменте для надзора за порядком производства дел и правильностью решений состоит под начальством министра юстиции особый обер-прокурор; при департаменте герольдии он носит название герольдмейстера, а при обер-прокурорах первого и второго департаментов состоят еще и товарищи обер-прокурора (ст. 16). Надзор за порядком производства дел и правильностью решений общего собрания принадлежит министру юстиции, с должностью которого соединяется звание генерал-прокурора (ст. 30).

Под управлением обер-прокурора при каждом департаменте имеется особая канцелярия, состоящая из обер-секретарей (в департаменте герольдии — товарищей герольдмейстера), секретарей и помощников (ст. 17, 254). При первом общем собрании нет особой канцелярии, и делопроизводство посему возлагается на канцелярию первого департамента (ст. 31).

Так как в общее собрание дела поступают не иначе, как из департаментов, то общее собрание не имеет своей самостоятельной компетенции. Предметы ведения общего собрания те же самые, что и предметы ведения составляющих его департаментов. Ведомство административных департаментов простирается на всю Империю (ст. 27). Из трех административных департаментов самая обширная компетенция первого департамента. Мало того, его компетенция составляет общее правило, т.е. все вообще дела управления, производимые в подчиненных сенату местах и могущие быть по закону приведенными к окончанию не иначе, как с разрешения или через посредство сената, если они не отнесены в частности к ведению никакого другого департамента, подлежат рассмотрению первого департамента (ст. 19, п. 7). Напротив, второй департамент и департамент герольдии ведают только те дела, которые им прямо предоставлены зако-

ном. Их компетенция никогда не предполагается. Но в одном отношении компетенция первого и второго департаментов одинакова. Они пользуются правом пояснять и подтверждать в случае надобности законы, относящиеся до дел, их ведению предоставленных. Первый департамент может издавать такие пояснения по собственной инициативе (ст. 19, п. 6; ст. 21, п. 7), а второй департамент — только по представлениям губернских присутствий и министров (ст. 20, пункт 5).

В частности департамент герольдии ведает: 1) дела о правах состояния дворянства и почетного гражданства, издание Адрес-Календаря (ст. 21), а второй департамент дела по жалобам на решения органов надзора за крестьянским самоуправлением и по представлениям этих органов (ст. 20). Затем все другие дела управления, подлежащие ведению сената, относятся к ведению первого департамента.

Но закон не ограничивается относительно предметов ведения первого департамента таким общим указанием и дает довольно подробное их перечисление под пятью рубриками, с многочисленными подразделениями, так что перечень этот занимает две убористых страницы. Однако и принятые законодателем рубрики: 1) обнародование законов, 2) охранение и удостоверение прав и преимуществ разных состояний, 3) управление разных подчиненных сенату мест и должностей, 4) судебное разбирательство по делам казенного управления и 5) рассмотрение дел по начетам казны и на казну, 6) все вообще дела управления, производимые в министерствах, главных управлениях и других подчиненных сенату местах, когда на основании подлежащих учреждений, уставов положений и правил оные не могут быть приведены к окончанию иначе, как с разрешения или через посредство сената и не принадлежать к предметам других департаментов (ст. 19), — не дают полной и достаточно определенной группировки. Так, нет вовсе прямого указания на жалобы частных лиц, приносимые сенату на министров и на губернские места, а между тем на деле они составляют значительнейшую часть дела первого департамента, но отнесение их к его ведению можно вывести лишь из общего указания ст. 2 Учр. Сен., что сенату принадлежит высший надзор в порядке управления и исполнения. Нет также указания на жалобы земских и городских управ на постановления губернских по земским и городским делам присутствий. Точно так же не указано на то, что министерские указы по общему правилу предоставляются для распубликования их сенату, как это прямо указано в Учрежд. Мин.,

ст. 176, п. 6 и в большинстве частных полномочий министрам на издание указов.

Из перечисленных функций самой несложной представляется обнародование законов. Первому департаменту принадлежит также ближайшее определение порядка обнародования на местах, например, при издании манифестов, распоряжения о прочтении их в церквах и наблюдение за непомещением официальными и частными изданиями законоположений и правительственных распоряжений, подлежащих опубликованию через сенат, ранее напечатания их в сенатских изданиях (ст. 19, п. 1).

К сохранению и удостоверению прав состояния относятся, кроме дворянства и почетного гражданства, дела о доказательстве прав состояния, о перемене фамилий, о перечислениях и переходе из одного состояния в другое, дела об актах состояния; кроме того сюда же относятся дела о сословных выборах всех состояний, не исключая дворянства (п. 2).

К управлению подчиненных сенату мест и должностей отнесены прежде всего общий надзор за действиями разных мест управления и происходящие от сего меры взыскания, понуждения и поощрения. Значение этой общей и неопределенной формулы выясняется ближайшим образом статьями 203 и 204, помещенными в главе VI Учр. Сен. о степени и пространстве власти сената. Если сенат усмотрит, что по частям, управлению министров вверенным, вкрались важные злоупотребления или откроет в донесениях, министрами Императорскому Величеству поднесенных, обстоятельства несогласные с настоящим положением дела; в таковых заслуживающих особенное уважение случаях сенат, истребовав объяснение от министра той части, до которого сие относится, если найдет оное неудовлетворительным, представляет на рассмотрение Императорскому Величеству. Если сенат из доходящих до него дел усмотрит, что в некоторых местах губернского управления произошел беспорядок или злоупотребления власти, то приемлет следующие меры: 1) когда сенат усмотрит несоблюдение законного порядка губернскими правлениями и губернаторами и иное упущение, не сопряженное с обстоятельствами особенной важности и неумышленное, то постановляет им оное на вид, или же определяет сделать им от своего имени замечание, без внесения в послужные списки и без опубликования; 2) когда подобные упущения, хотя маловажные и неумышленные, были замечаемы неоднократно и в разных губерниях, и когда для отвращения происшедших недоразумений нужны общие предписания или подтверждения, то сенат издает

оные от себя печатными указами, не испрашивает Высочайшего разрешения, без наименования, однако, в сих указах мест и лиц, кои подали к тому повод; 3) когда по обстоятельствам дела откроется, что какое-либо губернское начальство, сверх замечания за неуместное по должности упущение, подлежит еще законному взысканию в удовлетворение казны или же лиц, понесших убытки от неправильных его действий, то сенат на определение такого взыскания испрашивает Высочайшее соизволение и потом налагает оное на виновных, однако же без опубликования и без внесения сего в послужные списки; 4) когда губернское начальство обличено будет в умышленном или неоднократном нарушении законного порядка и злоупотреблении вверенной ему власти, или когда, по важности дела, сенат признает нужным сделать ему выговор, более или менее строгий, то испрашивает на сие Высочайшее соизволение через комитет министров и, получив оное, определяет виновных опубликовать и проступок их внести в послужные их списки. Правила эти распространяются и на прочие присутственные места в губерниях, с тем только, что сенат сам решает опубликование, ограничиваясь одними важными случаями. Если губернские правления не отвечают долгое время на указы сената, то он может с требованием ответов и объяснений послать к ним на счет присутствующих в них нарочного курьера (ст. 204, прим. 4).

Эти правила при всей своей важности представляются в настоящее время очень устарелыми. Они основаны[1] на указе 11 июля 1831 года (4.698), изданном задолго до судебной реформы, и оказываются совершенно несогласованными с основными началами Судебных Уставов. Так, напр., п. 3 устанавливает, что разрешение гражданских исков о вознаграждении за вред и убытки, причиненные частным лицам неправильными действиями губернского начальства, совершаются лишь с Высочайшего соизволения, что едва ли возможно при действии Судебных Уставов.

Постановления ст. 203 также потеряли теперь в значительной степени свое практическое значение в виду того, что предоставленное в 1802 году сенату право посылать к Государю из своей среды депутатов, не будучи никогда отменено законом, вышло

[1] В трех последних изданиях Учр. Сен., под ст. 204, вовсе нет цитат: они имеются только под примечаниями к ней. Но это, очевидно, ошибка; в первом издании указы 6 мая и 11 июля 1831 г. (451, 4.698) были подведены под статьей, и к содержанию первого примечания относится только пятый пункт указа 11 июля, все другие его пункты дословно воспроизведены в тексте самой статьи.

вовсе из употребления еще со времени генерал-прокурорства князя П. В. Лопухина (1803 — 1809)[1], и теперь все вообще дела из сената представляются Государю не иначе, как через министра юстиции.

К управлению подчиненных мест относится затем разрешение пререканий о власти и подсудности между губернскими присутственными местами и должностными лицами разных ведомств (Учр. Сен., ст. 19, п. 3). Пререкания о подсудности губернских присутственных мест одного ведомства разрешаются тем министерством, которому они подчинены, а пререкания городских и уездных мест разных ведомств — губернским правлением (Общ. Учр. Губ., ст. 175).

Сюда же отнесены также разрешение передачи для производства дел из одного присутственного места в другое и дела по донесениям и сообщениям о преступлениях по должности по административным ведомствам лиц, определяемых на должности Высочайшею Властью не выше четвертого класса, уездных и губернских предводителей и столичных голов, а также по просьбам о вознаграждении за вред и убытки, причиненные такими преступлениями, и самое предание таких лиц суду (Учр. Сен., ст. 19, п. 3, д., Уст. Угол. Суд., ст. 1085 и 1888). Первым департаментом предаются суду также столичные головы (Уст. Угол. Суд., ст. 1088(1), п. 3). Чины контрольных установлений предаются суду первым департаментом, но не иначе, как по представлению о том государственного контролера (ст. 1888, прим. 1; Учр. Мин., ст. 951).

Сюда же, наконец, отнесены жалобы частных лиц, обществ и установлений на обращенные к исполнению постановления земских собраний и городских дум, а также утверждение мировых судей и разрешение им отпусков. Но перечень этот неполон. Сюда следует еще добавить жалобы земских и городских управ на постановления губернских по земским и городским делам присутствий (Пол. земск. учр., ст. 89; Город. Пол., ст. 85); жалобы на совет министра финансов по таможенным делам на сумму не менее 600 р. в 20-дневный срок (Уст. Там., ст. 1648, 1649); на губернские и областные по воинской повинности присутствия в 2-месячный срок (Уст. Воинск. Пов., ст. 211); на казенные палаты (Уст. Прям. Налог., ст. 362); на особые по портовым делам присутствия (Уст. Торг., прил. к ст. 123, ст. 37); на евангелическо-лютеранскую генеральную кон-

[1] Записки Державина. (Сочинения, т. VI, стр. 757).

систорию (Уст. Дух. Д. Иностр. Исповед., ст. 581). Точно так же утверждает сенат в должности не одних мировых судей, а, напр., также уездных кадиев.

К судебному разбирательству по делам казенного управления принадлежат из дел первого департамента: 1) споры между министерствами и главными управлениями о казенном имуществе и жалобы на распоряжения главных начальств по делам о казенных подрядах, поставках и отдаче в арендное содержание оброчных статей; 2) споры по делам таможенным и горным и 3) жалобы по делам о нарушении правил о частной золотопромышленности.

Наконец, за сенатом сохранились еще некоторые контрольные функции: 1) рассмотрение заключений совета государственного контроля по делам о начетах и взысканиях разных неправильных расходов, ревизией его обнаруженных, и о сложении оных на счет казны в тех случаях, когда окончательное разрешение не предоставлено государственному контролеру; 2) разрешение разногласий между военным или адмиралтейств-советом и советом государственного контроля по ревизии отчетности; 3) вообще рассмотрение дел о сложении безнадежных взысканий и недоимок на сумму до 30 000 р., когда с определением сената согласны министры финансов, юстиции и государственный контролер, и 4) рассмотрение дел о возврате из казны сумм, поступивших в оную неправильно, и окончательное разрешение их на том же основании, как выше о сложении безнадежных взысканий и недоимок означено.

Порядок делопроизводства в административных департаментах сената в общем сохранился старый, прежде применявшийся и в наших судебных местах и не представляющий вовсе никакой особой пригодности для разрешения вопросов административной юстиции.

Новые законы поступают в первый департамент через министра юстиции (ст. 48). Все другие дела поступают в департаменты непосредственно через канцелярию (ст. 49). Изготовление дел к докладу возлагается на канцелярию (ст. 511) и заключается 1) в собрании справок и 2) в составлении записки (ст. 61), изложенной так, чтобы по присоединении к ней в начале времени слушания, а в конце резолюции сената, она могла послужить самым определением сената (ст. 67). Записки скрепляются обер-секретарями, прописывающими при этом, что, “кроме означенных в записке законов, приличных тому делу нет” (ст. 68). По особо важным делам записки могут быть по усмотрению мини-

стра юстиции напечатаны (ст. 72). Доклад дела производится канцелярией и состоит в изустном изложении дела и в чтении при этом тех актов или документов, которые должны быть доложены в буквальном их содержании (ст. 82). Для решения дела требуется присутствие не менее трех сенаторов (ст. 76).

До закона 29 мая 1869 года (47.150) дела во всех департаментах решались не иначе, как единогласно. В случае разногласия дела переносились из департамента в общее собрание. Теперь такой порядок единогласного решения сохранился только для решительных определений старых судебных департаментов, да для тех дел департамента герольдии, которые возникают не по жалобам на присутственные и должностные лица и не по представлениям сих мест и лиц, а по частным просьбам, например, об утверждении в правах дворянства или почетного гражданства, о выдаче дипломов, о составлении гербов, о перемене фамилий, и по таким же просьбам о других правах состояния в департаменте первом. Дела по жалобам на присутственные места и должностные лица и по представлениям сих мест и лиц решаются в департаментах окончательно большинством двух третей (Учр. Сен., ст. 95). Таковы все дела второго департамента. Таково решительное большинство дел первого департамента. Но в первом департаменте есть и такие дела, которые решаются окончательно простым большинством голосов: сюда принадлежат дела по донесениям и сообщениям о преступлениях должности в административных ведомствах, по просьбам о вознаграждении за вред и убытки, причиненные сими преступлениями, предание суду должностных лиц (ст. 96). Дела же о прекращении следствий по государственным преступлениям и дела о сообществах, предусмотренных в ст. 318 — 324 Улож. о Наказ., вообще производятся в первом департаменте порядком, определенным в Судебных Уставах. Обер-прокурор по ним дает заключение раньше постановки департаментом решения и не имеет права пропуска решения (ст. 97).

Если в департаменте не составится, когда оно требуется, узаконенного большинства 2/3, то обер-прокурор старается согласить сенаторов (ст. 99). Если же и затем требуемого большинства не составится, то он дает письменное согласительное предложение не далее 8 дней после выслушания дела (ст. 100). На согласительное предложение испрашиваются отзывы только тех сенаторов, которые участвовали в слушании дела (ст. 101). Оспаривать (“оговаривать”) предложения нельзя, а каждый сенатор обязан только объяснить, согласен он с предложением или нет (ст. 102).

Если и после согласительного предложения не составится большинства 2/3, то дело переносится в общее собрание (ст. 104). Но даже и в том случае, когда состоится требуемое большинство, обер-прокурор может, если не будет согласен с мнением большинства, сделать в восьмидневный срок предложение о причинах своего несогласия. Если сенаторы не убедятся доводами обер-прокурора и останутся при прежнем мнении, обер-прокурор доносит об этом министру юстиции и, если министр уважит предложение обер-прокурора, дело переносится в общее собрание (ст. 105). Но есть дела, по которым обер-прокурор до пропуска определения департамента во всяком случае обязательно представляет дело на предварительное рассмотрение министра юстиции. Из дел административных департаментов сюда относятся дела: 1) по коим требуется повсеместное предписание для единообразного исполнения; 2) об отмене или перемене прежнего решения; 3) о предоставлении министру юстиции какого-либо исполнения, напр., испросить Высочайшее повеление, снестись с посторонним ведомством; 4) об отчуждении чего-либо из владений казны; 5) об утверждении в дворянстве и 6) о перемене фамилии. Если министр не согласится по этим делам с мнением департамента, дело переносится в общее собрание (ст. 106).

Таков общий порядок решения дел в департаментах. Но, кроме того, некоторые дела решаются при участии подлежащих министров, выражающемся или в том, что состоявшееся определение прежде подписания сенаторами препровождается министру для отзыва, или в том, что дело слушается в присутствии министра (ст. 120). В первом департаменте большинство дел требует такого порядка рассмотрения. Для второго департамента установлено, что письменный отзыв подлежащего министра или личное его участие в рассмотрении сенатом дела требуется по тем делам, по которым сам департамент признает это необходимым. Для первого департамента, напротив, прямо в законе определено, когда требуется личное присутствие и когда только письменный отзыв (ст. 122). Мнения министров, изложенные в их представлениях, не считаются в числе голосов, а только мнения, вытребованные сенатом или данные министрами в его присутствии (ст. 98). По некоторым делам, кроме того, требуется предварительное, до постановления определения, заключение министра. Сюда, между прочим, относятся все дела по жалобам на действия самих министров (ст. 125). Если департамент не примет такого мнения министра, то дело переносится в общее собрание.

Могут ли частные лица, участвующие в деле, обжаловать определение департамента и тем вызвать перенос дела в общее собрание? Так как каждый департамент в отдельности имеет ту же власть, какая вообще сенатору присвоена (ст. 210), и так как на "решения Сената нет апелляции" (ст. 217), то собственно и на определения департаментов не следовало допускать жалоб. Но закон допускает в этом случае отступление. "Как могут быть крайности, в коих возбранить всякое прибежище к Императорскому Величеству было бы отнять избавление у страждущего, то в таком случае допускаются всеподданнейшие жалобы на определения департаментов" (ст. 217). Жалобы эти подаются в канцелярию прошений и оттуда передаются в особое присутствие при государственном совете. Если жалоба будет признана уважительной, то дело передается в общее собрание сената (ст. 218).

В первом общем собрании порядок разрешения в общем тот же, что и в департаментах. Для постановления решения по делам, поступающим из первого и второго департаментов, требуется большинство 2/3; по всем прочим, следовательно, и по поступающим из департамента герольдии — простое большинство (ст. 132). При счете голосов наравне с голосами сенаторов считается и голос участвующего в деле министра (ст. 132). Право делать согласительные предложения принадлежит в общем собрании министру юстиции (ст. 111, 113). Предложения эти подлежат предварительному рассмотрению в консультации, при министерстве юстиции учрежденной и состоящей из товарища министра, директоров департаментов, всех обер-прокуроров и особо назначаемых членов. Если в общем собрании не составится узаконенного большинства, или министр юстиции не согласится с мнением большинства общего собрания, то дело переносится в государственный совет (ст. 118).

§ 67. Смешанные присутствия

Обособленные органы административной юстиции в местности образуются у нас только с реформами царствования в связи с организацией местного самоуправления. Такое значение имеют именно разнообразные местные смешанные присутствия.

Значение этих присутствий недостаточно выяснено в нашей литературе. Многие излагают их устройство и деятельность без всякого теоретического освещения[1]. Проф. Энгельман видит в

[1] Например, *Сокольский*. Русское госуд. право, стр. 333 и *Алексеев*. Русское госуд. право, стр. 432.

них орудия бюрократической опеки, с помощью которых бюрократия стеснила представленные законом права самоуправления и подводит под одну категорию и новые смешанные присутствия, и такие до-реформенные учреждения, как губернские распорядительные комитеты и приказы общественного призрения[1]. Но с таким взглядом едва ли можно согласиться. От губернских распорядительных комитетов или приказов общественного призрения новые смешанные присутствия существенно отличаются тем, что им предоставлено не непосредственное заведывание определенным родом дел управления, а только функция надзора. К тому же и самая история возникновения смешанных присутствий убеждает, что мотивом их учреждения служило именно стремление создать особые местные органы административной юстиции[2].

Образцом для всех этих смешанных присутствий послужили учрежденные в 1870 г. губернские по городским делам присутствия. Первая мысль об организации таких присутствий была высказана в подписанном Д. Сольским отзыве кодификационного учреждения на первоначальный проект Городового Положения, составленный в 1864 г.[3] Обсуждая вопрос о порядке отмены думских постановлений и рассмотрения жалоб на них, кодификационное учреждение обратило внимание на неудобство и затруднения, связанные с установленным для земства непосредственным представлением этих дел на рассмотрение сената. "Решение дела Сенатом в большей части случаев не может последовать ранее нескольких недель и даже месяцев; между тем в числе столкновений или обжалованных постановлений городского управления может быть много недопускающих подобной отсрочки. С другой стороны, не следовало бы затруднять принесения жалоб и споров даже по предметам самой незначительной ценности, так как ими иногда могут возбуждаться весьма важные вопросы о пределах власти, о смысле закона и т.п. Между тем многие из частных людей были бы в состоянии принимать на себя по таким делам хлопоты и издержки, сопряженные с перенесением дела в Сенат. Эти соображения убеждают в том, что Сенат должен бы быть лишь высшею окончательною инстанциею, к которой обращались бы в случаях относительно редких, по делам более важным и сомнительным, и что засим, в видах воз-

[1] *Engelmann*. Das Staatsrech des Kaiserthums Russland, S. 126.

[2] Так на них смотрит *Эйхельман*. Обзор учреждений управления в России. 1890, стр. 43 и *Тигранов*. Журн. гражд. и угол. права. 1891, № 2.

[3] Материалы, отн. до общ. устр. в городах, I, 483.

можного ограждения прав и законных интересов как городского управления, так и тех установлений и лиц, которые будут приходить с ним в столкновение, — необходимо для разбора жалоб и пререканий иметь на самих местах самостоятельное, пользующееся общим доверием и авторитетом учреждение. Применяясь к ст. 1320 У. С. Г., Второе Отделение полагало бы учредить в каждой губернии особое присутствие, под председательством губернатора, из четырех членов: председателя казенной палаты и по одному члену от местного окружного суда, от губернского правления и от губернской земской управы". Из этой первоначальной мотивировки очевидно, что, предлагая учреждение этих присутствий, кодификационное учреждение имело в виду именно организации местной подчиненной сенату инстанции административного суда. Министерство внутренних дел отнеслось к этому предложению совершенно отрицательно. В объяснительной записке к проекту 1866 года предполагается, что местным органом для разрешения всех жалоб на городское управление, а также пререканий оного с местными правительственными местами и земскими учреждениями, должно быть губернское правление, как высшее в губернии место[1]. Но затем в особой комиссии при министерстве внутренних дел, под председательством А. К. Гирса, было признано неудобным поручение этой функции губернскому правлению в виду медленности его делопроизводства и несоответственности его состава[2]. Второе отделение с своей стороны настаивало на организации особых присутствий[3], и затем вопрос этот подвергся весьма обстоятельному обсуждению в особой комиссии под председательством главноуправляющего II отделением, князя Урусова. Когда комиссия сначала заседала в составе одних только представителей административных ведомств, вопрос остался нерешенным[4]. Но когда затем он вторично был обсужден с участием экспертов — городских голов и гласных — то решительное большинство (10 против 5) высказалось за организацию местных присутствий, причем в меньшинстве, кроме представителей министерства внутренних дел (Лобанов-Ростовский, Шумахер, Вишняков) и юстиции (Репинский), был только один харьковский городской голова Шатунов[5]. Следовательно, никак нельзя сказать, чтобы учреждение этих присутствий

[1] Материалы, II, стр. 85.
[2] Материалы, II, стр. 276.
[3] Материалы, II, стр. 401
[4] Материалы, III, стр. 40.
[5] Материалы, III, стр. 325—338.

было делом бюрократии. Поддерживая предположение об учреждении присутствий, московский голова князь Черкасский, указывал между прочим "что необходимость в подобном учреждении уже давно чувствуется в губерниях" и что для "городских управлений было бы гораздо важнее, чтобы дела, до них относящиеся, разрешались в Сенате не по личным объяснениям губернатора, а по отголоску общественного мнения данной местности, выражением коего и могли бы служить постановления означенного присутствия"[1].

Высказавшись за организацию местных присутствий, комиссия вместе с тем дополнила предполагавшийся их состав, так что получилось решительное преобладание судебного и представительного элемента над бюрократическим, благодаря включению в состав присутствия головы губернского города, прокурора окружного суда и председателя мирового съезда[2]. При обсуждении вопроса в государственном совете уже прямо было указано, что организуемые местные присутствия должны быть первым шагом к устройству в губерниях административных судов. "В общем строе нашей администрации, среди различных исполнительных и распорядительных инстанций, давно чувствуется недостаток в таких местных учреждениях, которые бы могли правильно, беспристрастно и без замедления разрешать возникающие по делам управления споры, пререкания и всякие вообще вопросы судебно-административного свойства (contentieux administratif). Часть эта, бывшая в других государствах предметом глубокого изучения и везде получившая более или менее удовлетворительное устройство, у нас не имеет никакой стройной организации. Такой пробел делается в особенности ощутительным с введением у нас самостоятельных всесословных выборных учреждений, каковы суть земские и предполагаемые ныне городские. Чем более будет развиваться деятельность таких учреждений, тем более, по неизбежному ходу вещей, должны размножаться возбуждаемые их действиями споры, жалобы, пререкания. Отсутствие удобного

[1] Материалы, III, стр. 334.

[2] Ввиду этого едва ли можно признать справедливым замечание Энгельмана: im Jahre 1870 gelang es der Bureaukratie aus der Aufsichtsbehörde in städtischen Angelegenheiten den Adelsmarschall ganz auszuschliessen (S. 122). При наличии трех выборных членов, головы, председателя управы и председателя мирового съезда, участие предводителя дворянства в надзоре за городским самоуправлением вряд ли представлялось необходимым, по крайней мере не считал его таковым ни один из городских голов, бывших в комиссии.

порядка разрешения оных сопровождалось бы неминуемо крайними затруднениями. С этим в существе все согласны, и само министерство внутренних дел предполагает учредить особые губернские советы, которым должно принадлежать рассмотрение спорных административных вопросов. Но замечают, что подобные учреждения должны быть образованы для всех вообще дел судебно-административных, а не одних только городских. Государственный Совет полагал, что в деле устройства означенных инстанций, — деле новом и трудном, — осторожнее действовать с некоторою постепенностью, образуя учреждения сначала для известных лишь дел, и потом, сообразно с указаниями опыта, расширяя круг их деятельности"[1].

В то время в комиссии о губернских и уездных учреждениях при министерстве внутренних дел разрабатывался проект учреждения губернских советов из лиц, стоящих начальниками губернских управлений, и из представителей общественных и сословных установлений. Ведению этих советов имелось в виду передать судные дела губернских правлений и дела отдельных смешанных присутствий. Но предположения эти не осуществились, и вместо того, по образцу губернских по городским делам присутствий, образовался целый ряд отдельных смешанных присутствий.

Мы уже знаем, что губернские по городским делам присутствия заменились теперь, по общему правилу, губернскими по земским и городским делам присутствиями. Кроме того, постепенно учреждались губернские по воинским делам присутствия, питейные присутствия, податные, фабричные, особые присутствия о подъездных путях, портовые присутствия и не носящие названия присутствия, но с таким же смешанным составом и аналогичными функциями лесные комитеты и училищные советы. Некоторые из этих учреждений имеют и соответствующие уездные инстанции, а именно, имеются уездные воинские, питейные и податные присутствия и уездные училищные советы.

Все эти учреждения с различными видоизменениями имеют довольно однородный состав. В решительном большинстве губернских председательствует губернатор. Исключение в этом отношении составляют только податные присутствия, где председатель, управляющий казенной палатой, и училищный совет, состоящий под председательством губернского предводителя. Точно так же в решительном большинстве уездных коллегий председательствует уездный предводитель. Исключение тут со-

[1] Материалы, III, стр. 508, 509.

ставляет одно только уездное податное присутствие, состоящее под председательством податного инспектора. Затем членами этих коллегий являются представители административных ведомств, судебного ведомства (обыкновенно прокурор, иногда судья), органов местного самоуправления, земского и городского, предводитель дворянства. Иногда имеется особо назначаемый непременный член. Представителя судебного ведомства нет только в податных и подъездных присутствиях, а также в училищных советах. Зато в училищных советах имеется представитель духовного ведомства. Губернский предводитель не состоит членом только податных, фабричных и портовых присутствий. Наиболее отличающийся от других присутствий состав имеют податные присутствия.

Организация смешанных присутствий, представляющих несомненно лишь временное, переходное образование, не лишена некоторых довольно существенных недостатков. Прежде всего нельзя признать целесообразным предоставление председательства в большинстве губернских присутствий губернатору. Во-первых, губернатору, как представителю активной административной власти, вообще не подходит председательская функция, требующая прежде всего объективности, спокойствия, беспристрастия, особенно в такой коллегии, которая должна служить органом административной юстиции. Во-вторых, губернатор итак слишком обременен делами для того, чтобы посвящать достаточно времени и внимания этим председательским обязанностям. Было бы желательно заменить губернатора особым председателем, не имеющим других функций и притом достаточно самостоятельным и независимым.

И в общем состав этих присутствий не может быть признан удовлетворительным, так как члены их в большинстве лица итак очень занятые по своим специальным должностям и потому едва ли могут отдать делам присутствия достаточно времени и внимания. Затем, кроме представителя судебного ведомства, предводителя и особо избранного члена от земского собрания или городской думы, все другие члены суть орган активного управления, и таким образом функция активного управления соединяется с функцией административной юстиции.

Нельзя признать правильным и тот путь, на какой вступил в этом отношении закон 1 июля 1895 года о преобразовании управления четырех сибирских губерний, заменивший губернские по городским делам и по воинской повинности присутствия общим присутствием губернского правления. Этим не ослабляют-

ся, а, напротив, усиливаются все недостатки того порядка, какой существует в других губерниях и областях. Раздельность активного управления и администрации тут еще более ослаблена. Перенесение функций административной юстиции на то самое установление, содействующее губернатору в осуществлении его власти как начальника и хозяина губернии, именно не может способствовать обеспечению необходимой самостоятельности административного суда.

§ 68. Финансовый контроль[1]

Финансовый контроль служит той же общей цели обеспечения законности управления, как и собственно административная юстиция, но только в более специальной форме. Контроль служит обеспечению не вообще законности управления в его целом, а лишь законного порядка приема, хранения и расходования сумм. Затем, в отличие от административных исков, контрольная отчетность осуществляется не по частной инициативе лиц, потерпевших от незаконных действий, а по публичной инициативе самого государства. Это начало публичности контроля выражается также и в том, что предметом контроля служат не отдельные только распоряжения управления, вызывающие нарекания и жалобы со стороны заинтересованных лиц, а все исполнение росписи государственных доходов и расходов, как одного целого. Все действия распорядительных установлений подлежат контролю, а не только обжалованные кем-либо.

Наконец, в отличие от вопросов, подлежащих разрешению административных судов, контрольная отчетность вовсе не зависит от местных бытовых условий. Поэтому в состав местных контрольных установлений нигде не вводят представителей местного общества. Но, с другой стороны, контрольная отчетность, как обеспечение правильного исполнения росписи государственных доходов и расходов, имеет всегда и политическое значение, определяя в финансовой области взаимное соотношение законодательства и управления. Поэтому в конституционных государствах в контроле принимает участие и народное представительство.

Современное устройство контроля в России есть плод реформы, совершенной в этом отношении в царствование Александ-

[1] *Lorenz v. Stein*. Lehrbuch der Finanzwissenschaft. 4 Ausg. 1878. B. I, S. 108—123. *Бочковский*. Организация государственного контроля в России сравнительно с государствами Западной Европы. 1895. *Сакович*. Государственный контроль в России. 1896.

ра II, — реформы, неразрывно связанной с именем известного В. А. Татаринова. Преобразованию собственного контроля, как необходимого его условия, были предписаны установления определенных сметных правил и единство касс. Самая контрольная реформа не выразилась, однако, в одном цельном органическом законе: она совершилась посредством целого ряда отдельных узаконений, и только в 1892 г. было составлено объединенное и внутренне согласованное Учреждение Государственного Контроля, вошедшее в состав Учреждения Министерств, изд. 1892 г., ст. 943—1016.

Государственный контроль поставлен у нас в ряду министерств, так что на него распространяются по общему правилу все постановления общего Учреждения Министерств. В частности стоящему во главе государственного контроля государственному контролеру присвоены положение и права министра. Внешним образом и самое устройство государственного контроля подобно министерствам. Вся власть управления сосредоточивается в руках государственного контролера. При нем состоит его товарищ на правах товарища министра. Затем в состав государственного контроля входят совет государственного контроля, канцелярия, три департамента под управлением генерал-контролеров, центральная бухгалтерия, две комиссии для поверки отчетности государственного контроля и тех частных железных дорог, при которых не учреждено местного правительственного контроля. Местными органами контроля служат контрольная палата и местные контрольные части на железных дорогах.

Но имеются и особенности в устройстве. Так, прежде всего, совет контроля, состоящий, под председательством государственного контролера, из его товарища, членов по Высочайшему назначению и генерал-контролеров, решает дела по большинству голосов. Если государственный контролер не согласится с заключением совета, он может только перенести дело на высшее рассмотрение в государственный совет, комитет министров или сенат, смотря по роду дела. Тем же порядком разрешаются дела совета государственного контроля, когда в нем не составится вовсе большинства, или когда разрешение дела превышает власть совета. Если с заключением совета не согласятся военный или адмиралтейств-советы, а также министры, дело представляется сенату.

Совет руководит ревизионной деятельностью всех учреждений государственного контроля и в частности: 1) разрешает затруднения относительно применения порядка ревизий отчетности;

2) рассматривает и утверждает или отменяет постановления общих присутствий центральных и местных контрольных установлений, по протестам против них или по несогласию с ними начальников контрольных установлений; 3) обсуждает предположения об издании новых законов; 4) предает суду чинов VII — V классов и 5) рассматривает все вообще дела, которые государственный контролер ему представит. По всем этим делам государственный контролер действует не иначе, как совокупно и нераздельно с советом. В предложениях совету государственный контролер не излагает своего мнения, но дает его, как председатель, словесно при обсуждении дела.

При департаментах государственного контроля имеются также общие присутствия, состоящие под председательством генерал-контролера, его помощников и старших ревизоров. Полносудное число членов общего присутствия в департаменте железнодорожной отчетности — три, а в остальных департаментах — четыре. Решения постановляются по большинству голосов; при равенстве голосов голос председателя дает перевес. Если вовсе не составится большинства, дело переносится в совет государственного контроля.

Местные органы контроля имеют также коллегиальное устройство. Контрольные палаты состоят под начальством управляющего, под председательством которого образуется общее присутствие, из помощника его и старших ревизоров. Контрольные палаты к общим местам губернским не причисляются, а принадлежат к особым установлениям ведомства государственного контроля. Они производят ревизию местных оборотов самостоятельно и окончательно (Общ. Учр. Губ., ст. 1134 — 1151). Чины контрольных установлений могут быть подвергаемы ответственности не иначе, как через посредство государственного контролера. Вследствие чего местные начальства не входят ни в какие непосредственные распоряжения в отношении к установлениям государственного контроля, но в случае усмотренных ими злоупотреблений дают о том знать начальникам контрольных установлений и государственному контролеру (Учр. Мин., ст. 951). Губернаторы не могут контрольным палатам давать предложения (Общ. Учр. Губ., ст. 404); их право представлять к наградам служащих не распространяется на чины контрольных установлений (ст. 288, прим.); они не могут также ревизовать контрольные установления (ст. 231). Всех этих прав в отношении к контрольным установлениям не предоставлено также и генерал-губернаторам (ст. 210, прим.).

Ревизии государственного контроля подчинены, однако, не все правительственные установления. Из него изъяты: 1) министерство двора, 2) ведомство Императрицы Марии, 3) коммерческие операции государственного банка, 4) банкирские операции иностранного отделения особой канцелярии по кредитной части и 5) суммы, ассигнуемые на известное Его Императорскому Величеству назначение.

ГЛАВА III
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ

§ 69. Гражданская и уголовная ответственность

Особенное положение должностных лиц, как лиц, признанных осуществлять функцию государственной власти, обусловливает довольно существенные особенности в постановке ответственности этих лиц за совершаемые ими правонарушения. Так как должностные лица являются органами власти, действуют от лица государства, то правонарушения, ими совершаемые, получают особенное значение. Они больше, чем правонарушения частных лиц, подрывают авторитет закона, колеблют прочность юридического порядка: они более непосредственно отзываются на интересах всего государства. Вместе с тем полномочия власти, которыми наделены должностные лица, дают им возможность с большей легкостью совершить правонарушения, делают их более опасными, ставят частных лиц в более беззащитное в отношении к ним положение. Наконец, пользуясь своей властью, должностные лица могут совершать и такого рода правонарушения, которые совершенно невозможны для частных лиц.

Все это требует некоторого усиления ответственности должностных лиц. В старое время думали достичь этой цели усилением в отношении к должностным лицам уголовной репрессии и постановлением ее в особенные условия сообразно особенности их положения.

Но уголовная ответственность должностных лиц есть только один из разнообразных способов обеспечения законности государственного управления наряду с гражданской и дисциплинарной ответственностью и с организацией административной юстиции. Поэтому надлежащая постановка ответственности должностных лиц предполагает отчетливое выяснение существа, значения и в особенности взаимного соотношения всех существующих гарантий законности управления.

Уголовная репрессия слишком дорого обходится обществу и

материально, и нравственно, а вместе с тем уголовная кара не уничтожает совершившегося правонарушения, сама по себе не восстановляет попранного права, не возмещает причиненного преступником вреда. К карательным мерам приходится прибегать, когда нет других способов противодействия правонарушению, или способы эти недостаточны, не соответствуют тяжести противозаконного посягательства.

Поэтому в применении уголовной репрессии надо соблюдать должную экономию. Нет основания установлять угрозы наказанием, когда законность управления может быть обеспечена и без этого полнее и вернее. Уголовное правосудие не представляет собой панацеи против всех возможных правонарушений и не составляет высшей, совершеннейшей гарантии правомерности. Не даром законы с карательной санкцией называются менее совершенными законами, leges minus quam perfectae. Совершенны только те законы, нарушение которых влечет за собой юридическую ничтожность правонарушительного действия. Так и в деле обеспечения законности государственного управления на первом месте должна быть поставлена организация такого порядка обжалования незаконных действий должностных лиц, чтобы заинтересованные лица могли всегда добиться отмены или юридического обессиления незаконных постановлений.

Во всех тех случаях, когда незаконным действием органа власти не причиняется непосредственно вреда, а только незаконно мотивируется или определяется деятельность других подчиненных органов, или предписываются незаконные ограничения деятельности частных лиц, для обеспечения законности вполне достаточно права обжалования. Таковы именно случаи незаконного издания указов, требующих для своего действительного осуществления чужой деятельности в отдельных конкретных случаях; незаконные отказы в выдаче разрешений; незаконные запреты совершения частными лицами определенных действий. Западные уголовные кодексы и не облагают наказанием такого рода правонарушений со стороны должностных лиц на том, конечно, основании, что надлежащая организация административной юстиции дает в подобных случаях совершенно достаточное обеспечение законности. Подобные действия органов власти были бы опасны и подрывали бы законный порядок лишь при том условии, если бы были обязательны. Возможность путем обжалования добиться их отмены лишает их юридической силы, делает их юридически ничтожными. Наказывать должностное лицо за незаконно изданный им и отмененный надлежащей инстанцией

указ было бы так же нецелесообразно, как привлекать к уголовной ответственности лицо, написавшее вексель на простой бумаге или купчую в форме домашнего условия. Все такие акты признаются юридически ничтожными, и в этом достаточная гарантия авторитета нарушаемых ими законов.

Отмена в порядке административной юстиции оказывается неприменимой и не достигающей цели обеспечения законности управления лишь в тех случаях, когда незаконное действие должностного лица, само по себе, непосредственно, причиняет вред. Признание юридически ничтожным действия, уже причинившего вред, не достигало бы, конечно, цели обеспечения законности управления. Тут требуются меры иного свойства.

Вред, причиняемый незаконными действиями должностных лиц, может быть троякий. Во-первых, их незаконные действия могут причинить имущественный, оценимый на деньги вред. Такие правонарушения и в отношении к виновным должностным лицам установляют право гражданского иска о вознаграждении за понесенные вред и убытки.

Во-вторых, вред, причиняемый незаконными действиями должностных лиц, может представлять те нарочитые свойства особой опасности, тяжести, невознаградимости, какими обусловливается применение уголовных кар. В таком случае должностное лицо подпадает уголовному правосудию.

Взаимное соотношение гражданской и уголовной ответственности должностных лиц, конечно, то же самое, что и для частных лиц, и не возбуждает каких-либо особых сомнений. Но должностные лица могут состоять, и в большинстве случаев действительно состоят, к государству в особом служебном отношении: служат, а не исправляют свою должность по найму или как повинность, как право. Государственная служба установляет особое подчинение служащего, отличное от общего отношения подданства. Подданный обязан только к определенным качественно и количественно услугам государству; служащий — к неопределенному ряду услуг, определенных только по роду, а не по количеству. Подданный — только член, участник государственного общения; служащий — его орган и потому обязан как в служебной, так и в частной деятельности сохранять достоинство власти, представителем которой он является. Подданный подчиняется только государству; служащие, образуя определенную иерархию, ставятся друг к другу в отношение начальников и подчиненных.

По всему этому незаконные действия служащего, кроме иму-

щественного вреда и вреда, обусловливающего уголовные кары, могут причинять вред еще третьего рода: нарушение должного порядка службы. Как первыми двумя видами вреда обусловливаются соответственно гражданская и уголовная ответственность, так вредом служебному порядку обусловливается дисциплинарная ответственность. Гражданская и уголовная ответственность падает на служащих наравне с частными лицами, дисциплинарная — касается только служащих.

Но особенности ответственности должностных лиц не исчерпываются таким усилением их ответственности. Осуществление предоставленных должностным лицам функций власти является для них обязанностью. А между тем, осуществляя их, они постоянно и по необходимости приходят в столкновение с разнообразными интересами частных лиц и вызывают своими действиями их недовольство и нарекания. Отсюда являются иногда опасения, что если обставить возбуждение гражданской и уголовной ответственности должностных лиц теми же общими условиями, как и для частных лиц, то слишком частым возбуждением судебных дел свобода деятельности должностных лиц будет чрезмерно стеснена, и для них сделается невозможным спокойное и уверенное выполнение своих обязанностей. В виду этих соображений иногда устанавливается особый порядок возбуждения гражданской и уголовной ответственности должностных лиц, долженствующий защитить их от легкомысленных и неосновательных привлечений к суду.

Все эти особенности в постановке общей ответственности должностных лиц всего удобнее рассмотреть по различию их форм: гражданской и уголовной.

С материальной стороны гражданская ответственность должностных лиц не представляет никаких особенностей. Только относительно условий предъявления к ним исков о вознаграждении за вред и убытки, причиненные нерадением, неосмотрительностью или медленностью, устанавливаются иногда особые правила. Так, у нас эти иски рассматриваются в особом составе суда с участием представителей административного ведомства, а именно: 1) иски против лиц, занимающих должности до IX класса включительно — в окружном суде, в особом присутствии под председательством председателя суда, вице-губернатора, двух членов суда и двух членов из чинов местных управлений, в том числе обыкновенно и ближайший начальник ответчика; 2) иски против лиц, занимающих должности от VIII до V класса — в судебной палате, под председательством старшего председателя

палаты, из губернатора, двух членов судебной палаты и управляющих казенною палатою и государственными имуществами или одного из сих лиц и ближайшего начальника того управления, к которому принадлежит ответчик, и 3) на лиц, занимающих должности выше V класса — в соединенном присутствии кассационного и первого департаментов сената (Уст. Гр. Суд., ст. 1316—1330).

Мотивами этого изъятия из общего порядка гражданского суда представители Суд. Уст. выставляют следующие соображения.

"Нельзя никого, читаем в мотивах к ст. 1322 Уст. Гр. Суд., лишать возможности защищать свои права; но не все права одинаковы по своей природе. Есть право частное, где м о е противополагается т в о е м у; и здесь я без затруднения могу прямо привлечь всякое частное лицо к ответственности перед судом за действия, нарушающие мое право, так как здесь предполагается, что нарушитель действовал от себя, своим именем, в своем интересе.

"Совсем иное дело, когда столкновение между частным лицом с его интересом и между должностным лицом, действующим во имя интереса государственного или общественной пользы. Здесь нельзя сказать, что должностное лицо непременно ответствует имуществом за каждое нарушение интересов частного лица: это еще вопрос.

"Надо решить: в границах ли своего права действовало должностное лицо относительно интересов частного лица. Положим, что тот же вопрос решается и в споре о праве гражданском; но там решение его просто, ибо всякое право есть мое частное; а здесь право должностного лица есть государственное, не свое, и в состав почти каждого права входит значительная доля усмотрения.

"Итак, разрешение этого вопроса несправедливо было бы предоставить исключительно суду, ибо суд, имея свою область определительных и точных прав, не в состоянии взвесить все отношения и мотивы, по коим действует администрация, особливо по специальному управлению" (Суд. Уст., изд. госуд. канц. I, стр. 632).

Эти соображения вполне справедливы. Но едва ли из них необходимо вытекает предоставление решения таких дел смешанным присутствиям. Правильнее было бы разделить вопросы: 1) о законности данного действия должностного лица и 2) в случае признания его незаконным — о допустимости и определении размеров его гражданской ответственности. Решение первого

вопроса следовало бы предоставить административному суду, решение второго — гражданскому. В пользу такого порядка можно привести следующие соображения. Во-1-х, смешанные присутствия вообще непригодны для отправления правосудия, ибо члены их по необходимости ставятся в двойственное положение, являясь одновременно и судьями, и представителями противоположных интересов, затронутых в деле. Но неудобно быть одновременно и судьей, и представителем интересов стороны. Во-2-х, удобнее разделить вопросы о законности действия и о присутствии должного вознаграждения, так как тогда размер требуемого вознаграждения не будет влиять на решение вопроса о законности. В-3-х, при этом будет лучше соблюдено общее начало подчинения всех гражданских исков общему гражданскому суду.

Уголовная ответственность должностных лиц представляет некоторые особенности и с материальной, и с формальной стороны. Большая опасность общих преступлений, совершаемых должностными лицами и возможность совершения ими правонарушений, доступных частным лицам, вызывает установление для них специальной уголовной наказуемости.

Специальное усиление наказуемости за общие преступления нет основания обусловливать одним только состоянием виновного на государственной службе, так как служебная деятельность сама по себе не представляет никаких специфических особенностей. Служебной деятельностью может быть деятельность всякого рода без каких бы то ни было ограничений. Все то, что составляет содержание частной деятельности, может составить содержание и служебной деятельности. Служащие, состоящие в содействующих учреждениях, особенно в канцеляриях и в исполнительных органах, часто выполняют деятельность, не имеющую никакого отношения к функциям власти. Переписка казенных бумаг, изготовление лекарств в казенной аптеке, хранение гардероба казенного театра, заведывание эксплуатацией казенной железной дороги, управление казенным заводом, все такого рода действия ничем не отличаются от подобной же деятельности частных лиц. Поэтому служебный характер преступных деяний, совершение их по службе, не может служить основанием установления их особой наказуемости. Совершенно так же, как против гражданских правонарушений государство защищается теми же средствами гражданского суда, как и частные лица в аналогичных случаях, так и для уголовной репрессии преступных деяний, совершаемых служащими, когда их деятельность носит тот

же характер, что и деятельность частных лиц, достаточно общих определений уголовного закона, одинаково применимых к частным лицам и к служащим.

Особенную опасность и особенный подрыв авторитета государственной власти преступление представляет лишь тогда, когда оно совершается посредством осуществления функций власти. Только тот, кто действует как орган власти, может своими действиями ронять достоинство власти и подрывать ее авторитет. Только наделенный полномочиями власти получает более легкую возможность, пользуясь ими, совершать правонарушения. Вместе с тем лицо, наделенное полномочиями власти, получает возможность совершать такие правонарушения, которые не могут быть совершаемы частными лицами, как, напр., лихоимство, неправосудие и т.п.

Наше уложение о наказаниях чрезвычайно расширяет понятие особенных должностных преступлений, установляя уголовную наказуемость всякого превышения и бездействия власти (ст. 338—343). Большинство иностранных кодексов[1], напротив, предусматривает только некоторые, особенно важные виды превышения власти, оставляя все другие случаи превышения власти ненаказуемыми. В отношении к ним довольствуются мерами дисциплинарной ответственности и предоставлением права обжалования в порядке административной юстиции.

Из этих двух систем решительного предпочтения заслуживает система ограничения уголовной наказуемости. Удерживаемая нашим законодательством система представляется устарелым наследием того времени, когда не знали других средств обеспечения законности управления, как только угрозы наказанием. Современная государственная жизнь выработала наряду с уголовной репрессией и другие средства обеспечения законности управления: дисциплинарную ответственность и административную юстицию, и когда эти средства достаточны, нецелесообразно установлять еще в подобных случаях и уголовную наказуемость незаконных должностных действий. Не следует поэтому, прежде всего, установлять уголовную наказуемость за такого рода незаконное пользование полномочиями власти, которым не причиняется непосредственного вреда, а только незаконно мотивируется или определяется деятельность подчиненных органов. Другими словами, нельзя признавать самостоятельным преступ-

[1] Исключение составляет, сколько мне известно, только итальянское уголовное уложение.

лением издание, хотя бы и незаконное, общих распоряжений, указов, требующих для своего действительного осуществления деятельности других органов власти. В отношении к случаям незаконного издания, напр., обязательных для местных жителей постановлений, совершенно достаточной гарантией ненарушения законного порядка является право обжалования таких постановлений сенату. Затем и из числа таких злоупотреблений полномочиями власти, которыми причиняется непосредственный вред, особой уголовной наказуемости должны подлежать лишь те, в отношении к которым недостаточно одной гражданской ответственности, и репрессия которых притом требует взысканий, по своей тяжести превышающих пределы дисциплинарной власти, или в интересах поддержания должного престижа административной власти должна быть вверена возможно независимым органам. Меры уголовной репрессии вообще слишком дорого обходятся государству, чтобы можно было в отношении к ним быть без нужды расточительным. К тому же, чрезмерное расширение уголовной наказуемости неправомерных должностных деяний умножало бы случаи возбуждения уголовного преследования должностных лиц и тем подрывало бы престиж органов власти и создавало бы серьезную помеху беспрепятственному отправлению ими своих функций. А между тем в виду везде признаваемой возможности удаления от должности в дисциплинарном порядке и весьма серьезного значения для служащих этой кары, уголовное преследование по поводу мелких случаев злоупотребления полномочиями власти оказывалось бы большею частью совершенно бесцельным.

Наконец, нельзя не обратить внимания и на то, что слишком широкие рамки уголовной наказуемости должностных деяний могут послужить одним из самых серьезных оснований к установлению и сохранению особого порядка предания суду должностных лиц не иначе как с разрешения их начальства, так как иначе суд и прокурорский надзор получали бы право вмешательства во все подробности внутреннего порядка управления.

Наше законодательство установляет действительно, что должностные лица могут быть предаваемы суду только их начальством, от которого зависит утверждение их в должности. Таково общее правило. Но должностные лица 4 и 5 классов, утверждаемые в должностях Высочайшею Властью, а также предводители дворянства и столичные головы, предаются суду первым департаментом сената (Уст. Уг. Суд., ст. 1088).

Такой порядок предания суду едва ли можно признать удов-

летворительным. Административное начальство слишком близко стоит к своим подчиненным, чтобы с должным беспристрастием выполнять такую важную судебную функцию, как предание суду. Можно даже сказать, что начальство, от которого зависит определение к должности, непосредственно заинтересовано в такого рода делах, так как несет ответственность и за назначение на должности недостойных и ненадежных лиц, и за слабый за подчиненными надзор, обусловивший возможность совершения ими преступлений.

§ 70. Дисциплинарная ответственность

На природу дисциплинарной ответственности существуют в литературе довольно разнообразные взгляды.

Многие совершенно отвергают всякое принципиальное различие между ними. И та, и другая представляются им осуществлением все той же карательной власти. Вся особенность дисциплинарных взысканий, по их мнению, в том, как они налагаются: судебным порядком или нет.

Так, Бернер видит единственный отличительный признак дисциплинарных проступков в том, что они "ведаются не уголовным судом, а только дисциплинарным ведомством"[1]. Из государствоведов всего решительнее высказывает такой взгляд Георг Майер. "Всякое нарушение служебного долга, — говорит он, — характеризуется, как наказуемое деяние, как преступное деяние по службе. Но наказуемость таких деяний может быть двоякая: уголовная и дисциплинарная. Более тяжкие преступные деяния по службе, с более точным определением их состава, облагаются уголовным уложением более строгими наказаниями, именно — лишением свободы. Их называют должностными преступлениями. Осуждение должностного лица за такие деяния может иметь место лишь в порядке обыкновенного уголовного судопроизводства. Все другие, специально нефиксированные нарушения служебного долга суть служебные проступки в собственном смысле. Они преследуются не судебным, а дисциплинарным порядком. Принципиальной границы между ними не существует"[2].

Не трудно, однако, убедиться в совершенной несостоятельности такого воззрения. Наложение наказания судом вовсе не составляет необходимой принадлежности уголовных наказаний.

[1] Учебник уголовного права, т. II, стр. 291.

[2] *Georg Meyer*. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1895, § 453, 454.

Наложение их в некоторых случаях предоставляется административным органам, и от того они не перестают быть уголовными наказаниями; например, тюрьма или крепость; и в том случае, когда в местностях, состоящих в положении чрезвычайной охраны, они налагаются не судом, а административным порядком, не получают от этого свойства дисциплинарного взыскания. И наоборот, взыскания, налагаемые судом на лиц, нарушающих порядок заседания, имеют дисциплинарный, а не уголовный характер.

Точно так же нельзя найти основание различия уголовных наказаний и дисциплинарных взысканий в их большей или меньшей тяжести. И уголовные кодексы установляют наряду с тяжкими такие легкие карательные меры, как арест и денежные пени. Из дисциплинарных взысканий есть гораздо более тяжкие, как, например, удаление от службы.

Другие идут несколько дальше и усматривают различие дисциплинарных взысканий и уголовных наказаний не в одном порядке их наложения, судебном и не судебном, а в различии самих субъектов карательной власти.

"Рядом с наказаниями по суду, — говорит проф. Таганцев, — мы встречаемся с разнообразными взысканиями, налагаемыми различными лицами и учреждениями, имеющими иногда даже частный характер: семьею, начальством какого-нибудь учебного заведения, советом присяжных поверенных, старшинами клуба и т.д. Власти, применяющие такие взыскания, подводятся под общее понятие властей дисциплинарных, и их деятельность не только дополняет, но иногда и ограничивает карательную власть государства. Эти дисциплинарные власти могут быть сведены к двум типам: 1) возникшие до государства и помимо его воли, как семья, церковь, и 2) вызванные к жизни государством[1]. К этому второму типу относится дисциплинарная власть в школе, в армии, в собраниях, в клубах[2], а также "власть дисциплинарная над служащими гражданского ведомства"[3].

Еще определеннее развивает ту же мысль г. фон-Резон: "Ежедневный опыт нас убеждает, что, помимо государственных наказаний, возможна еще и карательная деятельность другого рода. Человеческая жизнь не исчерпывается отношениями нашими к государству. Мы рождаемся членами известной семьи, из-

[1] Карательная деятельность государства и ее границы, Журн. Гражд. и Угол. Права, 1882 г., № 1, стр. 9.

[2] Там же, стр. 38, 42, 49.

[3] Там же, стр. 45.

вестного сословия, мы входим в сношения с частными лицами; мы становимся членами разных союзов или учреждений; мы поступаем на государственную службу и тем входим в особые отношения к государственной власти и т.д. Все эти сношения дают нам специальные права и налагают на нас обязанности. Несомненно, что нарушения их должны вызвать реакцию, которая, однако, ввиду свойства самих нарушений, может исходить не от государства, а лишь от тех лиц или союзов, против благ которых они были направлены. Даже само государство, в тех случаях, когда оно имеет дело с нарушениями со стороны своих агентов одного служебного порядка, отказывается от своей карательной функции, т.е. налагает на них взыскание не в общем уголовном порядке, а создает для этой цели особые органы, особое производство и даже отчасти особые взыскания. Таким образом, рядом с общими преступлениями, наказуемыми государством в силу принадлежащего ему jus puniendi, существует целая область нарушений, различающихся от них как самим содержанием защищаемых благ, так и держателем карательного права"[1].

За последнее время и в немецкой литературе это воззрение нашло себе представителя в лице Прегера[2]. По его мнению, т. н. Полицейские взыскания (Ordnungsstrafe) и дисциплинарные взыскания составляют лишь частные подразделения общего понятия автономных наказаний (autonome Strafe), в отличие от публично-правовых или уголовных наказаний (öffentlich-rechtliche Strafe, Criminalstrafe). Уголовное наказание налагается государством за нарушения публичного правопорядка; автономное наказание налагается отличным от государства, как носителя карательной власти, правовым союзом (Rechtskreis) за нарушения его собственных прав и интересов. Подобно тому, как автономией называется право подданных самим установлять право для их собственных отношений, так Прегер думает назвать автономным карательным правом полномочие отдельных правовых союзов самим облагать наказанием нарушения их особых интересов. Как автономия отличается, с одной стороны, от закона, с другой — от договора, так авто-

[1] О дисциплинарном праве, Журн. Гражд. и Угол. Права, 1889 г., № 7, стр. 1.

[2] *Preger* K. Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht. Archiv für öffentl. Recht, hrsgbn von Laband und Störk, 1892, B. VII, Heft 3, S. 365—426.

номное наказание отличается одинаково и от уголовного, и от договорного наказания (Conventionalstrafe)[1].

Различие дисциплинарных и полицейских наказаний Прегер видит в том, что дисциплинарные налагаются только на лиц, принадлежащих к данному правовому союзу, налагающему наказания, полицейские же — и на посторонних[2].

Дисциплинарные взыскания с состоящих на государственной службе также относятся к автономным, а не к уголовным наказаниям, потому что государство, как носитель карательной власти, есть субъект права, нетождественный с служебной иерархией, порядок которой охраняется дисциплинарной ответственностью.

Сравнивая между собой воззрения проф. Таганцева и фон-Резона, с одной стороны, и Прегера — с другой, мы замечаем между ними довольно существенное различие. Гг. Таганцев и фон-Резон отождествляют автономную карательную власть с дисциплинарной. С их точки зрения, дисциплинарной будет всякая карательная власть, сохраненная государством за каким-либо или предоставленная им какому-либо общественному союзу или установлению. Прегер не отождествляет автономной и дисциплинарной карательной власти, а подводит дисциплинарную власть, как видовое понятие, под общее понятие автономной карательной власти. По его учению, отличительный признак дисциплинарной власти состоит в том, что она предполагает особое отношение подчиненности.

Отождествления всякого осуществления карательной власти не государством с властью дисциплинарной нельзя допустить уже потому, что бывают случаи осуществления другими, кроме государства, общественными союзами одновременно и уголовно-карательной и дисциплинарной власти. Наиболее яркий пример такого рода представляет церковь: наряду с дисциплинарной властью она получила от государства в известном объеме и уголовно-карательную власть. “Церковь, — говорит проф. Горчаков, — по уполномочию от государства приобретала власть судить и наказывать преступные деяния своих членов, не только как нарушения правил церкви, но как преступления уголовные”.

Такую уголовно-карательную власть церкви проф. Горчаков не признает “согласною и совместимою с вероучением православной христианской церкви о существе судной церковной власти;

[1] Научная постановка церковно-судного права. Сборник госуд. знаний, т. II, стр. 201.

[2] Там же, стр. 252, 253, 258, 380, 399, 370.

такая власть никогда не была устанавливаема правилами законодательства вселенской церкви; она — институт государственный, вносимый в устройство церкви извне; следовательно, обладать уголовною властью не составляет для церкви необходимости". Напротив, дисциплинарная, или, как ее именно называет проф. Горчаков, "церковно-общественная судная власть", заключающаяся только в мерах "лишения членов церкви церковных прав и благ и в назначении им благочестивых упражнений", есть "необходимое в церкви средство для сохранения и поддержания церковной жизни в нормальном ее состоянии". Необходимость для церкви такой власти "является неизбежным результатом христианского учения о нравственном строе и о нравственных взаимных отношениях ее членов".

Если, таким образом, и другие общественные союзы наряду с государством могут осуществлять совместно и уголовно-карательную и дисциплинарную власть, то эту последнюю, очевидно, нельзя определять, как карательную власть, осуществляемую не государством.

Прегер думает отклонить это возражение, признавая дисциплинарною не всякую автономную карательную власть, а только ту, которая предполагает особое отношение подчиненности. Но этот признак очень неясен. Если какой-либо общественный союз или установление наделяется правом осуществления карательной власти, то все, на кого распространяется эта власть, по необходимости окажутся в особом отношении подчинения.

Независимо от этих частных доводов, все теории этой группы вызывают против себя и общие возражения.

Дисциплинарная ответственность не исключает вовсе уголовной, а может с нею соединяться. Даже оправданный уголовным судом может быть подвергнут дисциплинарному взысканию и vice versa. Если бы дисциплинарная ответственность была только частной формой уголовной ответственности, такое их соотношение представляло бы непримиримое противоречие с началом ne bis in idem.

Между тем на практике допустимость такого совмещения уголовной и дисциплинарной ответственности представляется необходимой. Деяния, вовсе не предусмотренные уголовным законом или, по началам уголовного права, не могущие быть вмененными в вину, нередко совершенно не мирятся с требованиями служебной дисциплины. Сами по себе преступные, они могут все-таки подрывать подобающий органам власти авторитет или делать их предметом насмешек и презрения со стороны об-

щества. В таких случаях и оправданный уголовным судом, как нетерпимый более на службе, должен подвергнуться высшему дисциплинарному взысканию — удалению от должности. Точно так же к наложенному уголовным судом наказанию, в интересах поддержания порядка службы, дисциплинарная власть может присоединять за то же самое деяние дополнительные взыскания.

Уже один факт совместимости уголовных наказаний и дисциплинарных взысканий делает возможным видеть в тех и других лишь высшую и низшую форму одной и той же уголовной ответственности. Если за одно и то же деяние служащий может подвергнуться одновременно и уголовному и дисциплинарному преследованию, очевидно, тут различие не в том только, пред кем и как отвечать, а в самих свойствах ответственности.

Невозможность различать уголовную и дисциплинарную ответственность только по различию субъектов, осуществляющих будто бы одну и ту же уголовно-карательную функцию, всего нагляднее сказывается именно относительно служебной дисциплины. В других формах дисциплины, например: семейной, школьной, церковной, сословной, профессиональной и т.п., носителем дисциплинарной власти является по крайней мере действительно отличный от государства субъект: семья, школа, церковь, сословная или профессиональная корпорация. Но в отношении к состоящим на государственной службе субъектом и дисциплинарной власти будет все то же государство, как и субъектом уголовно-карательной власти. Нигде дисциплинарная ответственность состоящих на государственной службе не организуется в виде проявления власти самого чиновничества, как обособленной и объединенной профессиональной корпорации. Везде, напротив, служащий и в дисциплинарных делах отвечает не пред своими сотоварищами, не пред сословием чиновников, а пред органами государственной власти. Учреждения, осуществляющие дисциплинарную власть над служащими, вовсе не имеют характера органов сословия чиновников, бюрократии, как целого, обособленного от государства, а, напротив, организуются и действуют, как органы государства, сохраняя вполне правительственный и начальственный характер.

Поэтому, как бы кто ни смотрел на возможность отличить другие формы дисциплинарной власти по субъектам, ее осуществляющим, к дисциплине государственной службы такая точка зрения неприложима: субъект дисциплинарной власти над служащими не какой-нибудь особенный, а то же самое государство.

Наконец, нельзя не обратить внимания и на различие в са-

мом юридическом характере уголовного правосудия и служебной дисциплины. Уголовно-карательная функция государства составляет для него не только право, но и обязанность. Органы государственной власти не только могут, но и должны преследовать уголовных преступников. В самом проекте уголовного уложения установляется наказуемость "невозбуждения служащим, вопреки его обязанности, уголовного преследования" (ст. 549, п. 1), но только уголовного преследования. Подобное бездействие относительно дисциплинарного преследования проект не облагает наказанием, и совершенно правильно. Карательная репрессия осуществляется не в одних только собственных интересах власти, а в общих интересах всей народной жизни. Поэтому уголовное преследование для органов власти — не только право, но и обязанность. Служебная дисциплина, напротив, служит исключительно интересам правильного устройства и правильной деятельности самих органов власти, и потому осуществление дисциплинарной власти является для них только правом, а не обязанностью, которую бы надо было охранять карательной санкцией.

Все это приводит нас к убеждению в неправильности отождествления дисциплинарной ответственности с уголовной.

Дисциплинарную ответственность сближают не только с уголовной, но также с гражданской и с административной. Первые попытки такого построения теории дисциплинарной ответственности встречаются в немецкой литературе тридцатых годов.

Таковы, например, воззрения Геффтера[1]. "Не всякое страдание, — говорит он, — причиняемое подданному за его образ действия общественною властью, есть наказание. Наказанием в юридическом смысле будет лишь страдание, налагаемое судьей за признанное преступление для общественного удовлетворения (zur öffentlichen Genugthuung). Наряду с карательною властью государству может также принадлежать применение особых воспитательных и исправительных мер, если воспитание и исправление лица включается в круг государственных задач, или осо-

[1] *Heffter, A.G.* Verbrechen und Disciplinarvergehungen der Staats-und Kirchendiener. Neues Archiv des Criminalrechts, B. XIII. Halle. 1833. На эту статью Геффтера ссылаются все пишущие о различии уголовной и дисциплинарной ответственности, но по какому-то недоразумению видят в ней первое выражение учения, отождествляющего эти виды ответственности. Из последующего нарочно несколько более подробного изложения воззрений Геффтера читатель может судить, насколько это соответствует истине.

бое добровольное подчинение управомочивает к тому государство. Во внешнем своем проявлении эти меры могут приближаться к настоящим наказаниям, не принимая, однако, вполне их природы".

Дисциплинарные меры отличаются частью по своей основе, частью по форме, так как они предполагают не действительное преступление, а только неправильность или эксцесс, и должны служить не общественному удовлетворению, а лишь обеспечению и сохранению в надлежащей чистоте государственной службы, почему они и не допускают публичного осуществления в действующих на воображение формах[1]. Поэтому отнесение дисциплинарных проступков к уголовному праву, как это делало прусское земское право, Геффтер считал неправильным. Уголовная ответственность должна быть ограничена, как это и принято в баварском законодательстве, только теми случаями, когда нарушение служебного долга совершается намеренно с противозаконными целями или причиняет кому-либо вред[2].

Дисциплинарные меры он разделяет на меры низшей или исправительной дисциплины (замечания, выговоры, пени, арест, временное удаление от должности) и меры дисциплины высшей или очистительной (смещение на низшую должность и отрешение от должности). Низшая дисциплина находит себе общую основу в служебной иерархии; осуществление ее есть чисто административное, а не судебное дело, и было бы несообразно возлагать его на органы судебной власти. Что же касается высшей, очистительной дисциплины, то присваивать ее органам управления можно только там, где удаление служащих предоставлено всецело произволу правительства. Если же за служащими признается право на занимаемые ими должности, то осуществление очистительной дисциплины есть не административное, а судебное дело[3]. Смещение с должности и отрешение от нее, соединенные с потерей содержания, так существенно затрагивают частные права, что они могут быть определены только судом[4], и притом с у д о м г р а ж д а н с к и м, так как тут дело идет об уничтожении, если не контракта, то во всяком случае bona fide установленного как бы контракта, а это такая же causa civilis, как удаление тутора или куратора propter

[1] Там же, стр. 80.
[2] Там же, стр. 74.
[3] Там же, стр. 76.
[4] Там же, стр. 81.

suspiciones. Если же решение в этих делах будет предоставлено уголовному суду, определения его об отрешении от должности не должны иметь значения наложения наказаний[1].

Признавая принципиальное различие между наказаниями и дисциплинарными мерами, Геффтер последовательно выводит отсюда, что оправданный уголовным судом может за то же самое деяние быть подвергнут дисциплинарным мерам. Напротив, в случае осуждения уголовным судом, определенные им наказания не могут, по мнению Геффтера, быть усиливаемы наложением за то же деяние дисциплинарных взысканий[2].

В позднейшей своей статье, отмечая, что немецкое законодательство пятидесятых годов признает карательную и дисциплинарную власть вполне самостоятельными функциями, Геффтер указывает также на возможность применения дисциплинарных мер и за такие деяния, за которые уголовное преследование допускается только по частной жалобе[3].

От подобного же, как и Геффтер, сближения дисциплинарной ответственности с гражданскою отправляется в современной литературе Лабанд. По его мнению, "несмотря на большое внешнее сходство между уголовным и дисциплинарным правом, так как оба осуществляются посредством наказания, понятие дисциплинарного права можно выяснить через протиповоложение и сравнение его не с правом уголовным, а с правом гражданским. Понятие это совпадает с противоположением договорно-обязательственных отношений и отношений власти. Решающее значение имеет при этом то, что дисциплинарные последствия нарушения долга основаны не на публичной карательной власти государства, а на его господстве над служащими (Dienstherrlichkeit), на отношении властвования между государством и служащим. Дисциплинарные взыскания не суть наказания в смысле уголовного права, а меры поддержания подчинения и порядка в служебных отношениях и обеспечения исполнения служебных обязанностей. В договорных отношениях каждый участник имеет против других право иска об исполнении или о возмещении интереса, связанного с неисполнением или с ненадлежащим исполнением. При отношениях же службы или власти место требования занимает приказ, место иска — принуж-

[1] Там же, стр. 177, 178, 193, 199.

[2] Там же, стр. 171—175.

[3] Die strafrechtliche und disciplinarische Stellung der Staats-und Kirchendiener. Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. 1853. III. S. 430—431.

дение. Дисциплинарная власть есть право осуществлять это принуждение. Она существовала в средние века против ленников и министериалов; она существовала до последнего времени против крепостных и слуг; она существует и теперь, как власть родителей и учителей, как власть капитана над экипажем, в армии и флоте. В этом заключается и сущность дисциплинарной власти государства над своими служащими; это — средство принуждения к исполнению служебного долга. Государство не нуждается для этого в иске пред судами, так как оно противостоит служащим, не как равный им, а как господствующий над ними. Гражданский иск и не мог бы принести ему никакой пользы, так как вред, причиняемый неисполнением служебного долга, лишь в редких случаях может быть оценен на деньги. С другой стороны, государство имеет только дисциплинарную власть; ему не принадлежит против служащих право иска об исполнении их служебного долга.

Итак, дисциплинарная ответственность заменяет собою не уголовную, а гражданскую ответственность. Правило ne bis in idem не нарушается, если дисциплинарная ответственность применяется вместе с уголовной, но было бы нарушено, если бы государство, наряду с дисциплинарной властью, имело еще и право иска об исполнении служебного долга. Дисциплинарные взыскания ограничиваются рамками основанной на служебном отношении власти и не имеют ничего общего с уголовными наказаниями; только случайно относятся к тем и другим денежные пени. Уголовная давность не касается дисциплинарной ответственности. Затем, состав т. н. дисциплинарных нарушений не тот, что преступных деяний; нельзя составить перечня дисциплинарных провинностей. Всякое сознательное нарушение служебного долга есть дисциплинарная провинность или, лучше сказать способно вызвать реакцию служебного начальства посредством его дисциплинарной власти. Наконец, осуществление дисциплинарной власти — право, а не обязанность государства, подобно тому, как и осуществление требования есть право, а не обязанность верителя[1].

Теории, сближающие дисциплинарную ответственность с гражданской, без сомнения, представляют некоторые преимущества сравнительно с теориями, отождествляющими ее с уголовной ответственностью. Она, прежде всего, не противоречит

[1] *Laband*. Das Srtaatsrecht des deutschen Reichs, 3 Aufl. B. I, 1895, S. 439—443.

факту совместимости уголовной и дисциплинарной ответственности за одно и то же деяние. Затем, ими не предполагается несуществующее в действительности различие субъектов, осуществляющих уголовно-карательную и дисциплинарную власть. Наконец, уподоблением дисциплинарной ответственности вполне объясняется факультативный характер функции дисциплинарного преследования.

Следовательно, теории эти удовлетворительно разрешают вопрос об отношении дисциплинарной ответственности к уголовной, вполне согласно с фактической их постановкой. Иное дело — отношение дисциплинарной ответственности к гражданской. С тем, как Лабанд думает разрешить данный вопрос, никак нельзя согласиться. Он видит в дисциплинарных взысканиях суррогат, замену гражданского иска, предполагая, что из служебного правоотношения для государства не вытекает в отношении к служащему право гражданского иска.

Однако на деле, во всех тех случаях, когда служащий, нарушая свой служебный долг, причиняет тем государству материальный, оценимый на деньги, вред, он, кроме дисциплинарной, подлежит также и гражданской ответственности.

Лабанд представляет дело так, будто дисциплинарные взыскания не что иное, как заменяющие гражданский иск об исполнении обязательства меры принуждения служащего к действительному исполнению лежащих на нем обязанностей. Но, как заметил Макс Зейдель[1], если бы это было в самом деле так, все дисциплинарные взыскания должны были бы налагаться всегда непосредственно начальством провинившегося. Если же, как это бывает в действительности, все более тяжкие взыскания налагаются особой дисциплинарной инстанцией, привлечение к дисциплинарной ответственности получает характер уже не непосредственного принуждения к исполнению, а своего рода иска, — иска дисциплинарного, предъявление которого вызывает разрешение ю р и д и ч е с к о г о вопроса о допустимости в данных условиях дисциплинарного взыскания.

Наконец, против учения Лабанда говорит и то, что высшую меру дисциплинарного взыскания — удаление от должности — никак нельзя подвести под понятие мер принуждения к исполнению служебного долга. Удаляя служащего от должности, не только не принуждают его к исполнению лежащих на нем по

[1] *Max Seydel.* Bayerisches Staatsrecht, B. III, 1887, S. 480.

должности обязанностей, но даже прямо лишают его возможности к тому.

Рем[1], в общем примыкая к воззрению Лабанда, видит, однако, в дисциплинарных мерах замену не гражданского, а административного иска.

Права начальства в отношении к служащим, говорит он, имеют публичный характер. Поэтому в вполне законченном правовом государстве, при неисполнении служащим своего служебного долга, имеющее над ним право надзора начальство должно было бы предъявлять к нему иск в административном суде. Но в действительности нигде компетенция административных судов не распространяется на требования начальства, вытекающие из служебных отношений. Напротив, служащий, виновный в нарушении своего долга или оказавший себя по своему поведению на службе или вне службы недостойным уважения и доверия, подобающих его положению, подвергается дисциплинарным взысканиям. Дисциплина предполагает подчинение и порядок (Zucht und Ordnung); поэтому и цель дисциплинарных взысканий составляет поддержание подчинения и порядка. Дисциплинарные взыскания не представляют разновидности уголовных наказаний, а занимают свое особое место наряду с уголовными, церковными и отеческими карами.

В действительности, однако, между дисциплинарными взысканиями и административным иском нет ничего общего. Различие их вовсе не в том, что административный иск исходит только от частных лиц. Правительственный надзор за деятельностью органов самоуправления может осуществляться также в форме административных исков. Такой порядок надзора за земскими учреждениями был установлен Положением 1864 г., да и теперь передача губернатором дела на рассмотрение губернского по земским и городским делам присутствия (Пол. Учр., ст. 88) имеет подобный же характер, так как присутствия эти являются органами административной юстиции. Существование такой формы надзора не мешает, однако, установлению дисциплинарной ответственности земских должностных лиц.

Различие служебной дисциплины и административной юстиции гораздо глубже и существеннее. Предмет административного иска — не личная ответственность виновного, а только отмена незаконного постановления. Дисциплинарная ответственность

[1] *Rehm.* Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht (Hirth's Annalen des deutschen Reichs, 1885, S. 65).

есть, напротив, личная ответственность виновного и ничего общего с отменой незаконных постановлений не имеет. Дисциплинарные взыскания очень часто налагаются за такого рода образ действия, который к незаконным постановлениям, подлежащим отмене, никакого отношения не имеет, напр., взыскания за грубость, за пьянство, за несовместимое с достоинством службы поведение в частной жизни. И в самом идеальном "правовом" государстве административный иск в подобных случаях невозможен.

Итак, в дисциплинарной ответственности нельзя видеть замену или особенную форму ни уголовной или гражданской ответственности, ни административных исков. Остается предположить, что дисциплинарная ответственность принципиально отличается от всех других видов ответственности. Но в чем же ее принципиальное отличие? И этот вопрос находит себе в современной литературе довольно разнообразные ответы.

Мы видели, что, по учению Лабанда, гражданский иск в отношении к неисправным служащим заменяется дисциплинарными взысканиями вследствие особенной юридической природы служебного отношения, как отношения властвования. Но уподобление дисциплинарных взысканий как гражданскому, так и административному искам оказывается неправильным. Отсюда само собой является предположение: нельзя ли прийти к выяснению своеобразной природы дисциплинарной ответственности, отказавшись от всякого уподобления ее уголовному, гражданскому или административному иску и признав основой ее существование как бы особой "дисциплинарной неправды", обусловленной наличностью между данными субъектами отношения властвования.

Так именно и думают разрешить вопрос Лабес и Еллинек.

По мнению Лабеса[1], дисциплинарная власть есть следствие всякого отношения властвования, все равно — частно-правового или публично-правового. Выяснение вопроса, есть ли данное отношение — отношение властвования (Gewaltsverhältniss) или нет, требует тщательного разбора постановлений положительного права. Во многих случаях вопрос этот может быть решен только в зависимости от наличности или отсутствия дисциплинарной власти. Уголовно-карательная и дисциплинарная власти — две различные власти. Одна основана на общем подчинении поддан-

[1] *Labes*, Die Disciplinargewalt des Staates über seine Beamten (Hirth's Annalen des deutschen Reichs, 1889, S. 251—253).

ных государству, другая — на участии в каком-либо специальном отношении властвования. Так как властвующим и в таких особенных отношениях может быть также государство, то государству в отношении к одним и тем же лицам может принадлежать двоякого рода карательная власть: уголовная и дисциплинарная. Так бывает при нахождении кого-либо в государственных учебных заведениях, местах заключения, а также при состоянии на государственной службе. Уголовная и служебно-дисциплинарная власти государства совершенно самостоятельны и независимы друг от друга, так как имеют своим предположением нарушение совершенно различного круга обязанностей: общих обязанностей подданных и особенных обязанностей служащих. Наказуемость нарушения первых может быть установлена только законом, дисциплинарные взыскания за нарушение последних — и указом.

Как видит читатель, Лабес своими объяснениями впадает в безысходный круг. Отличительный признак дисциплинарной власти заключается, по его словам, в том, что власть эта основана всегда на особых отношениях — властвования, а единственный надежный признак таких отношений — опять-таки та же дисциплинарная власть.

Еллинек пытается уйти от такого затруднения, установляя различие между господством (Herrschaft) и властвованием (Gewalt). Господство принадлежит только государству. Оно отличается безусловным характером и бессрочно. Никто, находясь на территории государства, не может уйти от подчинения его господству. Государство может каждого и против его воли удерживать под своим господством. Властвование, напротив, условно и ограничено временем. Оно может принадлежать и не государству. Властвует отец семьи, община, корпорация, церковь и т.д. Но точно так же и само государство, наряду с своим общим правом господства, может приобретать в отношении к определенным лицам особые права властвования. Таково именно отношение государства к служащим. Оно господствует над ними только как над гражданами; как над служащими, оно только властвует над ними. Это властвование условно, оно длится, покуда длится служебное отношение. Поэтому условна и вытекающая из отношения властвования дисциплинарная власть властвующего над подвластными: высшая дисциплинарная мера есть исключение из службы. Этим дисциплинарная власть отличается от безусловной неограниченной власти, распространяющей-

ся и на жизнь человека и основанной на принадлежащем государству абсолютном господстве, imperium[1].

С таким определением государственного господства в отличие от отношений властвования, служащих основой дисциплинарной власти, едва ли можно согласиться. В настоящее время государства уже не признают начал вечного подданства. Всякий может выйти из подданства данного государства и перейти в подданство другого. Правда, иногда для этого требуется особое разрешение: у нас даже Высочайшее соизволение. Но и служащий не может самовольно оставлять службы. "Никто не может, — говорит ст. 791 Уст. Служб. Прав., — самовольно оставить своего места или прекратить исполнение обязанностей, с службою его сопряженных, прежде, нежели объявлено ему будет законное от оной увольнение". Но мало того, и прежде, и теперь существует не только добровольная государственная служба, но и обязательная, с характером повинности. Воинские чины, отбывающие службу, как обязательную повинность, тем не менее подлежат не одной уголовной, но и дисциплинарной ответственности.

С другой стороны, дисциплинарное взыскание иногда налагается такими субъектами, властвование которых над подвергающимися дисциплинарным взысканиям ни в чем другом более не выражается: таково, напр., отношение председателя публичного собрания к присутствующей публике. Нельзя сказать, чтобы дисциплинарная власть в этом случае основывалась на существующем между председателем и публикой особенном отношении властвования, нельзя потому, что все их отношение и исчерпывается этим правом дисциплинарных взысканий. Применяя к подобным случаям теорию Еллинека, придем к ничего не объясняющему заключению, что дисциплинарная власть сама из себя вытекает.

Другие видят основу особой дисциплинарной ответственности в особенностях объекта дисциплинарных провинностей, в том, что дисциплинарная провинность есть нарушение служебного долга, а не посягательство на права или правовые блага. Таково воззрение из публицистов — Эдгара Ленинга, из криминалистов — Гарро, Гельшнера и Оппенгейма.

По мнению Ленинга[2], нарушение служебного долга само по себе не наказуемо уголовно. Уголовно наказуемы лишь те нару-

[1] *Jellinek*. System der subjectiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 203—206.

[2] *Löning Edgar*. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884. S. 126, 127.

шения служебного долга, которые вместе с тем составляют посягательства и на другие правовые блага, т.е. когда служащий, злоупотребляя предоставленной ему властью, или причиняет вред третьему лицу, или доставляет себе самому противозаконную выгоду. Если же деяние нарушает только права государства на исполнение служащим его служебного долга, другими словами — лишь условия и порядок государственной службы, это будет просто дисциплинарное нарушение.

Если принять такое определение дисциплинарных провинностей, придется признавать противозаконное умышленное деяние служащего, не доставляющее ему самому выгоды и причиняющее вред не отдельным гражданам, а государству, как целому, только дисциплинарной провинностью, как бы ни был значителен причиненный государству вред.

Гельшнер[1], допуская возможность и таких должностных преступных деяний, которые представляют посягательства на права самого государства, несколько иначе различает объект уголовно наказуемых деяний и дисциплинарных провинностей.

Должностной деликт (Amtsdelict) есть нарушение обязанности осуществлять связанную с должностью власть (Amtsgewalt) только сообразно с правом и законом. В чем заключается эта обязанность, не может быть сомнительным, и потому можно точно установить состав каждого должностного деликта. Законопротивное осуществление должностной власти может состоять или в посягательстве на права и интересы самой государственной власти, или в нарушении правомерного отношения государственной власти к подчиненным ей, и, следовательно, в нарушении тем общего государственного порядка. Должностной деликт представляет поэтому всегда противозаконное злоупотребление власти.

Дисциплинарная ответственность есть нарушение обязанностей, составляющих отношение служащего к государству. Так как на каждом служащем прежде всего лежит обязанность закономерного отправления своей должности, то всякий должностной деликт есть вместе с тем и дисциплинарная провинность. Но на служащем лежат и другие обязанности, нарушение которых не составляет злоупотребления властью и не касается вовсе сообразного с законами ее осуществления. Насколько дело идет об обязанностях правильного отправления службы, их можно еще определить в отдельности. Напротив, решительно невозможно определить и юридически установить в частности все то, чего тре-

[1] Das gemeine deutsche Strafrecht, II, 1887, S. 1014—1028.

буют верность, подчинение и сообразное с достоинством должности поведение. Поэтому, при дисциплинарной репрессии служебных провинностей решение вопроса, составляет ли данный образ действий служебную провинность, пришлось бы предоставить в очень значительной степени судейскому усмотрению.

Точно так же Гарро[1] видит существенное отличие дисциплинарной власти от власти карательной в том, что она имеет целью обеспечение выполнения п р о ф е с с и о н а л ь н ы х о б я з а н н о с т е й. Поэтому дисциплинарная ответственность может иметь место за всякое действие, нарушающее обязанности, хотя бы оно и не было наперед предусмотрено законом. Задача дисциплинарных мер — в исправлении виновного и в поддержании достоинства той корпорации, к которой он принадлежит. Дисциплинарный иск (l'action disciplinaire) есть иск sui generis, не имеющий ничего общего с иском уголовным и гражданским. Если дисциплинарное нарушение есть вместе с тем и преступное или правонарушение гражданское, наложение дисциплинарного взыскания не может служить препятствием к предъявлению гражданского или уголовного иска; точно так же и наложение уголовного наказания или присуждение по гражданскому иску не устраняет возможности дисциплинарного взыскания за то же деяние. Но для дисциплинарной власти обязательна та квалификация деяния, какая дана ему уголовным судом.

Оппенгейм исходит из различия нарушений долга и посягательств на правовые блага. Дисциплинарные нарушения всегда заключаются в нарушении долга, — долга, налагаемого службой или каким-либо другим особенным отношением, например, отношением члена семьи к главе семьи, слуги к господину, ученика к учителю или мастеру, матроса к капитану судна и т.п. Служебный долг заключается в обязанности как на службе, так и вне ее делать все, что требуется службой, и воздерживаться от всего, что противоречит ее достоинству. Некоторые отдельные случаи нарушения служебного долга могут быть наперед предвидены и определены. Но в бесчисленных случаях вопрос о том, что требует служебный долг, есть quaestio facti. Учреждениям, ведающим дисциплинарные дела, необходимо всегда предоставлять право судить их arbitrio, имеется ли налицо в каждом данном конкретном случае нарушение служебного долга или нет. Нравы, господствующие в данное время, взгляды, изменения политических отношений и другие, не поддающиеся наперед

[1] *Garraud*. Traité du droit pénal français, I, 1888, p. 124, 125.

определению обстоятельства, — все это имеет свое влияние, так что одно и то же деяние то окажется нарушением служебного долга, то нет. По всему этому соблюдение служебного долга не может быть охраняемым уголовным законом правовым благом. Уголовная охрана применима лишь к таким правовым благам, содержание которых может быть легко и ясно различимо; иначе невозможно будет определение состава преступного деяния. Объектом же должностных преступных деяний являются те правовые блага, посягать на которые могут только должностные лица[1].

Однако сам Оппенгейм тут же оговаривается, что законодатель может, "с своей суверенной точки зрения", и служебный долг сделать объектом должностного преступления, как это и имеется во многих уголовных кодексах[2].

Чтобы принять подобное обоснование различия дисциплинарной и уголовной ответственности, необходимо допустить возможность таких нарушений служебных обязанностей, которые несут вместе с тем правонарушения, причем Ленинг и Гарро понимают под правонарушением нарушение закона, а Оппенгейм, согласно Биндингу, — нарушение охраняемых правом интересов, правовых благ. И в той и в другой форме это учение вызывает серьезные возражения.

Положение служащих, их права и обязанности определяются законом, и во всяком случае юридическими нормами, так или иначе установленными. Поэтому государственно-служебное отношение есть отношение юридическое. Вытекающие из него требования в отношении к служащему имеют юридический характер правопритязаний. Всякий вопрос об этих требованиях и соответствующих им обязанностях есть вопрос о праве. Отрицание юридического характера отношения служащего к своему начальству поставило бы его в бесправное положение, противоречило бы, по справедливому замечанию Макса Зейделя[3], признанию служащего правоспособной личностью.

Юридический характер служебного отношения не ослабляется тем, что закон вменяет служащим в обязанность возложенные на них должности исправлять не только "по существующим

[1] Oppenheim, L. Die Rechtsbeugungsverbrechen, 1886, S. 16, 17, 18.

[2] Там же, стр. 17. Der Gesetzgeber freilich mag sich von seinem souveränen Standpunkt aus über diese Bedenken hinwegsetzen, er kann — wie dies thatsächlich in vielen Strafgesetzbüchern geschehen ist — die Amtspflicht als Objekt eines Verbrechens hinstellen.

[3] *M a x* Seydel. Bayerisches Staatsrecht, B. III, 1887, S. 480.

учреждениям и уставам", но и "по приказаниям и наставлениям начальств" (ст. 707 Уст. Служб. Прав.), так как и приказания начальства обязательны лишь под условием их законности. В административном ведомстве ближайшее определение обязанностей служащих нередко предоставляется усмотрению начальства. Но это усмотрение должно быть не произвольным, а закономерным, так как единственное его основание — полномочие закона.

Таким образом, всякая обязанность служащего имеет своим основанием непосредственно или посредственно закон, и всякое ее неисполнение есть в этом смысле правонарушение.

Точно так же нельзя согласиться и с Оппенгеймом в том, будто бы нарушение служебного долга не составляет посягательства на "правовые блага". Понятие правовых благ, как объекта преступных посягательств, выдвинуто было Биндингом, и, в его понимании, понятием этим, без сомнения, объемлется и установленный закон или на основании закона порядок государственной службы.

Биндингу понадобилось это понятие правового блага именно для того, чтобы противопоставить его воззрению Фейербаха, признававшего объектом преступных посягательств только субъективные права. Утверждая, что объект преступных посягательств не право, а правовое благо, Биндинг отвергает этим ограничение понятия преступных посягательств только посягательствами на чьи-либо права.

Правовое благо (Rechtsgut), по определению Биндинга, есть все то, что в глазах законодателя имеет значение для правопорядка, и ненарушимое сохранение чего обеспечивается юридическими нормами[1]. Как примеры, он указывает между прочим: государственное устройство, мирные международные отношения государств, подлинность телеграфических депеш, достоверность документов, авторитет государственных учреждений и распоряжений начальства[2]. Подобным образом определяет правовое благо или "охраняемый нормою юридический интерес" и проф. Таганцев, относя сюда и "интересы, охраняемые как общественное достояние, независимо от принадлежности их тому или другому субъекту"[3].

Итак, можно сказать, правовое благо есть все то, в обеспе-

[1] Binding. Handbuch des Strafrechts, B. I. 1885, стр. 169. Подобное же, но более многословное определение и в Normen, I, стр. 193.

[2] Normen, I, стр. 196: dass die Achtung vor Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit nicht verletzt oder gefährdet werde.

[3] Лекция по русскому уголовному праву, 1887, т. I, стр. 40.

чение чего закон установляет те или другие обязанности. Невыполнением таких обязанностей, положительных или отрицательных, и совершаются посягательства на охраняемое правом благо.

Но, конечно, и обязанности служащих налагаются на них законом в обеспечение очень важного общественного интереса — законности и целесообразности управления. Неисполнение этих обязанностей всегда и непременно составит посягательство на охраняемый правом интерес. Поэтому нельзя, как это делает Оппенгейм, видеть отличительный признак дисциплинарных провинностей в том, что, будто бы, являясь нарушением служебных обязанностей, они не представляют посягательства на "правовые блага".

Таким образом, и отождествление дисциплинарной ответственности с другими формами юридической ответственности, и попытки установить принципиально обособленное понятие "дисциплинарной неправды" оказываются одинаково несостоятельными. Затем остается еще только один путь, который, как мне думается, и есть истинный путь для решения нашего вопроса: тот самый путь, каким современная наука идет в разрешении вопроса о различии уголовной и гражданской ответственности.

Дисциплинарная ответственность не может быть отождествляема ни с уголовной, ни с гражданской ответственностью, ни тем более с административными исками, но ее отличительная особенность не в том, будто бы она применяется к какой-либо особенной "дисциплинарной неправде". Неправда сама едина. Различны только юридические последствия неправды: уголовные, гражданские и — д и с ц и п л и н а р н ы е . Но все это последствия одной и той же неправды. Все они могут совмещаться, так что некоторые противозаконные посягательства влекут за собой одновременно и уголовную, и гражданскую, и дисциплинарную ответственность, другие — только одну какую-нибудь из них или две. Между свойством самого противоправного посягательства и той или другой формой ответственности нет вовсе необходимой связи, ни причинной, ни логической. Присвоение противоправному посягательству гражданских, уголовных и дисциплинарных последствий, всех вместе и каждого порознь, не является естественным следствием или логическим выводом из особенной природы посягательства, а зависит от изменчивых исторических и бытовых условий и от меняющихся соображений целесообразности и воззрений на справедливость. Распределение тех или других юридических последствий между различными видами про-

тивоправных посягательств определяется в каждом данном государстве и в каждую историческую эпоху действующим положительным правом, как оно выражается в обычае, законе, судебной практике. Поэтому одно и то же противоправное посягательство в разных государствах и в разное время может влечь за собой совершенно различные юридические последствия.

Из этого, однако, не следует заключать, чтобы и самое различие гражданских, уголовных и дисциплинарных последствий зависело от усмотрения законодателя. Он может связать с каждым противоправным посягательством то или другое из возможных юридических последствий. Но не от власти законодателя зависит расширить круг возможных юридических последствий неправды. Каковы вообще могут быть юридические последствия неправды, это зависит от объективных условий человеческого общения, от степени общественной солидарности, общественного развития, от общественной организации, от того, какою силою и какими средствами располагает общественная власть. Возможность установления тех или других последствий неправды определяется также нравственными воззрениями общества, его религией, настроением общественного мнения. Законодателю принадлежит только выбор между теми последствиями, возможность установления которых определяется объективными условиями данной стадии общественного развития и данного культурного типа.

Точно так же свойства каждой особой формы ответственности не могут быть изменены по произволу. Мыслимо, что какое-нибудь положительное право во всех случаях неправды установит одну только гражданскую или одну только уголовную ответственность. Но нельзя гражданской ответственности придать свойства уголовной, или наоборот. Нельзя, потому что неизбежным последствием этого будет превращение гражданской ответственности в уголовную или уголовной в гражданскую.

Поэтому и при отрицании принципиального различия гражданской и уголовной неправды возможна все-таки общая научная теория этого вопроса, выясняющая характерные особенности той и другой ответственности. Но то же самое применимо и к ответственности дисциплинарной. Сказать, что дисциплинарная ответственность не предполагает непременно посягательств на определенную категорию благ или нарушение обязанностей, вытекающих из каких-либо особых отношений, не значит еще, чтобы все учение о дисциплинарной ответственности сводилось к простому пересказу постановлений действующего закона. За-

дача научного исследования и тут сводится к выяснению отличительных свойств дисциплинарной ответственности, присущих ей всегда, как бы различно не определялся круг вызывающих ее правонарушений. За какое бы правонарушение ни было положено данное взыскание, чтобы быть дисциплинарным, оно должно обладать известными отличительными свойствами. Задача научной теории дисциплинарной ответственности заключается поэтому в выяснении не того, за какие деяния она полагается и какими органами осуществляется, а того, в чем отличительные свойства этой формы ответственности?

Различные виды последствий неправды отличаются друг от друга не внешней их формой, а их целью, определяющей юридические условия их применения. Одно и то же по внешней форме взыскание, напр., денежное взыскание, кратковременное лишение свободы, может иметь и уголовный и гражданский характер. Но цели гражданского взыскания и денежного наказания всегда различны. Различны поэтому и юридические условия их применения.

Отличительный признак дисциплинарных взысканий в том, что они имеют своею целью охрану законом установленного порядка какой-либо общественной деятельности.

Дисциплинарные взыскания охраняют именно общественную, а не личную, индивидуальную деятельность. Общественная деятельность — это или совместная деятельность нескольких лиц, соединенных общей целью, общностью положения, или деятельность отдельного лица, как представителя общественного союза.

Примером дисциплины первого рода могут служить дисциплины различного рода сословных и профессиональных корпораций; примером второго рода — дисциплины в отношении к церковным властям, служебному начальству.

Если кто мешает другому в его частной деятельности в собственном личном интересе, это может подать повод к гражданской или к уголовной ответственности, но отнюдь не к дисциплинарной. Не бывает дисциплины и н д и в и д у а л ь н о й, л и ч н о й: дисциплина всегда имеет о б щ е с т в е н н ы й характер, предполагает непременно общественную деятельность.

Вместе с тем дисциплинарные взыскания охраняют закономерный порядок, а не закономерные последствия общественной деятельности. Поэтому дисциплинарная ответственность имеет место за всякое нарушение порядка деятельности, выражающееся в медленности, неисправности, в нарушении должного приличия, в поведении, несогласном с достоинством выполняемо-

го общественного дела, независимо от того, приведет ли все это к нарушению чьих-либо гражданских прав или предписаний закона, охраняемых карательной санкцией. Для применения дисциплинарной ответственности требуется именно только нарушение порядка вне всякой зависимости от характера последствий такого нарушения. Если же они составят преступное деяние или гражданское правонарушение, тогда наряду с дисциплинарной ответственностью и независимо от нее найдут себе применение уголовные кары и гражданский иск.

Цель дисциплинарных взысканий заключается, таким образом, именно в охране закономерного порядка разнообразных проявлений общественной деятельности.

Порядок общественной деятельности может быть нарушаем не только ее активными участниками, но и просто присутствующими при ней лицами, например, публикой в заседаниях суда, парламента, земского собрания, ученого общества. И на эту публику распространяется власть дисциплинарных взысканий председателя. Из этого видно, что основой дисциплинарной ответственности нельзя считать участие в особом отношении властвования. Человек, зашедший послушать прения в ученом обществе, не входит в силу этого в особое отношение властвования к его председателю. И во всяком случае это пресловутое отношение властвования ни в чем ином, кроме дисциплинарных мер, и выразиться не может.

С другой стороны, и власть наложения дисциплинарных взысканий не непременно принадлежит тому, кто является субъектом охраняемой данными дисциплинарными взысканиями общественной деятельности. Государство предоставляет иногда осуществление дисциплинарной власти отдельным общественным союзам или коллегиальным установлениям и их представителям; но нередко также оно оставляет осуществление дисциплинарной власти за своими собственными органами. Так, органы, осуществляющие дисциплинарную власть в отношении к служащим, суть, конечно, государственные органы, а не представители особой корпорации чиновников.

Наконец, иногда обе формы осуществления дисциплинарной власти комбинируются так, что органы государственной власти признаются высшими дисциплинарными инстанциями над автономно осуществляющими дисциплинарную власть общественными союзами и коллегиальными установлениями. Так, например, у нас поставлена дисциплинарная ответственность присяжных

поверенных. По всему этому нельзя в автономном осуществлении видеть отличительный признак дисциплинарной власти.

Цель дисциплинарных взысканий — противодействие всякому нарушению порядка общественной деятельности, а не только особенно опасному или вредоносному. Поэтому, в отличие от уголовной ответственности, дисциплинарная ответственность не предполагает точно фиксированного состава деяния. Тут, как и в гражданском праве, всякое нарушение обязанности, вытекающей из установленного законом порядка общественной деятельности, ведет к ответственности, хотя бы данное нарушение порядка и не было прямо предусмотрено законом. В сфере служебной дисциплины это выражается так, что всякое нарушение служебного долга, в каких бы оно ни выразилось формах, предусмотренных или непредусмотренных законом, может влечь за собой дисциплинарные взыскания.

И в другом еще отношении дисциплинарная ответственность имеет сходство с гражданской: дисциплинарное преследование не обязательно, а имеет факультативный характер. Осуществление дисциплинарной власти есть право, а не обязанность. Неосуществление дисциплинарной власти, несмотря на заведомую наличность нарушения порядка службы, не составит наказуемого отказа в правосудии или неправосудного производства дела. Так, и в проекте Угол. Улож. ст. 549, установляя наказуемость невозбуждения при таких условиях уголовного преследования, не распространяет этого постановления на дисциплинарное преследование.

Таковы черты, сближающие дисциплинарную ответственность с гражданской. Но рядом с этим дисциплинарная ответственность имеет свойства, сближающие ее с уголовной. Таковы, прежде всего, самые меры дисциплинарных взысканий, их внешняя форма. Они имеют форму не возмещения или вознаграждения, а понуждения и воздержания.

Во-вторых, дисциплинарные взыскания, подобно уголовным карам, имеют строго личный характер. В отношении к ним не может быть никакого преемства.

Под дисциплиной в широком смысле слова разумеют всякие меры, направленные к охране порядка совместной деятельности или жизни, даже против действий, исходящих от лиц невменяемых. Такова, например, дисциплина в отношении малолетних детей в семье и в школе, в отношении душевнобольных в больнице. Эти формы дисциплины определяются не юридическими, а совершенно иными началами: педагогическими и пси-

хиатрическими. Юридической нормировке могут подлежать только последствия, уже уголовного свойства, злоупотреблений такого рода педагогической или врачебной дисциплиной. Поэтому о дисциплинарном праве в подобных случаях едва ли можно говорить. Юрист здесь некомпетентен: это — сфера врача и воспитателя.

Итак, о дисциплинарной ответственности, как юридическом институте, можно говорить лишь настолько, насколько дело касается вменяемых субъектов. Дисциплина малых детей и душевнобольных ничего юридического в себе не заключает. Но и за этим ограничением меры, направленные к охране законного порядка совместной деятельности от посягательств вменяемых субъектов, не всегда представляют чистый тип дисциплинарных взысканий.

Так как задача дисциплинарных взысканий — только охранить порядок совместной деятельности, то чисто дисциплинарный характер они сохраняют лишь пока не идут далее устранения нарушителя от данной совместной деятельности: исключения из собрания, удаления от службы, отлучения от церкви. Когда участие нарушителя в данной деятельности добровольное, вызываемое его собственными духовными или материальными интересами, такими мерами и возможно действительно охранить должный порядок совместной деятельности. Но совсем иначе ставится дело, когда участие нарушителя обязательное, имеет для него значение не преимущества, а повинности. При таких условиях устранение от деятельности не может быть высшей мерой дисциплинарного взыскания, так как для устраненного это будет скорее наградой, поощрением.

Здесь необходимо обращаться к другим, более суровым мерам понуждения, не ограничивающимся лишь отношениями нарушителя к деятельности, порядок которой им нарушен: приходится воздействовать на такие блага, которые принадлежат нарушителю независимо от его участия в данной общественной деятельности. Значение таких мер для гражданской свободы заставляет обставлять их применение приблизительно теми же гарантиями, какими обставлено осуществление уголовно-карательной власти.

Поэтому меры охраны порядка такой общественной деятельности, участие в которой имеет обязательный характер, характер повинности, не являются уже чисто дисциплинарными взысканиями, а приближаются к уголовной ответственности, сливаются с нею и образуют некоторую новую, гибридную форму от-

ветственности. Различие дисциплинарной и уголовной ответственности сохраняется при таких условиях только в тяжести кар, и между обоими видами такой смешанной уголовно-дисциплинарной ответственности установляется взаимно исключающее соотношение.

Таково именно соотношение дисциплинарной и уголовной ответственности в войске. И для целей дисциплины тут приходится прибегать к тяжким карам. Наложение их поручается особым военным судам, которые вместе с тем руководятся в своей деятельности не одними началами уголовного права, но и соображениями воинской дисциплины. В результате получается полусудебный, полудисциплинарный орган, и так как его приговоры представляют осуществление не только велений уголовного закона, но и требований дисциплины, его деятельность исключает, конечно, надобность еще дополнительного дисциплинарного преследования.

Но военная дисциплина и военно-уголовная власть не входят в задачу моего исследования, а участие в службе гражданской в настоящее время во всех государствах признается добровольным, рассматривается не как повинность, а как право, у нас даже как особое преимущество, обусловленное происхождением или образованием. Поэтому гражданская служебная дисциплина может представлять совершенно чистый вид дисциплины.

§ 71. Дисциплинарная ответственность по русскому праву[1]

Постановления русского законодательства о дисциплинарной ответственности служащих представляются очень устарелыми и скудными. По общему правилу дисциплинарная ответственность признается частным видом уголовной. Дисциплинарные провинности предусмотрены в Уложении о Наказаниях. Они отличаются от преступных деяний только большею легкостью санкции и порядком наложения установленных взысканий: не судом, а властью начальства. Ст. 65 Улож. о Наказ. постановляет, что кроме общих мер наказаний и взысканий за преступления и проступки по службе полагаются следующие: 1) исключение из службы, 2) отрешение от должности; 3) вычет из времени службы,

[1] *Таганцев.* Карательная деятельность государства и ее границы. Журн. Гражд. и Угол. Права. 1882, № 1. *Фон-Резон.* О дисциплинарном праве. Журн. Гражд. и Угол. Права. 1889. № 7. *Коркунов.* Тридцать пятая глава проекта Уголовного Уложения. Журн. Мин. Юстиции. 1896, № 4.

4) удаление от должности, 5) перемещение с высшей должности на низшую, 6) выговор более или менее строгий, с внесением его в послужной список, 7) вычет из жалованья, 8) выговор без внесения в послужной список, 9) замечание более или менее строгое. Исключение и отрешение тем отличаются от удаления, что исключенный лишается права вступать снова в какую-либо государственную службу, участвовать в выборах и быть избираемым в должности по назначению дворянства, земства, городов и селений (ст. 66); отрешенный лишается только права вступить на службу государственную и общественную и лишь на три года (ст. 67). Удаление же от должности не связано ни с каким ограничением прав.

Так как законодательство наше не отличает дисциплинарных провинностей от преступных деяний, а подводит их в Улож. о Нак. под общее понятие преступлений и проступков, то отсюда само собой вытекает, что и дисциплинарные взыскания могут быть налагаемы начальством только за деяния, предусмотренные в Уложении, как это прямо и указано в ст. 172 Общ. Учр. Губ.

Такой взгляд по дисциплинарной ответственности установился у нас только в 1845 г., когда было составлено Уложение о Наказаниях. Составители Уложения, задавшись целью сосредоточить в нем все карательные постановления, рассеянные туда по разным частям Свода, не обратили внимания на различие уголовных и дисциплинарных взысканий, смешав их воедино. В результате и получилось это новое правило, что дисциплинарные взыскания, даже самые мелкие, могут быть налагаемы только за деяния, предусмотренные Улож. о Нак. Но на практике весьма скоро обнаружилась решительная невозможность такого ограничения дисциплинарной ответственности служащих, и уже в 1850 г. статс-секретарь Танеев, управляющий тогда первым отделением Собственной Его Величества канцелярии, вошел в комитет министров с представлением о тех затруднениях, в какие ставится инспекторский департамент сохраняющейся вопреки постановлениям Уложения 1845 г. практикою “отставления”, как тогда говорили, от должностей без объяснения причин. Танеев предлагал постановить, чтобы впредь допускалось увольнение без прошения не иначе, как согласно постановлениям Уложения. Но другие члены комитета (в особенности граф Блудов и граф Панин, представившие о том особые записки) находили такой порядок практически невозможным и считали необходимым сохранить за начальством право увольнять неблагонадежных чиновников и тогда, когда не может быть доказана их ви-

новность в деяниях, предусмотренных Уложением. В таком смысле и состоялось Высочайшее утверждение 7 ноября 1850 г. положения комитета, которым установлен т.н. "третий пункт", включенный теперь в ст. 788 и в третий пункт ст. 838 Уст. Служб., изд. 1896 г. В ст. 788 говорится, что чиновников, кои по убеждению начальства неспособны к исправлению возложенных на них должностей, или почему-либо неблагонадежны, или сделали вину, известную начальству, но такую, которая не может быть доказана, предоставляется начальникам, от коих зависит увольнение от должностей, увольнять по своему усмотрению и без просьбы их. В приказе о них пишется просто *увольняется от службы*, без означения причин увольнения (ст. 838, п. 3). На такое увольнение уволенный никуда не может жаловаться. В правилах о порядке принятия прошений, на Высочайшее имя приносимых, содержится нарочитая оговорка, что "жалобы на увольнение от должности по представленной начальству власти без объяснения причин" оставляются без последствий, не будучи подвергаемы на Высочайшее усмотрение (Прав. Прин. Прош., ст. 12, п. 6). Нельзя впрочем при этом не заметить, что статьи 788 и 838, п. 3 Уст. Служб. и ст. 12, п. 6 Прав. Принят. Прош. все согласно говорят только о чиновниках, увольняемых начальством. Под это определение нельзя подвести ни увольнение Высочайшею Властью, ни властью сената. Поэтому следует заключить, что на должностных лиц, назначаемых на должности Высочайшею Властью, действие ст. 788 Уст. Служб. не распространяется.

Таким образом, одна крайность вызвала другую. Начальник, не могущий сделать подчиненному даже замечания за деяние, не предусмотренное в Улож. о Наказ., может в силу ст. 788 Уст. Служб. уволить его без объяснения причин вовсе от службы, что едва ли представляется соответственным существу дела.

Относительно порядка наложения начальством дисциплинарных взысканий постановления законодательства очень неполны и отрывочны.

Начальства могут, согласно примечанию к ст. 69 Улож. о Нак., налагать только замечания, выговоры без внесения в послужной список, вычеты из жалованья, перемещение с высшей должности и удаление от должности. В примечании этом власти начальства предоставлено еще наложение ареста не свыше семи дней, хотя в перечне ст. 65 об аресте ничего не сказано. В отдельных статьях Уложения арест до семи дней назначается только один раз в ст. 393 за явное начальству ослушание, при-

чем такой арест поставлен между выговором со внесением в послужной список и вычетом из времени службы, следовательно, в ряду мер взыскания, налагаемых только по суду.

Из взысканий, налагаемых начальством, замечания и выговоры без внесения в послужной список налагаются непосредственным начальством; все другие — начальством, от которого зависит назначение к должности (Уст. Угол. Судопр., ст. 1066).

В Общ. Учр. Губ. ст. 172 установляет, как "главное правило", что "никакое взыскание не может быть наложено без истребования предварительно от признаваемых виновными объяснения". Только губернатору разрешается, когда он лично усмотрит в подчиненных ему полицейских местах и учреждениях по части распределительной какие-либо упущения или беспорядки, и о причине сих беспорядков есть уже в виду его достаточные сведения, подвергать виновных непосредственно от себя или через губернское правление взысканиям, без предварительного требования объяснений.

В Учр. Сен. и в Общ. Учр. Губ. содержатся особенные постановления о дисциплинарной ответственности губернаторов. Ст. 264 Учр. Сен. постановляет, что поставлять губернаторам на вид несоблюдение ими законного порядка и иное упущение, не сопряженное с обстоятельствами особой важности, и сделать им за то от своего имени замечание, без внесения в послужной список и без опубликования, сенат может собственною властью. Для сделания губернатору выговора с опубликованием и внесением в послужной список требуется Высочайшее соизволение, испрашиваемое через комитет министров. Согласно ст. 397 Общ. Учр. Губ. Высочайшее соизволение требуется и для замечаний, и для удаления от должности, и для иных взысканий.

Относительно порядка наложения взысканий без суда на членов государственного совета, министров, главноуправляющих отдельными частями, членов-губернаторов и главноначальствующего гражданскою частью на Кавказе в Учрежд. Госуд. Совета, ст. 87—94, установлены особые правила, изложенные в следующем параграфе. Что же касается других должностных лиц первых трех классов, то о них в ст. 23, п. 18 Учр. Гос. Сов. сказано только, что они передаются суду Высочайшею Властью, по предварительному обсуждению государственного совета. Но на то, как налагаются на них взыскания без суда, нет в законе никаких указаний.

Существующая у нас, таким образом, организация дисциплинарной ответственности представляется далеко не удовлетво-

рительной. Постановления закона не полны, и ими вовсе не ограждаются права служащих, постановленных в совершенную зависимость от произвола начальства. Хотя закон и вменяет начальству в обязанность прибегать к увольнению "по третьему пункту" "с достаточною осмотрительностью, при полном убеждении в неспособности или неблагонадежности чиновника, не допуская ни пристрастия, ни личности" (ст. 761), но действительное соблюдение этого доброго совета ничем не обеспечено, так как никакого рода жалобы на подобные распоряжения не допускаются.

При всей обеспеченности служебного положения административных чиновников, существующий у нас порядок дисциплинарной ответственности не обеспечивает все-таки достаточно строгой и энергичной служебной дисциплины. Пользоваться "третьим пунктом" начальство, конечно, не может быть обязано, и мера эта во всяком случае представляется исключительной, допустимой лишь в редких случаях. Возможность применения ее, по усмотрению начальства, лишает служащих всякой уверенности в обеспеченности своего положения, но ни один начальник не решится применять ее сколько-нибудь часто. А нормальные условия применения других дисциплинарных мер, требующие применения дисциплинарных взысканий только в предусмотренных уголовным законом случаях, могут часто ставить начальство в беспомощное положение, в невозможность законным путем взыскать с неисправного служащего.

В последнее время в нашем законодательстве весьма определенно выразилось сознание неправильности установленного с 1845 г. отождествления дисциплинарной ответственности с уголовной. Эта точка зрения сохраняется только в старых постановлениях, составляющих, однако, общее правило. В отдельных же новейших законах приводится иное, более широкое и правильное понимание дисциплинарной ответственности.

Таков прежде всего закон 20 мая 1885 года (2. 959), вошедший теперь в состав Учр. Суд. Уст., в статьи 263, 270, 272, прим., 281, 288, 290, 295 — 296. Им допущена возможность дисциплинарного преследования судей за непредусмотренные уголовным законом: 1) деяния, по своему значению и многократности свидетельствующие о несоответствии виновного в них судьи занимаемому им положению; 2) противные нравственности или предосудительные поступки, которые, будучи несовместимы с достоинством судейского звания и получив огласку, лишают совершившего их судью необходимых для сего звания

доверия и уважения и 3) за такой образ действий, которым судья ставит себя в месте своего служения в положение, дающее основательный повод сомневаться в дальнейшем спокойном и беспристрастном исполнении им своих обязанностей (Учрежд. Суд. Уст., ст. 295). При этом наложение дисциплинарных взысканий предоставлено судебным установлениям, а для рассмотрения дисциплинарных дел председателей и членов судебных палат, председателей судов, чинов прокурорского надзора при кассационном сенате и палатах и чинов канцелярии кассационного сената образовано при сенате высшее дисциплинарное присутствие (ст. 270) из первоприсутствующих кассационных департаментов, всех сенаторов соединенного присутствия первого и кассационного департаментов и четырех сенаторов кассационных департаментов, Высочайше назначаемых ежегодно (ст. 119).

Точно так же Положение 12 июля 1889 года (6.196) о земских участковых начальниках допускает дисциплинарную их ответственность вообще за 1) обнаруженное явное их нерадение или неспособность к успешному исполнению служебных обязанностей и 2) за противные нравственности или предосудительные поступки, которые несовместимы с достоинством их звания и, получив огласку, лишают их необходимого для сего звания доверия и уважения (ст. 139).

Надлежащая организация дисциплинарной ответственности представляется поэтому настолько необходимой, и образцом в этом деле могло бы послужить хотя бы германское законодательство. Оно различает исправительные и очистительные дисциплинарные меры. Первые предполагают сохранение за виновным должности; вторые заключаются в удалении от должности, увольнении от службы и иногда лишении титула и права на пенсию. Исправительные меры зависят от власти начальства. Для применения очистительных мер организованы особые дисциплинарные коллегии двух инстанций: дисциплинарная палата и дисциплинарный суд. Дисциплинарная палата (Disciplinarkammer) состоит из 7 членов, из коих по крайней мере 3 должны быть судьи. Для законного состава присутствия требуется 5 членов, из них 3 судей. Дисциплинарный суд состоит из 11 членов, из них по крайней мере 4 должны быть из членов союзного совета и 6 судей. Для законного состава присутствия требуется 7 членов, из них 4 судей.

Именно в подобной организации дисциплинарных учреждений, а не в невыполняемых на деле перечислении в законе всех

дисциплинарных провинностей, может и должно заключаться обеспечение положения служащих от произвола начальства.

§ 72. Ответственность министров

Особое положение министров, как посредствующих органов между верховным и подчиненным управлением, обусловливает и особенную постановку их ответственности. Их власть не ограничивается так строго законом, как власть органов подчиненного управления. Как участники верховного управления, они пользуются значительной долей свободной, дискреционной власти. Это необходимо для возможности осуществления лежащих на них широких задач управления. Но для того, чтобы власть эта служила действительно интересам государства, необходимо установление строгой ответственности за возможные ее злоупотребления, и притом ответственность эта не может быть ограничена лишь внешним контролем за формальной законностью министерских распоряжений. Ответственность эта, имея в виду широкие дискреционные полномочия министров, должна по необходимости включать в себя и политический элемент, быть ответственностью не только за формально незаконное, но и за нецелесообразное, несогласное с общими задачами государства осуществление власти.

Поэтому возбуждение министерской ответственности всегда предоставляется не органам судебной власти, а законодательному учреждению. Самое производство над ними суда вверяется также законодательному учреждению или особому суду со смешанным составом, частью из судей, частью из представителей законодательного учреждения.

Эти особенности постановки министерской ответственности замечаются и в нашем законодательстве. И у нас министры предаются суду верховною властью не иначе, как при содействии нашего законодательного органа, государственного совета. И у нас судятся они судом, составленным частью из членов высшего судебного установления, кассационного сената, частью из членов государственного совета.

По первому Учреждению Министерств 1802 г., надзор за деятельностью министров был возложен на сенат. “На правительствующий сенат, говорилось в манифесте, возлагаем важнейшую и сему верховному месту наипаче свойственную должность рассматривать деяния министров, делать свои заключения и представлять Нам докладом”. Но ближайшим образом не были определены ни поводы, ни порядок, ни последствия министер-

ской ответственности. Более определенные правила об этом были установлены только Учреждением 1811 г.

Сперанский собственно находил, что установление министерской ответственности непременно предполагает существование представительного собрания. "Предполагаемо было, говорит он в своем проекте Уложения Государственных Законов, что сенат может занять место сего сословия. На сей конец весьма основательно признано было нужным дать или возвратить ему некоторые права и некоторый вид бытия политического. Но бытие политическое образуется не словами, а внутренним началом, из коего состав его слагается. Никогда место, по существу своему исполнительное и во всех отношениях от произволения державной власти зависящее, не может принять на себя характера политического, не может заменить сословие государственное, составленное посредством народного представления. Может быть, в других обстоятельствах, в высшей степени просвещения, люди, права сии получившие, пользуясь их наружностью и мало-помалу их усовершая, предуспели бы дать им со временем истинное бытие; но у нас не могло сие совершиться, и впрочем жалеть нельзя: ибо из сего образовалось бы сословие аристократическое, истинным пользам России, самому духу правительства нашего совершенно противное. Таким образом, ответственность министерская не могла доселе у нас существовать, а если бы сами министры утвердить ее пожелали, они не могли бы в сем успеть, ибо где закон сам не стоит на твердом основании, там и отвечать перед ним нельзя". Поэтому Сперанский предполагал постановить, "чтобы члены законодательного сословия (т.е. государственной думы) имели право предъявлять обвинение против министров, и когда предъявление их большинством голосов за благо будет признано, тогда приступали бы к предметам самого обвинения. Когда обвинение большинством голосов признано будет основательным и вместе с тем утверждено будет державною властью, тогда наряжается суд и следствие". Самое суждение министров предполагалось предоставить верховному уголовному суду, составляемому "из одной трети сенаторов обоих департаментов (гражданского и уголовного), из всех членов государственного совета, из всех министров и из известного числа депутатов государственной думы. Президент сего суда на каждый случай определяется верховною властью. Министр юстиции занимает место обер-прокурора. Суд совершается установленным в законах порядком и представляется на уважение и окончательное утверждение верховной власти". Но так как общий план задуманного Сперан-

ским преобразования не осуществился, то и ответственность министров по Учреждению 1811 года должна была принять иные формы.

Учреждение министерств 1811 г., постановления которого по этому вопросу в общем сохраняют силу и по настоящее время, различает предметы, порядок и последствия ответственности министров. Предметы ответственности могут быть двоякого рода: "превышение и бездействие власти..." При этом специально оговорено, что нельзя считать превышением власти, когда министр примет необходимую в видах общей безопасности меру, когда по настоятельности случая нельзя было отлагать ее до высшего разрешения, "не попустив видимой опасности" (§ 281). Кроме того, министры вообще не отвечают за такие меры, которые принимаются ими с разрешения Государя Императора или сената, хотя бы разрешение было испрошено самим министром, "разве бы в обстоятельствах представления сделано было умышленное и важное упущение" (§ 280, 282—285). Таким образом, если в представлении, которым испрошено Высочайшее повеление или сенатский указ, обстоятельство изложено неполно или в искаженном виде не умышленно, а по небрежности, министр все-таки освобождается от ответственности, что едва ли можно признать справедливым. Затем нельзя не обратить внимания, что закон наш, признавая только два предмета ответственности министров — превышение и бездействие власти, упускает из внимания возможность случаев нецелесообразного пользования властью без нарушения установленных законных ее пределов, но с важным вредом для государства. Ввиду значительной неопределенности пределов власти министров, — неопределенности, неизбежно связанной с двойственностью их положения, как органов и верховного, и подчиненного управления, это упущение представляется особенно важным. Между тем, законодательство наше вообще придает в этом вопросе очень большое значение именно наступлению вреда от действий министра, так что и за превышение или бездействие власти он может быть привлечен к ответственности, только если они соединены с каким-либо важным государственным ущербом или злоупотреблением (§ 288).

Поводами к возбуждению ответственности и по Учреждению 1811 г. могут служить: 1) жалобы непосредственно Государю приносимые; 2) донесения местных начальств в тех случаях, когда предписаниями министров будут они понуждаемы к отмене законов существующих, или к введению новых, верховною властью не утвержденных; 3) последствием судов, над подчиненными им лицами производимых, когда они докажут, что неправильность действия, за которое они преданы суду, произошла от точного испол-

нения министерских предписаний, или, что закон, коего исполнение от них взыскивается, не был им предписан; 4) временными обозрениями губерний, а по военной части — осмотрами войск, и 5) рассмотрением ежегодных отчетов (§ 287). Составители Свода Законов дополнили этот перечень еще одним, шестым, пунктом, заимствованным из первого Учреждения Министерств 1802 г. и постановляющим, что сенат, если усмотрит "важные злоупотребления в делах, управлению министров вверенных, то представляет о том Государю". Едва ли, однако, в этом была действительная надобность, так как сенат, очевидно, не может усмотреть злоупотреблений министерского управления иначе, как одним из способов, указанных в п. 2 — 4[1].

Все донесения, возбуждающие ответственность министров, представляются на Высочайшее усмотрение, и дальнейший ход им дается только в том случае, если они удостоятся Высочайшего уважения. По Учреждению 1811 г., в таком случае дело поступало на рассмотрение общего собрания государственного совета. Государственный совет избирал из своих членов комиссию для производства следствия. По рассмотрении донесения комиссии и дополнив его, если нужно, новыми объяснениями, государственный совет полагал заключение или о лишении министра его звания, когда он, "хотя не нанес с умыслом государству ущерба, но образом управления своего лишился Высочайшего доверия", или о предании министра верховному уголовному суду (§ 291 — 295).

В 1889 году порядок этот был изменен. Новые правила включены не в Учреждение министерств, а в Учрежд. Госуд. Совета (3 отделение IV главы). Удостоенные Высочайшего уважения донесения и жалобы обращаются теперь не в общее собрание, а в департамент гражданских и духовных дел, который рассматривает их в составе не менее семи членов. Уже это изменение весьма важно. Им прежде всего устраняются от участия в обсуждении этих дел министры, которые считаются членами общего собрания, но не департаментов. Затем в департамент гражданских и духовных дел назначаются членами преимущественно лица, прошедшие судебную карьеру. Департамент сообщает привлекаемым к ответственности лицам о предмете обвинения и об имеющихся доказательствах и требует от них объяснений. Если по обстоятельствам дела окажется нужным, департамент постановляет

[1] В изданиях 1832 и 1842 гг. это составляло 6 пункт; в издании 1857 г. шестого пункта в ст. 259 нет, и постановление о сенате изложено отдельно от перечня, как общее к нему дополнение. Под ст. 259 есть еще ссылка на указ 21 марта 1803 г.

произвести предварительное следствие, причем постановление это обращается к исполнению без испрошения Высочайшего утверждения. Но производство следствия возлагается на одного из сенаторов кассационных департаментов по Высочайшему назначению, а прокурорские обязанности при этом исполняет министр юстиции. Оконченное следствие вносится, при заключении министра юстиции о дальнейшем направлении дела, в департамент, который постановляет или о прекращении дела, или о наложении взыскания без суда, или о предании привлеченного к ответственности суду. Последовавшие по этому вопросу в департаменте мнения представляются на Высочайшее утверждение. Если будет утверждено постановление о предании суду, министр юстиции на основании его составляет обвинительный акт, и дело рассматривается верховным уголовным судом, состоящим, под председательством председателя государственного совета, из председателей департаментов совета и первоприсутствующих кассационных документов сената и общего их присутствия.

Точно таким же порядком привлекаются к ответственности члены государственного совета, генерал-губернаторы и главноначальствующий гражданскою частью на Кавказе.

В Учреждении 1811 г. прямо было выражено, то государственный совет, не предавая министра суду, может только лишить его звания министра. Более тяжкое наказание могло быть, следовательно, наложено только судом. Действующий закон менее определителен. В нем просто сказано, что департамент духовных и гражданских дел или налагает взыскание без суда, или предает министра суду. Значит ли это, что теперь без суда может быть наложено на министра всякое наказание? Вопрос этот должен быть разрешен отрицательно. В примечании к ст. 69 Улож. о Нак. прямо постановлено как безусловное правило, не знающее никаких ограничений, что без суда могут быть за преступления по службе налагаемы взыскания только не свыше удаления от должности. Более тяжкие наказания могут быть налагаемы только властью суда.

С. А. КОРФ

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ

КНИГА ВТОРАЯ
ОЧЕРК ДЕЙСТВУЮЩЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

ЧАСТЬ ВТОРАЯ
ЦЕНТРАЛЬНЫЕ ОРГАНЫ РУССКОЙ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

ГЛАВА ВТОРАЯ

1
Состав 1-го и 2-го департаментов сената

Состав 1-го и 2-го департаментов регулируется учр. прав. сената, глав. 1 и 2, св. зак., том I, изд. 1892 г., по продолж. 1906 г. Согласно ст. 4 председателем сената является “единое лицо Императорского Величества”; статья эта является одним из тех постановлений, которые определяют взаимные отношения монарха и сената; дальнейшее развитие они получают в ст. 197 и 198, смысл которых сводится к принципу ограничения власти сената единственно властью императора[1]; такой принцип предполагает как следствие непосредственность в сношениях между сенатом и монархом. Учреждение сената, однако, не только не устанавливает такой непосредственности, вводя, наоборот, посредствующую инстанцию всесильного министра юстиции, но и не требует даже председательства монарха; последнее таким образом оказывается фикцией. Согласно ст. 14 (основанной на законе 28 янв. 1832 г.) во 2-м деп-те председательствует первоприсутствующий, в 1-м же председательствует за неимением особого первоприсутствующего старший по чину из наличных сенаторов (ст. 14 и 34).

Состав этих деп-тов ближайшим образом определяется ст. 5 и 6; сенаторы назначаются по свободному выбору монарха из военных и гражданских чинов, причем единственным ограниче-

[1] Печать 1-го деп-та носит надпись: Его Величество. Канцелярия 1-го департамента.

нием является требование состояния кандидата в одном из первых трех классов; на практике бывают случаи одновременного производства в тайные советники и назначения в сенаторы. Отдельные же деп-ты составляются из тех сенаторов, "которые по Выс. усмотрению назначены в них присутствовать" (ст. 13); мы имеем здесь лишь общее определение, которое нельзя не считать весьма недостаточным. Благодаря ему, оба интересующие нас деп-та составляются из случайных элементов; гл. образом сенаторами назначаются бывшие чины министерств, очень часто таким порядком устраиваемые "на покой"; при этом не может быть и речи о специализации сенаторских кандидатов; если таковая в редких случаях и происходит, то лишь уже после назначения данного лица сенатором. Другим недостатком существующего порядка назначения сенаторов в 1-й и 2-й деп-ты является отсутствие требования какого-либо образовательного ценза; между тем юридические познания при решении сложных вопросов адм. юстиции следует считать безусловно необходимыми; нельзя себе представить, чтобы сенатор мог разбираться в запутанных юридических спорах без основательных юридических знаний; этот недостаток закона вызвал одно очень важное следствие — огромное влияние, оказываемое на суд.-адм. дела и практику сената его канцелярией; доклады, постановления и решения адм. деп-тов составляются их канцеляриями, в результате чего последние попрежнему, по выражению Екатерины, "одолевают сенат" (ср. стр. 85, кн. I).

Далее, закон не определяет порядка назначения сенаторов, вследствие чего таковое обыкновенно происходит по представлению министра юстиции, получающего этим самым огромное влияние на составление адм. деп-тов. Вместе с тем законом не установлено как определенного числа сенаторов деп-тов, так и порядка распределения их по деп-там (ст. 13, 14 и 15)[1]; требуется только известный quorum, для решения дел "в присутствии сената", не менее трех сенаторов, причем наблюдение за исполнением сего правила возлагается на министра юстиции, играющего и в этом случае роль опекуна сената (ст. 76) (напр., при переводах сенаторов из одного деп-та в другой и при назначении им размеров окладов).

Что касается порядка увольнения сенаторов, то относительно его не имеется никаких указаний в учр. прав. сената, что так-

[1] На практике именно этим путем и проявляется гл. образом влияние министра юстиции.

же нельзя не считать крупнейшим пропуском закона, вызывающим к тому же одно важное следствие, благодаря ему, сенаторам адм. деп-тов не обеспечена судейская несменяемость, столь им необходимая для несения обязанностей адм. судей.

Действующее учр. пр. сената допускает совместимость звания сенатора с любой должностью "в иных установлениях" (ст. 7); следствием такого широкого права совместительства является отсутствие в нашем законе различия между званием и должностью сенатора.

Наконец, ст. 8 приводит целый ряд членов сената ex officio; сюда относятся министры и обер-прокурор синода (п. 1), в известных случаях их товарищи (п. 2) либо при временном исправлении должности министра, либо когда министр "за другими делами и обязанностями" не может присутствовать въ сенате[1] и главные начальники (генерал-губернаторы) во время их пребывания в Петербурге (п. 3). Постановления этой статьи уже давно считаются недостаточными и неясными, вследствие чего за последние годы (по продолж. 1902 и 1906 г.) появилось значительное количество дополнений, в виде примечаний к ст. 8 (равно и в других статьях); так, с министрами сравнены "главноуправляющие отдельными частями", государств. контролер (ст. 122, прим.; с товарищами м-ров сравнены некоторые должн. лица министерств морского, военного, финансов, вн. дел). Законодатель особо упоминает о первом деп-те в ст. 122; в нем некоторые дела могут докладываться не иначе, как в присутствии подлежащего министра; этому правилу подчиняется рассмотрение дел, перечисленных в пп. 1—10, ст. 120; остальные дела, касающиеся м-ра, могут быть доложены и без него, но должны сообщаться ему до подписания, и если он не согласится подписать данное определение, то дело вновь докладывается с его заключением, и если тогда не будет принято большинством 2/3 голосов, то переносится в общее собрание. Во 2-м деп-те некоторые дела (по представлениям губернаторов и просьбам частных лиц об отмене постановлений губ. присутствий)[2] слушаются не иначе, как при личном участии м-ра в. д. или его товарища, другие же дела (по жалобам и представлениям) по усмотрению

[1] На практике министры пользуются чрезвычайно широко этим правом посылать за себя в сенат своих товарищей.

[2] По продолж. 1906 г. сюда присоединены и дела по просьбам об отмене постановлений сибирских общих присутствий губ. управлений и нек. др.

сената слушаются либо при личном участии м-ра в. д., либо по истребовании его по делу заключения (ст. 122). По целому ряду дел, кроме того, требуются еще и "предварительные заключения" министров (ст. 125). Статья же 129 содержит постановление, имеющее в виду удобство министров; заседания 1-го и 2-го деп-тов, в коих они должны участвовать, могут быть назначаемы лишь раз в неделю и в определенный день, причем им заблаговременно должны сообщаться реестр дел и записки или краткие извлечения из дел; если министр не прибудет на заседание, дела его ведомства откладываются до следующего заседания, а при вторичном неприбытии обер-прокурор должен войти с ним в сношение относительно назначения дня для слушания этих дел (ст. 129); это последнее странное правило дает очень несправедливое преимущество в руки министров, противоречащее независимому и высокому положению сената, которому они собственно подчинены. На доставление сенату заключений, объяснений и сведений министрам дается трехмесячный срок; но таковой их не связывает, так как требуется при его несоблюдении лишь донесение о причинах тому и мерах, "принятых к устранению" сего (ст. 131).

Таким образом, с одной стороны, приходится отметить весьма выгодное положение министров в сенате, с другой же, неясность закона в определении того, кто может считаться министром, кто может заменять такового и на чью, следовательно, долю эти преимущества выпадают.

Сенату кроме того принадлежит право приглашать с совещ. голосом "особ посторонних" (ст. 9); термин "особы", по-видимому, указывает на официальное положение таких приглашаемых, т. е. на их состояние на госуд. службе, что, впрочем, не соответствовало бы значению этого постановления. Глава (VIII) о правах и обязанностях сенаторов отличается чрезвычайной архаичностью; так, мы находим здесь указания на обязанность "почитать свое отечество родством, а честность дружбой" (ст. 237), или на право "излагать свое мнение свободно, не стесняясь ничем" (ст. 240); отвод сенаторов регулируется "правилами, вообще для судей по сему предмету постановленными" (ст. 242). Но особенно устарела на практике вовсе неприменяемая ст. 238, согласно которой "каждый сенатор имеет долг представлять по всей чистой совести о происходящем вреде в государстве и о нарушителях закона, ему известных"; значение этой статьи исключительно историческое, основана же она на указах 16 авг. 1760 г. и 8 сент. 1802 г. (ст. 11), дававших личное право

надзора сенаторам; такое личное право в настоящее время можно считать вымершим. Вообще, как сказано, глава VIII одна из самых неопределенных и архаичных во всем учреждении сената. Такая неопределенность не может не отражаться на юридическом положении сенаторов, определение которого в законе более не соответствует действительному положению вещей; сенатор, напр., не является более на практике "советником короны", несмотря на указание ст. 238[1]; его прежнее право объявлять словесные Выс. указы даже прямо отменено (23 апр. 1906 г.).

По возрасту своему 1-й и 2-й деп-ты весьма различны; тогда как первый деп-т появился еще при Екатерине II, при первом делении сената, 2-й учрежден только в 80-х г. (24 янв. 1884 г.) и является одним из самых молодых деп-тов сената. В первый год царствования Александра III решено было упразднить главный комитет об устройстве сельского состояния[2]; при этом возник вопрос, кому передать наследство комитета; дело в том, что компетенция этого органа была чрезвычайно разнообразна, обнимая собой и законодательные, и административные, и судебные функции; м-р юстиции предлагал спорные дела по поземельному и хозяйственному устройству крестьян передать 1-му деп-ту сената, с учреждением при нем "особого отделения по кр. делам"; предложение это было поддержано прочими министрами, за исключением м-ра вн. д.; мнение м-ра юстиции, однако, восторжествовало и получило силу закона 25 мая 1882 г.[3] Новый порядок рассмотрения спорных кр. дел, несомненно, был значительным улучшением в сравнении с прежде существовавшей системой, согласно которой имелось целых пять инстанций: две, решающие дела по существу (непр. член и уезд. кр. присутствие), первая кассационная — губ. кр. присутствие, вторая кассационная — м-р вн. д. и затем вновь аппеляционная (решающая дело по существу) — гл. комитет[4], этот прежний порядок инстанций противоречил в корне принпипам судоустройства и судебного процесса. Но последующая практика "особого отделения" 1 деп-та доказала наличность некоторых неудобств и

[1] Ср. Градовский, Начала р. г. права, ч. II (том VIII), стр. 295. Спб., 1903 г.

[2] Подробнее об истории II деп-та см. И. М. Тютрюмов, К истории учреждения второго деп-та пр. сената, в ж-ле мин. юстиции, № 3, 1909 г.; его же Второй деп-т пр. сената, Спб. 1909 г.

[3] Собр. узак. 1882 г., ст. 341 и 342.

[4] Ср. Тютрюмов, Второй деп., стр. 6.

в новом порядке восхождения дел в сенате. Двухлетний опыт, по словам И. М. Тютрюмова[1], выяснил, что "состав отделения был лишен возможности справиться с поступающими на рассмотрение сената кр. делами"; число кр. дел, начавших поступать в сенат, значительно превысило ожидания законодателя, полагавшего возможным первоначально ограничиться лишь временным усилением штата канцелярии 1-го деп-та. Остаток нерешенных дел все увеличивался, вследствие чего м-р юстиции был принужден войти в гос. совет с представлением (21 ноября 1883 г., № 25612) об усилении средств 1-го деп-та; гос. совет пошел, однако, гораздо далее предложения м-ра, признав нужным образовать из "особого отделения" новый департамент, назвав его "вторым"; главным аргументом гос. совета было указание на специальный характер дел, поступавших на рассмотрение особого отделения, 48 % которых составляли поземельные споры[2]; одновременно было поручено м-ру юстиции разобрать вопрос, "не следует ли право обжалования сенату решений губ. по кр. д. присутствий ограничить какими-либо условиями, например, родом или свойством дел, ценою иска и т.п." (п. IV, в. мнения гос. совета); Выс. утверждение это мнение г. с. получило 24 января 1884 г. (собр. узак. 31 янв. 1884 г., № 21, ст. 174).

Этим законом, стало быть, создан был в сенате новый департамент, "второй", среди функций которого находятся и судебно-административные. По своему внешнему виду, составу и порядку делопроизводства департамент этот почти тождествен первому; главное их разделяющее различие состоит, конечно, в их компетенции. Канцелярия второго деп-та несет те же обязанности, что и канцелярия первого деп-та; она также приготовляет дела к докладу, докладывает их и изготовляет мотивированные проекты решений.

Руководствуясь вышеуказанным поручением гос. совета. м-р юстиции и обер-прокурор 2 деп-та долгое время имели в виду вопрос, не следует ли и каким образом ограничить право жалобы в сенат. Подробное выяснение этого вопроса, по справедливому замечанию И. М. Тютрюмова[3], однако, должно было их убедить, что о сокращении права жалобы не может быть речи, так как дела, поступающие на рассмотрение сената, представ-

[1] К истории 2 деп-та сената, стр. 69.

[2] Второй деп-т, стр. 16. Ср. также архив гос. совета, журналы общего собрания от 9 янв. 1884 г. и соед. деп-тов экон. и зак. от 3 дек. 1883 г.

[3] Второй деп-т, стр. 25.

ляют собой самые существенные интересы крестьянства, практика же кр. присутствий (прежних, а равно и новых 1889 г.) не дает необходимой гарантии правильного толкования законов, что и делает столь необходимым "авторитетное выяснение сенатом истинного смысла кр. узаконений". Нельзя не заметить, что это веское указание набрасывает густую тень на деятельность кр. присутствий, недостатки каковой особенно сильно проявляются в интересующей нас области; нет сомнения, что отстранение сената от роли верхней инстанции рассмотрения суд.-адм. дел пагубно бы отозвалось на защите суб. пуб. прав крестьянства, которые не находят себе достаточной защиты в губернских суд.-адм. органах. И. Тютрюмов приводит и характерный пример[1], уже раз встретившийся в практике сената, когда последний указом 22 декабря 1878 г. положил прекратить производство по жалобам на решения волостных судов; практика сейчас же выяснила, что эта мера повела лишь к увеличению "случаев неправильных со стороны местных по кр. делам учреждений действий". М-р юстиции правильно не находил допустимым изъять из ведения 2 деп-та кр. поземельные дела[2] и считал возможным ограничить лишь обжалование дел "по общ. кр. управлению"; однако и на этом мнении м-р не настаивал, легко уступив м-ру вн. д., когда тот против этого запротестовал; таким образом, вопрос о сокращении компетенции 2-го деп-та был окончательно отстранен; все дело ограничилось лишь допущением разделения 2 деп-та на присутствия (указ 10 янв. 1889 г., собр. узак., 7 марта 1889 г., № 22, ст. 166) и различными переменами в канцелярии и обер-прокурорском надзоре этого деп-та[3].

Вопрос о положении сената вообще и первого его деп-та в особенности давно уже волнует русское общество; недостатки их давно уже известны и не раз останавливали на себе внимание как публицистики и печати, так и специальной литературы[4]. Однако вплоть до сего времени это справедливое требование реформы, одна из самых назревших потребностей нашего государственного строя, остается без удовлетворения. За двумя-тремя исклю-

[1] Там же, стр. 26.

[2] См. представление м-ра юст. в гос. совет от 9 ноября 1888 г., № 27350, "о кредитах на содержание канцелярии и об.-прок. надзора 2 деп-та пр. сената".

[3] Подробнее см. Тютрюмова, Второй д-т, стр. 28 и след.

[4] Ср., напр., статьи: Градовского в Голосе от 9 сент. 1880 г., № 249 (собр. соч., том VIII), Кавелина, "Чем нам быть" (собр. соч., том II) и бар. А. М. Нолькена, Судебная реформа 1864 г. и 1-й деп-т пр. сената.

чениями вопрос о реформе сената не обращал на себя серьезного внимания правительства, после издания знаменитого указа 1802 г., несмотря на всем известную устарелость его основных положений. Одними из таких счастливых исключений являются проекты, выработанные Замятниным (в 60-х гг.) и Выс. учр. особым совещанием 1905 г., состоявшим под председательством д. т. с. ст.-с. А. А. Сабурова.

Судебная реформа не могла не затронуть положения адм. деп-тов сената и обратить на последнее внимания реформаторов 60-х годов. 11 марта 1865 г. министр юстиции Замятнин представил государю записку о преобразовании адм. деп-тов сената[1], в которой между прочим выставил необходимость освобождения деп-тов от массы мелких дел, упрощения их делопроизводства и согласования "порядка рассмотрения жалоб на губернские начальства и м-ва с правилами новых суд. уставов". Получивъ Выс. разрешение, Замятнин сразу же приступил к разработке проекта такой реформы адм. деп-тов и 5 мая 1865 г. разослал таковой на заключение ведомств. В проекте между прочим указывалось на изъятие из компетенции сената и передачу судам некоторых дел о нарушении уставов каз. упр. и о преступлениях и проступках против общ. благоустройства; дела же о взыскании вознаграждений за вред и убытки, причиненные действиями должн. лиц, предполагалось передать особому присутствию 1-го и касс. деп-тов; касательно нас интересующих суд.-адм. дел проект лишь предлагал несколько изменить порядок их производства; так, дела по жалобам и по представлениям, не затрагивающим "собственно управления", а лишь частные интересы отдельных лиц, в случае разногласия в деп-те, докладывались бы в общем собрании с заключением м-ра юст. и решались бы большинством голосов, "исчисление коих производилось бы по правилам у. гр. суд." (ст. 698 и 699), причем голос м-ра юст., хотя бы и не присутствующего, считался бы наравне с голосами прочих сенаторов, но давал бы перевес, в случаях деления голосов поровну; дела по управлению, не сопряженные с частными интересами, при разногласии в деп-те, докладывались бы м-ром юст., непосредственно монарху. Но главное внимание Замятнинского проекта было направлено в совершенно другую сторону, а именно на законодательные функции сената и на вопрос о раз-

[1] Подробнее см. брошюру бар. А. М. Нолькена, Судебная реформа 1864 г. и 1-го деп-та пр. сената (напечатана в журнале м-ва юст., февраль, 1905 г.).

граничении его функций управления от таковых же функций комитета м-ров; проект этот не встретил, однако, сочувствия со стороны ведомств; даже наоборот многие министры энергично возражали на него, став, впрочем, на почву личных соображений, вызванных опасением, что при его осуществлении власть м-ра юст. сильно ограничит власть прочих м-ров[1].

19 декабря 1865 г. Замятнин представил ком-ту м-ров свою записку по проекту этой реформы (№ 11597); но и в ней все его внимание было поглощено было двумя последними вопросами, в особенности законод. функциями сената; при этом вопрос о суд.-адм. делах был почти совершенно отстранен; м-р юст. отказался от своих первоначальных предположений; от последних теперь оставалось только два предложения: 1) касательно порядка решения суд.-адм. дел в общем собрании, для коего отменялись квалифицированное большинство в голосованиях (2/3 голосов) и дальнейший перенос дел на решение монарха и 2) относительно допущения заинтересованных частных лиц или их поверенных "к словесным объяснениям после доклада дела, и до изложения обер-прокурором своего заключения" по суд.-адм. делам[2]. Этот последний принцип нельзя конечно не приветствовать, как важный шаг по пути установления у нас начал адм. процесса. Но... "предложения м-ра юст. потерпели полную неудачу в ком-те м-ров"; время было еще неподходящим для принципов адм. процесса; комитет нашел, что "следует по возможности сохранять в прежнем виде все учреждения, которые, действуя удовлетворительно, приобрели доверие к ним общества, и только тогда приступать к их изменению, когда опытом будет доказана настоятельная в том необходимость"[3]; таковой же необходимости касательно реформы сената комитет еще не усматривал.

На основании Выс. утв. 15 апреля 1866 г. положения комта м-ров, м-р юст., по соглашению с главноуправляющим II отделением С. Е. И. В. канцелярии, занялся составлением нового проекта, в котором уже полагал ограничиться составлением "временных правил об изменении порядка решения и производства дел в 1-м деп-те сената, отнюдь не касаясь степени власти оного..."; свое представление по этому вопросу м-р юст.

[1] Ср. бар. Нолькен, стр. 23 и след., в частности отзывы военного и морского министерств.

[2] Совещание 1905 г., занимавшееся вопросом реформы сената, приняло почти дословно подобное же постановление: ср. ниже.

[3] Ср. бар. Нолькен, стр. 34.

внес в гос. совет 13 апреля 1867 г. (№ 6254 и 6255); главным образом им в данном случае затронуты были вопросы о порядке поступления дел в 1-й деп-т и о порядке их производства и решения; компетенция 1-го деп-та была разделена на 3 части: дела суд.-адм., дела управления и дела по законодательным вопросам; по первой категории дел слушается предварительно заключение обер-прокурор, по второй — прокуратура вовсе не участвует, по третьей же — участвует только в некоторых случаях; делопроизводство и доклад дел по-прежнему оставлены на обязанности канцелярии; единственным существенным нововведением являлось допущение словесных объяснений частных лиц.

Но и этот проект Замятнина претерпел ту же участь, как и первый. Преемник его князь Урусов, во-первых, запротестовал против отделения суд.-адм. дел от дел управления, во-вторых, признал недопустимым и публичность заседаний 1-го деп-та и словесные объяснения заинтересованных в деле частных лиц или их поверенных; таким образом кн. Урусов уничтожал и то малое, что было предложено его предшественником; еще в 1867 году следовательно суждено было заглохнуть этой первой попытке реформировать деп-т, недостатки положения которого уже в то время сознавались более просвещенными кругами русского общества. Совершенно очевидно, что Замятнинскому проекту нельзя было возродиться в какой бы то ни было форме при графе Палене.

Только сорок лет спустя вновь была сделана серьезная попытка пересмотреть учреждение сената. Проект реформы адм. деп-тов сената, выработанный совещанием с.-с. Сабурова, идет гораздо далее проекта Замятнина.

История Сабуровского совещания такова: 12 декабря 1904 г. был опубликован достопамятный указ, в первом пункте которого было признано неотложным “принять действительные меры к охранению полной силы закона... дабы ненарушимое и одинаковое для всех исполнение его почиталось первейшей обязанностью всех подчиненных нам властей и мест, неисполнение же ее неизбежно влекло законную за всякое произвольное действие ответственность и в сих видах облегчить потерпевшим от таких действий лицам способы достижения правосудия”[1]. Не первый раз, но все безуспешно прибегало правительство к подобным

[1] Ср. Н. И. Лазаревский, Законность и пределы ее осуществимости; Право, № 2, 1905 г., стр. 70 и след.

указам о водворении в управлении законности. Приведенный текст указа 1904 г. содержит в себе довольно определенные элементы адм. юстиции, одним же из главных его последствий должно было быть принятие правительством мер к реформе сената. Комитету министров было предоставлено изыскать способы осуществления Выс. воли, выраженной в указе 1904 г.[1]; обсуждая эти вопросы, комитет, между прочим, "признал настоятельную необходимость преобразовать в России адм. юстицию в духе тех великих начал, которые легли в основание суд. уставов Имп. Александра II". Давно уже Россия дожидалась подобного признания.

На первом плане при этом, как сказано, стал вопрос о реформе сената и в частности первого его деп-та, в делопроизводство которого комитет считал нужным ввести "публичность заседаний и словесные объяснения сторон" а вместе с тем уменьшить влияние прокуратуры[2]. Эти соображения уже сами по себе составляют огромный шаг вперед по пути определения института адм. юстиции. Другим основным положением, выставленным комитетом, была необходимость децентрализации дела адм. юстиции, т.е. передача рассмотрения большинства суд.-адм. споров местным органам; иными словами — наряду с реформой центрального органа адм. юстиции (1-го деп-та), комитет предусматривал и реформу провинциальных суд.-адм. органов.

Следствием указа 12 дек. 1904 г. и положения к-та м-ров, Выс. утв. 17 янв. 1905 г., было образование целого ряда комиссий, которым были поручены разработка и выяснение в деталях вопросов, намеченных указом и положением к-та. Между эти-

[1] Подробнее об этом см. у Лазаревского, Соображения к-та м-ров по вопросу об охранении полной силы закона; Право, № 5 и 6. 1905 г.; в особенности см. статью в № 6. стр. 385—391. Выс. утв. 17 января 1905 г. положение комитета м-ров, частью опубликовано было в № 16 Пр. Вестника от 21 янв. 1905 г. (извлечение из журналов комитета от 21 и 24 дек. 1904 г. и 4 янв. 1905 г.) и подробно разобрано в статье М. Лозина-Лозинского Адм. юстиция и преобразование пр. сената. журнал м-ва юст. февраль, 1907 г., стр. 122 и след. Ввиду того, что, с одной стороны, положение к-та уже известно нашей специальной литературе, а с другой, что оно покрывается гораздо более обширной и детальной работой Сабуровского совещания, мы не будем особо на нем останавливаться.

[2] Так, напр., комитет предлагал разделить должности м-ра юстиции и генерал-прокурора, отменить некоторые полномочия обер-прокуроров и т.п.

ми комиссиями мы находим и вышеназванное “особое совещание” с.-с. Сабурова[1].

Результатом 4-х месячной работы последнего явился подробный журнал, посвященный реформе сената[2]. Из двух поручений, возложенных на ос. совещание, пересмотр учреждения сената оно считало важнее организации местных адм. судов, а потому и посвятило ему исключительно все свое внимание, основывая свои построения на согласовании учреждения сената, согласно указанию к-та м-ров, с принципами суд. уставов. Председатель испросил даже особое Выс. соизволение (13 мая 1905 г.) на “разрешение дать вопросу о пересмотре учреждения пр. сената движение в законодательном порядке отдельно от проекта законоположений о местных адм. судах”.

События лета и осени 1905 г. остановили, однако, дальнейшее движение этих реформ[3].

Основными принципами положения сената совещание считало независимость его надзора и обладание им сильною и авторитетною властью (стр. 7 журнала); с последнею же не было совместимо то положение, которое закон уделял м-ру юстиции. Совещание считало роль, играемую по отношению к сенату

---

[1] Ср. М. Лозина-Лозинский, Адм. юстиция и преобразование пр. сената; журнал м. юстиции, янв. и февр., 1907 г.

[2] Заседало ос. совещание 16, 20, 23, 26 и 30 марта. 1, 6 и 9 апреля, 9, 12, 14, 19, 21, 25 и 29 мая и 1 и 4 июня 1905 г.: членами его состояли: И. И. Шамшин, И. Я. Голубев. Д. Г. ф. Дервиз, Н. В. Шидловский, Н. С. Таганцев, А. Д. Оболенский. С. С. Манухин, Ю. А. Икскуль, Н. Н. Шрейбер, И. И. Вильсон, Н. Н. Мясоедов, Л. П. Томара, П. А. Харитонов, В. Ф. Дерюжинский, Н. Ф. Дерюжинский, В. И. Тимофеевский, Н. А. Добровольский, Н. И. Вуич, Н. А. Воеводский, С. В. Олив, В. И. Мамонтов, К. И. Дылевский, В. С. Федоров, Н. Н. Маслов, М. А. Александров, Е. Е. Стеблин-Каменский, П. Н. Дурново, Н. Н. Кутлер, Д. А. Философов, С. В. Иванов, Н. А. Малевский-Малевич, В. Н. Мамонтов, Г. И. Лисенков, А. С. Ермолов, П. В. Деларов, В. С. Садовский и Н. Д. Шубин-Поздеев.

[3] 26 апреля 1906 г. состоялось Выс. повеление о передаче дел ос. совещания м-ру юстиции для внесения соответ. законопроекта в гос. думу. В 1907 г. 39 членов гос. совета внесли в порядке ст. 54 учр. гос. сов. Сабуровский проект на уважение гос. совета; предложение их было, однако, отклонено 75 голосами против 70. В том же году м-р юст. во исполнение Выс. повеления внес в гос. думу свой собственный проект, построенный, однако, на совсем иных основаниях и весьма похожий на действующее учр. пр. сената.

м-ром юстиции, одною из самых губительных причин, низведших сенат до его современного положения; м-р юст. имел огромную возможность влиять не только на дела сената, но и на личный его состав. Другим существенным недостатком совещание считало господство "излишней переписки и ненужных формальностей", а равно поступление на рассмотрение сената "громадного количества мелких и маловажных дел"; далее совещание отметило непрактичность существующих взаимных отношений между сенатом и министрами и проистекающую отсюда медленность: наконец, им были указаны след. недостатки: отсутствие доступа в сенат частным лицам (нас весьма близко касающийся вопрос) и неудовлетворительность редакции статей, определяющих порядок привлечения к ответственности должн. лиц и правил "относительно самого доклада дел сенату" (стр. 12). Основательность этих обвинений вряд ли кто возьмется отрицать.

Совещание, однако, не хотело произвести полную ломку учреждения сената, довольствуясь лишь "составлением проекта необходимых для преобразования сената мер, в виде отдельных постановлений, в изменение и дополнение действующего учреждения сената" (стр. 17). Здесь мы имеем крупнейший недочет в работе совещания.

Принципы реформы совещание резюмировало след. образом: 1) обеспечение независимости сената, устранением посредничества м-ра юст. между ним и верховною властью; 2) восстановление власти сената по осуществлению им действительного надзора за законностью действий подчиненных ему мест и лиц и 3) обеспечение надлежащего личного состава сената, предоставлением сенатской коллегии права избирать кандидатов для удостоения звания сенатора. Кроме того предлагался совещанием и целый ряд "частных мер": 1) обеспечение независимости определений адм. деп-тов, для чего следует признать эти определения окончательными и отменить право м-ра юст. и обер-прокуроров переносить дела в высшие инстанции: 2) упрощение и упорядочение делопроизводства адм. деп-тов; 3) установление более правильных условий участия м-ров; 4) облегчение доступа к сенату частным лицам; 5) реорганизацию прокур. надзора и канцелярии; 6) определение предметов ведомства 1-го деп-та и 7) определение надзора 1-го деп-та за правильным изданием законов и чрезвычайных мер министров. Все эти начала нельзя не считать совершенно правильными.

Общую компетенцию сената, во изменение ст. 2 действующего учр. пр. сената, совещание предложило определить след.

образом: "Правительствующему Сенату принадлежит высший надзор в порядке суда, управления и исполнения[1]. Посему он, как хранитель закона, печется о повсеместном соблюдении законности и правосудия. Ему принадлежит: а) хранение и обнародование законов, а также распубликование Высочайших повелений и надзор за соблюдением установленного основными государственными законами порядка издания означенных законов и Высочайших повелений; б) распубликование издаваемых министрами, в силу предоставленного им законами права, уставов, правил, инструкций, постановлений и распоряжений, имеющих общеобязательное значение, по удостоверении в законности как самого их содержания, так и порядка их издания; в) преподание подчиненным сенату установлениям и должностным лицам разъяснения истинного смысла закона; г) надзор за закономерностью постановлений, распоряжений и действий мест и лиц, ему подчиненных, каким бы порядком сведения по сему предмету до сената ни дошли, принятие мер к прекращению незаконных действий сих установлений и должностных лиц и привлечение к ответственности должностных лиц за нарушение ими служебного долга; д) разрешение жалоб на постановления, распоряжения и действия подчиненных сенату установлений и должностных лиц и е) участие, в качестве высшего суда, в отправлении правосудия гражданского и уголовного и в надзоре за судебными установлениями".

При рассмотрении отдельных статей учр. прав. сената, совещание обратило главное внимание на положение м-ра юстиции, к которому оно относилось отрицательно, считая его (совершенно правильно, прибавим мы) несовместимым с достоинством сената; между монархом и сенатом не могло и не должно было быть посредников. Совещание считало необходимым и уничтожение опеки прокуратуры над сенатом.

Относительно состава сената совещание отметило целый ряд его недостатков и в устранение их предложило: во-первых, принцип кооптации сенаторов, во-вторых, полное отстранение от этого дела м-ра юстиции, который не должен был иметь какой-

[1] Во изменение ст. 1 учр. пр. с. совещание полагало изъять из подчинения сената: 1) высшие госуд. установления, 2) канцелярии Его Величества и 3) м-во двора; но и по этим учреждениям сенату должны подлежать вопросы об обнародовании законов и Выс. повелений, о правах по службе, об ответственности должн. лиц (личной и имущественной), по договорам, по имуществам и о гражданских правах.

либо возможности влиять на состав сената, и, в третьих, установление известных цензовых условий для назначения сенаторов; совещание в этом последнем случае взяло в пример постановления суд. уставов, относительно кассационных деп-тов; оно особенно настаивало на необходимости установления образовательного ценза. Кроме того, предложено было параллельно с этим изменить положение как первоприсутствующих (в компетенцию которых перешли бы, напр., сношения сената с монархом, представление кандидатов в сенаторы и отчетов сената и т. п.), так и членов ex officio; сохраняя общие принципы действующего закона по отношению последних, совещание, однако, гораздо точнее редактировало соответствующие статьи законов; членами сената ex officio являлись бы: 1): "а) министры, главноуправляющие, госуд. контролер и обер-прокурор св. синода и б) наместники Его Величества, а также главные начальники губерний, во время пребывания своего в С.-Петербурге; 2) указанные в п. а, ст. 1 лица заменяют себя в сенате не только своими товарищами, но и должн. лицами, пользующимися вообще правами сих последних или правом присутствовать в сенате вместо министра". Такая редакция была бы значительным улучшением действующей ст. 8, со всеми ее примечаниями (по продолж. 1906 г.).

По отношении к реформе сенатских прокуратуры и канцелярии мнения членов совещания разделились; часть членов (16) предлагала учредить особого статс-секретаря при каждом деп-те, обер-прокуроров же упразднить; другая часть членов (17) полагала возможным сохранить прокуроров, уделив им, кроме надзора за канцелярией, роль, определенную им в суд. уставах; решения сената постановлялись бы лишь по выслушании заключения обер-прокурора; это последнее мнение следует считать опасным паллиативом, которым не устранилась бы окончательно опасность влияния прокуратуры на сенат, так как совещание оставляло подготовку доклада за канцелярией; оно не считало возможным перейти к системе кассац. деп-тов, в которых докладывают дела сами сенаторы, а при сохранении прежней системы составления докладов, всегда оставалась бы и возможность влияния на это дело со стороны прокуратуры.

Весьма существенные и интересные изменения были предложены совещанием касательно делопроизводства и порядка доклада дел в адм. деп-тах; мы считаем, однако, более удобным изложение этой части работы совещания в следующем параграфе, параллельно с действующим по сему предмету законодательству. Не могло совещание оставить без внимания, наконец, и

вопрос о компетенции сената и его деп-тах, причем в частности оно коснулось распределения дел по деп-там.

В заключение нельзя еще раз не отметить, насколько труды Сабуровского совещания сильно подвинули вперед вопрос о реформе сената и в частности его 1-го деп-та.

Уже не раз в нашей литературе выступали специалисты госуд. права с указанием на настоятельность такой реформы; напомним, напр., статью Градовского в Голосе 1880 г. (9 сент., № 249, перепечатана в собр. соч., том VIII, стр. 525, С.-Петербург, 1903 г.) и брошюру Ф. Ф. Кокошкина (Москва, 1908 г.) К вопросу о реформе сената[1]. Среди наших государствоведов господствует одно общее мнение об устарелости законодательства о сенате и неприспособленности этого учреждения к современному государственному строю.

Нет сомнения, впрочем, что уже близок момент превращения 1-го деп-та сената в высший и самостоятельный админ. суд, в котором уже давно и в такой сильной степени нуждается Россия. Следует, однако, оговориться — такое преобразование возможно будет лишь при одном предварительном условии — признания государством субъективных публичных прав русских граждан; пока еще такого признания у нас не имеется, а доколе его не существует, не может быть и речи о независимом административном суде.

2
Прокуратура и делопроизводство 1-го и 2-го департаментов

На первом месте здесь, конечно, стоит вопрос о положении министра юстиции. XVIII столетие завещало XIX опеку генерал-прокурора над сенатом; так положение вещей и осталось в течение всего XIX века. Министр юст., во-первых, является опекуном сената, во-вторых, посредником между этим учреждением и монархом и, в третьих, начальником прокуратуры сената и главным органом надзора за канцелярией оного.

Общим правилом, по прежнему, м-р юст. заседает только в общих собраниях, но может принимать участие и в заседаниях деп-тов (ст. 37 у. п. с.): он имеет право назначать заседания “для выслушания Выс. указов и для дел, требующих скорого исполнения” (ст. 41); через м-ра ю. поступает в сенат большинство дел (ст. 47 и 48): он же наблюдает за наличностью кворума при-

[1] Ф. Ф. Кокошкин в названной брошюре дает подробный и верный анализ проекта м-ва юстиции о преобразовании сената, внесенного в гос. думу.

сутствий сената (ст. 76); по большинству дел общих собраний[1] (кроме дел, поименованных в ст. 158) м-ру юст. принадлежит право "просмотра и пропуска" (в первом случае он помечает дело словом "читал", во-втором — "исполнить" ст. 157 и 166); при несогласии мнений общ. собраний и м-ра юст. дело передается в консультацию, которая составляет согласительное предложение (ст. 111, 113—117), в случае непринятия какового общим собранием дело представляется м-ром юст. монарху (118); в данном случае весьма характерен даже самый термин — "пропуск" определений сената; но и этого мало; ст. 172 дает м-ру юст. право просматривать и одобрять тексты указов сената ("рассылаемых для повсеместного исполнения"), а ст. 247 предоставляет ему же право доносить монарху преступление сенатором "пределов установленного порядка", что дает м-ру власть личного надзора и за каждым сенатором в частности. Таковы те огромные и широкие полномочия, которые действительно дают право называть м-ра юст. опекуном сената.

Второй категорией функций м-ра юст. по отношению к сенату является его роль посредника между сенатом и монархом. Через м-ра юст. проходят все сношения сената, как с монархом, так и с высшими госуд. установлениями (гос. совет и сов. м-ров); так, согласно ст. 118 м-р вносит через гос. совет, на разрешение монарха, дела, при рассмотрении которых в общ. собраниях не состоится большинства или когда общ. собрание не согласится с мнением м-ра юст.; ст. 173 и 174 устанавливают такое же посредничество м-ра юст. в делах, требующих Выс. разрешения или нового закона (ст. 201); через м-ра юст. проходят и определения сената по представлениям гос. контроля (ст. 176) и сношения сената с гос. советом (ст. 187); представления сената об отмене прежнего его распоряжения также вносятся на Выс. усмотрение через м-ра юст. (ст. 215); наконец м-р юст. доносит монарху и о нарушении сенатором "пределов установленного порядка" (ст. 247). Такая посредническая роль м-ра юст. (отмеченная и Сабуровским совещанием) не может губительно не отзываться на самостоятельности сената.

Третьей группой функций м-ра юст. является его начальствование над прокуратурой и канцелярией сената; система прокура-

[1] Ст. 106 дает м-ру такое же право пропуска относительно некоторых определений департаментов. Сабуровское совещание верно указало, что сенат в наше время "вошел в состав ведомства м-ва юстиции" благодаря утрате своей независимости.

туры, по-прежнему, построена на строгой иерархичности; мысль эта проводится в целом ряде статей 9-й главы у. п. с. (учр. канцелярии прав. сената), причем среди них имеются такие категоричные, как, напр., 251, которая называет м-ра юст. "главным начальником канцелярии сената", а последняя обнимает собой не только обер-секретарей, но и обер-прокуроров; по отношению всех служащих в канцелярии сената м-р юст. является прямым начальником; в его руках находится вся их служебная карьера, что делает их от него вполне зависимыми: последняя мысль, впрочем, даже прямо выражена в законе; ст. 244 гласит: "канцелярия сената состоит в непосредственной и полной зависимости от обер-прокуроров и м-ра юст.". Если же принять во внимание, что производство дел, доклад их, мотивировка решений и т. д., находятся в руках канцелярии, то ясным становится и огромная возможность, имеющаяся у м-ра юст., влиять на течение и решение дел в адм. департаментах.

Такая конструкция должности генерал-прокурора не может не отражаться и на положении обер-прокуроров и их отношениях к сенату. Главнейшею обязанностью обер-прокуроров закон ставит надзор за правильностью решений и производством дел (ср. ст. 16 и 266 у. п. с.), так, ст. 277 возлагает на них надзор за течением дел; ст. 52 — назначение дел к докладу, в очередь или вне очереди (ст. 54), ст. 266 — надзор за производством и составлением докладов дел, ст. 254 — управление канцелярией, ст. 77 — наблюдение за наличностью кворума, ст. 93 — наблюдение за тем, чтобы оставшийся в меньшинстве сенатор, в 2-х недельный срок представлял свое особое мнение, наконец ст. 157 и 166 дают об.-прокурорам право "пропускать" определения сената (всякое определение прежде подписания помечается об.-пр-ром "читал", а после подписания — "исполнить"). Таково всеобъемлющее влияние прокуратуры на течение дел, но еще значительнее ее влияние на само существо решений сената. Так, по делам о должн. преступлениях и нек. другим, сенат обязан выслушать заключение об.-пр-ра (ст. 83); особенно ярко роль последнего в данном отношении выступает при возникновение разногласий между сенаторами (ст. 99 и след.); об.-пр-р должен сначала стараться согласить сенаторов; затем, при неуспехе, он составляет согласительное предложение; если и таковое не подействует, об.-пр-р переносит дело в общее собрание, где его роль перенимается уже самим генерал-прокурором; кроме того, об.-пр-р может протестовать даже против единогласных решений деп-та (ст. 105), сначала "предлагая сена-

торам о причинах своего несогласия", а затем донося о том м-ру юст. По верному замечанию некоторых членов Сабуровского совещания каждая из этих статей так и дышит недоверием законодателя к сенатской коллегии: благодаря этому обер-пр-ры являются не только охранителями закона или "знающими юрисконсультами и сведущими юристами" в каждом деп-те, но непосредственными и весьма деятельными участниками в способе и порядке решения дел деп-том.

В служебном своем положении, обер-прокуроры, как уже сказано, находятся в полном подчинении у м-ра юст.

Обсуждая такое положение прокуратуры сената, совещание с.-с. Сабурова, однако, не пришло к единогласному решению вопроса; 16 членов полагали необходимым изъять канцелярию сената из ведения м-ва юстиции, подчинив ее впредь первоприсутствующему, прокуратуру же упразднить; особенно вредным эти члены считали руководительство обер-прокурорами канцелярией сената (стр. 84), их юрисконсультские же обязанности (напр., заключения) стали бы излишними, раз был бы установлен известный ценз для самих сенаторов, который обеспечивал бы специальные познания последних; заключения по делам судным могли бы перейти с успехом к прокуратуре угол. кассац. деп-та. При сохранении существующей системы, по справедливому замечанию этих членов, "сенатская коллегия никогда не станет хозяином дела", сенат же не сделается "самостоятельным и в то же время вневедомственным учреждением" (стр. 86); взамен должности обер-прокурора предлагалось учредить должность статс-секретаря; назначались бы статс-секретари по докладам первоприсутствующих и заведывали бы канцелярией деп-та, а ст.-секретарь первого деп-та и особыми учреждениями, состоящими при сенате (ст. 265, 271, прим. изд. 1892 г. и ст. 200 и 313; типография, архив и др.).

17 других членов, однако, не нашли возможным согласиться с таким предложением; они считали, что главная деятельность сената, состоящая в охранении законности, не может обойтись и впредь без опытных юристов, обер-прокуроров; члены эти упустили из виду, что в будущем сами сенаторы или, по крайней мере, часть из них, админ. судьи должны бы явиться такими "опытными юристами"; они считали, следовательно, необходимым сохранить "законоохранительный орган прокуратуры" приблизительно на тех же основаниях, на которых таковой сохра-

нен был суд. уставами при кассац. деп-тах; таким образом отменялось бы право прокуратуры "пропускать" определения сената и переносить дела в общие собрания, как совершенно несовместимое с достоинством сенатской коллегии. Но и это последнее мнение интересно нам, как подчеркивание современного несамостоятельного положения сената; даже эти 17 членов должны были признать современные права прокуратуры подтачивающими независимость сенатских деп-тов.

Пока существуют подобные полномочия прокуратуры, не может быть, конечно, и речи о самостоятельном админ. суде.

Порядок делопроизводства в сенате отличается чрезвычайной сложностью; кроме того, сюда относящаяся глава IV у. п. с. также весьма архаична; в этом отношении существует такая масса ненужных и вредных формальностей, которая только создает медленность "движения дел", не принося существенной пользы.

Мы уже видели, что касательно "движения дел" в сенате вообще и внутреннего распорядка делопроизводства деп-тов в частности обер-прокуроры играют весьма видную роль. Уже при вступлении все дела проходят через руки прокуратуры (часть кроме того через м-во юстиции[1]; ст. 47—49); следующая затем подготовка дела к докладу, со включением составления самого доклада, производится в канцелярии каждого деп-та обер-секретарями и их помощниками, под наблюдением обер-прокурора и его товарищей (ст. 50 и след.)[2]; при этом закон с особенным вниманием останавливается на очереди докладов (ст. 52 и сл.) и порядке составления докладных записок (ст. 64 и сл.), их скрепления, печатания и проч. (ст. 68 и сл.); что же касается до самого доклада дел, то у. п. с. различает два "порядка доклада", общий и особенный (при участии министерств и гл. управлений); первые статьи этого отдела (ст. 75 сл.) посвящены кворуму сенатских присутствий; затем идет определение доклада; слушаются не подлинные дела, а лишь краткие записки (ст. 81), при-

[1] Таким порядком сенат лишен даже права непосредственного получения и вскрытия ему адресованных пакетов, т.е. полномочия, которыми всегда и всюду располагает председатель или один из членов коллегии.

[2] Сенат сам не может назначать дела к слушанию, сенаторы же не имеют права "вступаться в управление канцелярией и за оное не ответствуют" (ст. 244); эта статья след. специально ограждает канцелярию от вмешательства сенаторов.

чем доклад составляется и производится канцелярией, а не сенаторами (ст. 82)[1]; по делам о должн. преступлениях, о возмещении вреда и убытков, причиненных сими преступлениями, и о предании должн. лиц суду, 1-й деп-т, в котором эти дела рассматриваются, обязан предварительно выслушать заключение обер-прокурора (ст. 83)[2]; затем идет голосование (ст. 86 и сл.); идеалом нашего закона исстари является единогласие решений сената[3]; думается, он-то и составляет наибольшее зло в способе решения дел в деп-тах; благодаря ему законодателю пришлось включить целый ряд постановлений о "соглашении" сенаторов, о прокурорских "стараниях" и "предложениях", об обязанности обер-секретаря "спрашивать, на каком законе сенатор основывает свое особое мнение", а главное, о тяжеловесном порядке переноса дел в высшие инстанции; все это не может губительно не отзываться на самостоятельности департаментских постановлений; кроме того, такой порядок "суждения и решения дел" не может не отличаться чрезвычайной медленностью.

Под "особым порядком" закон разумеет решение дел с участием м-ров (ст. 120—133); этот особый порядок давно уже признается весьма неудобным; дела, подлежащие компетенции 1-го

[1] Работа канцелярии, по существу своему, как видит читатель, столь важная, исполняется помощниками обер-секретаря и кандидатами, причисленными к сенатской канцелярии, которые далеко не всегда являются компетентными юристами (обычно, о.-секретарь лишь просматривает доклад); вследствие этого работа канцелярии, от которой зависит судьба иногда 9—10 тысяч дел в год, носит всегда характер случайный. Материальное положение служащих в канцелярии сената лиц также весьма плачевное; одним словом, оно никоим образом не отвечает тем серьезным задачам, которые на канцелярию возложены, и способно только еще в большей мере подрывать авторитет нашего высшего суд.-адм. органа. К тому же и численный состав канцелярии 1-го деп-та не соответствует потребностям дела, вследствие чего ответственная работа зачастую возлагается на совершенно еще неопытных кандидатов; о недостатке рабочих рук ярко свидетельствует огромное количество остающихся из года в год нерешенных дел.

[2] Для этих дел существует особый порядок голосования.

[3] Ср. законы 1873 и 1881 гг.: собр. узак. за 1873 г., ст. 523, и за 1881 г., ст. 344. См. Градовский, Начала р. г. права, том VIII сочинений, стр. 354—355. Сенаторы, не присутствовавшие в деп-те за болезнью или по другим занятиям, обязаны представлять свои мнения (ст. 90); на практике в делах админ. это правило, однако, не применяется.

или 2-го деп-тов, решаются в оном “не иначе, как в присутствии того м-ра, до которого относятся, или в случае его отсутствия или за болезнью — товарища его” (ст. 122); неприбытие м-ра влечет за собой отсрочку дела до следующего заседания; но если м-р не прибудет и на второе заседание, дело опять не решается, а откладывается, обер-прокурору же предоставляется войти в сношение с м-ром для назначения дня слушания дела (ст. 129)[1]; рядом с этим существует однако значительное количество исключений; пп. 11—17 и 19—33, ст. 120, перечисляют дела, по коим определения 1-го деп-та, вместе с подлинными делами, препровождаются, прежде подписания, м-рам по принадлежности; если последние с определением деп-та не согласятся, то представляют свое заключение, которое слушается деп-том, причем в случае несогласия с заключением м-ра большинства 2/3 сенаторов дело переносится в общее собрание; таким образом оказывается, что для дел, касающихся м-ра, но при рассмотрении коих присутствия его не требуется, установлен еще гораздо более сложный и затруднительный порядок их разрешения[2]; ко всему этому необходимо еще прибавить постановление ст. 131, дающее м-ру неимоверно длинный срок, в 3 месяца, на доставление своего отзыва, который, кроме того, и не связывает м-ра, так как он в случае его несоблюдения, обязан лишь донести сенату “о причинах замедления и мерах, принятых к их устранению”[3]; не даром на практике иногда оказывается, что отзыв м-ра поступает настолько несвоевременно, что решение сената уже теряет к тому времени свое практическое значение[4]; все сие

[1] Вообще об.-прокурор играет дипломатическую роль посредника между сенатом и министрами, устраняя недоразумения, соглашая спорящих и т.п.

[2] Без участия м-ра решаются дела, по которым сенат полагает, не входя в рассмотрение существа, оставить их без удовлетворения и последствий, вследствие формальных нарушений закона, или истребовать заключения местных органов (ст. 128).

[3] На практике часто бывало, что м-ры пользовались именно этой статьей, чтобы задерживать опасные им дела и класть их под сукно, по крайней мере впредь до потери ими их актуального значения; сенат может затем посылать подтвердительные указы, но и оных постигает та же участь, так как и такой новый указ не обязывает м-ра ответить немедленно.

[4] Сабуровское совещание привело сему немало примеров (стр. 108), когда, напр., отзыв м-ра по жалобе на выборы поступал в сенат уже по истечении срока выборных полномочий и т.п.

налагает на упомянутый порядок рассмотрения дел в деп-тах отпечаток грузности и обусловливает страшную медленность "движения дел".

Кроме названных двух порядков, у. п. с. знает еще третий, касающийся дел, поступающих в сенат из военного и адмиралтейств-советов (ст. 134—144); этот третий "порядок" также отличается чрезвычайной медленностью, так как дает, напр., военному совету право не соглашаться с определением деп-та, в каковых случаях такое дело переносится в общее собрание (ст. 138)[1]; в последнем голоса членов в. совета засчитываются наравне, с голосами сенаторов, что является значительным ограничением самостоятельности сената и особенно несправедливым при решении дел по жалобам частных лиц на решения в. совета (ст. 134, п. 1).

Таковы порядки движения дел.

Затем, что касается основных принципов судопроизводства, то ни один из них не находит себе обеспечения в делопроизводстве адм. деп-тов сената; так, не существует гласности и публичности; производство в этих деп-тах носит чисто-замкнутый канцелярский характер; не находит себе никакого применения и принцип состязательности, так как заседания деп-тов происходят не только при закрытых дверях, но и без какого-либо участия заинтересованных в деле частных лиц; последним не предоставлено даже права давать объяснения по их делам. Таким положением вещей наносится, конечно, существенный удар суд.-адм. делам или функциям адм. юстиции; и в сенате, следовательно, мы не находим адм. процесса, а лишь бюрократическое канцелярское делопроизводство, не соответствующее принципам адм. юстиции; суб. пуб. права русских граждан не нахо-

[1] Согласно ст. 134 и 142 в сенат поступают из воен. и адмир. советов след. дела: 1) по жалобам частных лиц на решения советов и частей, им подведомственных, 2) по искам казны и частных лиц, 3) по предметам законодательства, требующим общего по государству распоряжения и 4) по разъяснению смысла общего закона. De facto м-ры часто передают сенату и многие другие дела этим порядком, в разрешении которых встречают затруднения. При рассмотрении таких дел голос министра увеличивается иногда 20 голосами членов совета, вследствие чего дело почти всегда может быть решено в угодном м-ру смысле; противен всякой логике и порядок голосования, когда считаются голоса лиц, не присутствовавших на заседании и не участвовавших в прениях и суждениях сената. Рассмотренный порядок представляет собой один из виднейших курьезов учр. пр. сената.

дят себе обеспечения посредством гарантии адм. процесса и в сенате, тогда как "интересы ведомств" обставлены чрезвычайными гарантиями, посредством, напр., только что рассмотренных постановлений касательно участия министров в делах сената; особенно несправедливым такое положение вещей должно представляться именно в интересующей нас области, если вспомнить, что суд.-адм. делами являются жалобы на действия администрации, которой одной обеспечена возможность непосредственной защиты своих интересов во всех инстанциях.

Не даром только что разобранные недостатки у. п. с. остановили на себе особенное внимание Сабуровского совещания, наметившего целый ряд самых существенных изменений, которые, по его мнению, необходимо было внести в порядок делопроизводства адм. деп-тов сената.

Перечислим вкратце таковые пожелания совещания.

Во-первых, параллельно с отстранением м-ва юст. и прокуратуры от влияния на дела сената, совещание постановило, что дела должны поступать в сенат исключительно через его канцелярию (или через первоприсутствующего 1-го деп-та), причем внутренний распорядок делопроизводства, как в отделениях, так и в деп-тах, определяется деп-тами же (стр. 96)[1].

Во-вторых, дела должны бы назначаться к слушанию первоприсутствующим и по возможности в порядке их поступления (стр. 98).

В-третьих, совещание не считало возможным возложить подготовку дела, составление доклада и самый доклад на сенаторов, хотя и считало такой порядок, существующий уже в касс. деп-тах, весьма полезным; для адм. деп-тов совещание предпочло канцелярский порядок подготовки и доклада дел, но под наблюдением сенаторов; каждый из сенаторов, по очереди, получал бы, для наблюдения за составлением доклада, известное число дел (стр. 100); самый же доклад производился бы сенаторами, "руководившими изготовлением доклада" (стр. 102); такой порядок принят был совещанием, вследствие царившего в его среде недоверия к юридическим познаниям сенаторов адм. деп-тов, а отчасти и благодаря все еще господствующему в наших правящих кругах страху перед "особой природой судебно-админ. дел"; все опасения совещания можно было бы легко устранить при одном условии — обеспечении адм. деп-там надлежащего и не-

[1] Те же мысли высказаны были и комитетом министров в его Выс. утв. 17 янв. 1905 г. положении; ср. Г. Савич, Новый гос. строй России, 1907 г., стр. 268 и след.

зависимого состава, с известным юридич. цензом, который бы сделал этих сенаторов настоящими админ. судьями.

В 4-х, совещание считало необходимым, для ускорения и упрощения порядка рассмотрения дел, разделить деп-ты на отделения, причем менее важные дела решались бы отделением, более важные — присутствием деп-та (стр. 105).

В 5-х, совещание не могло не коснуться и вопроса об участии в сенате министров, но по сему вопросу оно не пришло к единогласному решению; большинство членов (24) полагало постановить: "министры и их товарищи, явившиеся лично в заседание, участвуют на одинаковых правах с сенаторами в разрешении дел по их ведомствам, за исключением дел об их ответственности", неприбытие м-ра, однако, не останавливает рассмотрения дела, раз сам сенат не постановит противного; при этом м-р, конечно, лишался также и права переносить дело в общее собрание; такая постановка вопроса, по мнению этих членов, обеспечивала сенату возможность подробного ознакомления с делом, а м-ру — возможность изложить сенату, если он того хотел, все те доводы и соображения, которые по мнению м-ра должны быть в данном случае приняты во внимание. Против такой постановки этого вопроса однако, и, по-нашему, совершенно справедливо, возражали 4 члена совещания[1], что участие м-ров в разрешении некоторых дел (а именно: по жалобам на личные их действия и распоряжения) поставило бы их самих в крайне неудобное и затруднительное положение судей собственных действий, что поколебало бы доверие населения к сенату; в прочих же делах, названные 4 члена считали более целесообразным предоставить вопрос об участии в деле усмотрению самих м-ров, оставив за сенатом, однако, право в каждом отдельном случае требовать личного участия м-ра: к этим соображениям нам можно только прибавить, что доводы о неудобстве участия в деп-тах министров полностью должны быть применены и к суд.-адм. делам, так как и при их рассмотрении м-ры являются судьями в собственном деле; было бы совершенно достаточным в интересах адм. юстиции дать адм. деп-там право требовать от м-ров всех необходимых справок и сведений; только при соблюдении такого исключения м-ров можно достичь беспристрастности в разбирательстве суд.-адм. дел.

В развитие мнения большинства членов совещания, последнее, кроме того, постановило (мнением 20 членов), что

[1] Голубев, Шрейбер, Мясоедов, Томара.

заявления м-ров, наравне с заявлениями сенаторов, о переносе дела в деп-т (из отделения) допускаются во всяком положении дела до подписания резолюции; о назначении же дел к слушанию в отделениях м-ры извещаются заблаговременно, но в случае неприбытия м-ра дело решается в его отсутствие, разве бы сенат признал его присутствие необходимым; в некоторых делах требовались бы предварительные заключения м-ров (стр. 118—119).

В 6-х, совещание полагало установить следующий кворум: для отделений — 4 сенатора, для присутствия — 7 сенаторов, причем все дела решались бы простым большинством голосов.

В 7-х, касательно дел, поступающих в сенат из воен. и адмирал.-советов, совещание постановило, что кроме военного и морского м-ров в сенате может присутствовать также один из членов этих советов, по их выбору; дела по жалобам на советы слушались бы впредь общим порядком.

Наконец, в 8-х, во исполнение постановления комитета м-ров, совещание считало необходимым распространить на делопроизводство адм. деп-тов основные принципы судопроизводства, что составляет, по-нашему, наилучшую часть работы совещания с.-с. Сабурова.

Огромным большинством 28 членов против двух[1] совещание решило принять принцип допущения "объяснений участвующих в деле лиц после доклада дела" (кроме дел об угол. ответственности долж. лиц) (стр. 148)[2]; большинством 22 членов против 6[3] совещание приняло также принцип публичности заседаний сената, найдя, что "производящиеся в адм. деп-тах дела суд.-адм. по существу своему однородны с делами судебными, для которых закон допускает публичность заседаний"; заинтересованные в деле лица, по мнению совещания, могли заменять себя поверенными "для представления всех необходимых для защиты их

[1] Гг. Вильсон и Томара находили такой порядок устности "совершенно немыслимым" и "не вызываемым действительными потребностями" производства дел в адм. деп-тах, но единственным доводом в подтверждение такого своего мнения они выставили то соображение, что объяснения частных лиц только увеличат медленность производства дел; необходимые же деп-ту сведения можно всегда добыть и письменным путем.

[2] Ср. эту формулу с предложением Замятнина.

[3] 6 членов, высказавшихся за сохранение существующего порядка, были: Шамшин, кн. Оболенский, Олив, Дурново, Дылевский и Добровольский.

прав и интересов объяснений и доказательств", что едва ли бы "затруднило и замедлило производство дел в сенате"; в последнем вряд ли можно сомневаться; сокращение "излишней пространности объяснений" зависело бы от первоприсутствующего. Такая постановка вопроса об участии в сенате частных лиц уже сама по себе является огромным шагом вперед по пути признания принципов адм. процесса; от него было бы уже не далеко и до признания "ведомств" или администрации другою стороной принципа, столь необходимого для рационального обоснования адм. процесса. Будь это начало, принятое Сабуровским совещанием, осуществлено, оно представляло бы собой огромное усовершенствование производства в сенате суд.-адм. дел.

В соответствии с только что названным постановлением, совещание высказалось и за некоторое упрощение "правил для написания и подачи жалоб в 1-й и 2-й деп-ты сената" (прил. к ст. 49, у. п. с.); оно считало возможным допущение представления жалоб непосредственно в сенат, который мог бы, если признает нужным, входить в их рассмотрение, не отсылая их обратно в то учреждение, на которое они принесены (стр. 151); и данное постановление нельзя не считать полезным и рациональным с точки зрения интересов адм. юстиции.

Итак, в суждениях совещания с.-с. Сабурова принципы адм. процесса нашли себе существенное развитие, которое не могло бы не способствовать дальнейшему определению и обоснованию русской адм. юстиции.

3
Законная сила определений административных департаментов. Общие собрания

В данном случае нам необходимо иметь в виду, во-первых, условия, при которых определения адм. деп-тов вступают в законную силу, а во-вторых, вопросы о праве сената пересматривать свои определения и о порядке такого пересмотра (ст. 207, у. п. с. и след.); основным положением является запрет сенату уничтожать или переменять свое решение, без особого Выс. повеления (ст. 207 и 208).

Деп-ты все равны между собой ("считаются в равной силе и достоинстве", ст. 209), причем каждый деп-т в частности имеет ту же власть, какая вообще сенату присвоена (ст. 210). Но затем в законную силу вступают определения деп-тов лишь при след. двух условиях: принятия их единогласно или "установлен-

ным большинством голосов"[1] и отсутствия протеста со стороны прокуратуры (ст. 211)[2]; но и при соблюдении этих двух условий имеются две возможности дальнейшего пересмотра таких окончательных определений: во-первых, сие может возникнуть по Выс. повелению (ст. 207), а во-вторых, в силу ст. 216, когда товарищ м-ра юст. заметит какие-либо упущения или же несходство постановления с законом (ст. 107).

Как видим, закон обставляет некоторыми ограничительными условиями вступление определений деп-та в законную силу, вследствие чего самые существенные и сложные дела обрекаются на дальнейшее движение, т.е. на перенос в общее собрание; этот порядок, как мы уже отметили, нельзя не считать подрывающим авторитет деп-тов, в особенности принимая во внимание право прокуратуры переносить дела в общее собрание. Такому подрыву авторитета, во-первых, способствует роль прокуратуры, т.е. лиц, стоящих вне состава сенатских коллегий, а во-вторых, и самый способ составления общих собраний, в коих рядом с сенаторами деп-та, из которого дело поступило, заседают и другие сенаторы, несомненно менее сведущие в подлежащих их обсуждению делах; последнее соображение касается в особенности сенаторов в деп-тах не присутствующих, лиц, обыкновенно назначаемых на покой, вместо отставки. К тому же общее собрание представляет собой и два других неудобства: оно, во-первых, гораздо более многочисленно, а во-вторых, и оно также обязано принимать решения квалифицированным большинством 2/3 голосов[3]; все сие делает почти всегда решения о. с.

[1] Простым большинством голосов в 1-м деп-те прежде решались некоторые дела об ответственности должн. лиц (по закону 1881 г.). За последнее время к ним, однако, прибавлены: дела по выборам в гос. думу и в гос. совет, дела о союзах и обществах (4 марта 1906 г.), дела об устройстве старообрядч. общин и сектантов (14 окт. 1906 г.). Увеличение числа подобных исключений является прямым следствием затруднительности общего порядка решения дел в адм. деп-тах сената, согласно которому требуется квалифицированное большинство голосов.

[2] Ср. М. Лозина-Лозинский, Адм. юстиция, журнал м-ва ю., февраль 1907 г., стр. 152—153.

[3] При этом, однако, считаются голоса не только наличных сенаторов, но и тех, которые принимали участие в рассмотрении дела в депте, хотя бы они находились в отсутствии, вышли из службы или умерли (ст. 108 и 109); этим несправедливым и архаичным определением касательно счета голосов осуществляется древний принцип, согласно которому "голос сенатора не умирает".

случайными; и состав о. с. случайный, не подходящий для его задач, и принятие решений только слишком часто случайное[1].

Интересным вопросом является определение юридического момента вступления сенатского решения в силу; здесь возможны три ответа, либо признание таковым моментом подписание сенаторами проекта определения деп-та, превращающегося этим из проекта в само определение, либо — приказ обер-прокурора его исполнения канцелярией, когда он помечает определение словом "исполнить", либо наконец момент посылки канцелярией указа. За признание последней возможности говорят два факта: во-первых, только с момента изготовления и посылки указа начинается внешнее проявление сенатского определения, только с этого момента наступают последствия для русских граждан, исчисление сроков, юридич. обязанности и права заинтересованных лиц и админ. органов и т.д.; до появления на свет Божий указа дело находится в тайниках канцелярского производства деп-та и не может обязывать частных лиц; только с момента посылки указа могут возникать новые юридические отношения. Во-вторых, практика сената, хотя и в виде редких исключений, допускает случаи передоклада и перерешения деп-тских постановлений после подписания проекта определения и даже после о.-прокурорского приказа "исполнить", но до посылки указа; не прибегая к Выс. повелению и порядку ст. 212—215, сенатская канцелярия этим исправляла допущенные ею ошибки, руководствуясь вышеуказанным соображением о необязательности сенатского определения до посылки указа. Соображение это вряд ли, однако, правильно; в данном случае нельзя ограничивать вопроса одними юридическими отношениями граждан; может ли сам сенат пересматривать свое решение, совершенно независимо от внешних его последствий? На этот вопрос следует, думается, ответить отрицательно; законодатель весьма категорично ограничивает сенат в его праве пересматривать свои решения и постановления, раз таковые состоялись (ст. 207 и 208); следует таким образом определить момент, когда решение состоялось; этим моментом является подписание проекта определения сенаторами (числом тремя, так как три сенатора составляют quorum). Принимая, однако, во внимание опекунские полномочия обер-прокурора, без приказа "исполнить" которого определение не может получить дальнейшего движения по канцелярии, такой категорич-

[1] Недаром Сабуровское совещание признало сей порядок "коренным недостатком учреждения сената" (стр. 44), считая безусловно необходимым его изменить.

ный смысл сам акт подписания не имеет, обязывая одних лишь сенаторов; последние связаны фактом "приложения подписа", обер-прокурор же свободен приказать исполнять дело или передоложить деп-ту, если найдет ошибку или несообразность с законами[1]; с момента отдачи приказа исполнения связанным, по нашему мнению, является и обер-прокурор; брать такой приказ, даже ошибочно данный, назад обер-прокурор не имеет права; о.-прокурор имеет по у. п. с. право проверять законность определения сената, но раз он это сделал и закрепил этот свой акт приказом по канцелярии "исполнения определения", он уже не имеет более права назначать дело к передокладу иначе, как в законом установленном порядке ст. 212—215, с испрошением Выс. повеления; исключения, встречающиеся в практике адм. деп-тов, несомненно противоречат таким образом духу учреждения пр. сената и являются с точки зрения теории и закона недопустимыми; вытекают же подобные исключения из факта слишком широких полномочий сенатской прокуратуры. Таким образом моментом вступления определения в силу мы считаем приказ обер-прокурора его "исполнить", хотя сенаторы (т.е. сам деп-т) не могут перерешать дела еще одним моментом ранее, когда о.-прокурором собраны необходимые подписи сенаторов; с момента подписи о.-прокурора передоклад и перерешение дела более невозможны вне порядка ст. 212—215; юридические же отношения для граждан возникают с момента посылки указа, или вернее по нашему закону с момента получения указа: время пересылки указа по почте причисляется ко второму моменту, когда определение обязательно для сената, но еще не обязательно для граждан, т. е. ко времени, протекающему между о.-прокурорским приказом исполнения и моментом получения указа.

У. п. с. знает, однако, и особый порядок пересмотра определений сената, уже состоявшихся (ст. 212—215); вторая часть ст. 212 предусматривает случай, когда деп-т или о. собрание найдут, по вновь открывшимся обстоятельствам, необходимым "переменить сенатское решение"; но и тогда пересмотр может иметь место лишь по Выс. повелению, т.е. порядком ст. 207; получив такое разрешение, сенат приступает к пересмотру своего определения и к постановлению нового, "как бы прежнее не существовало"; новое решение не требует Выс. утверждения (ст. 213); но и в данном случае все сие может происходить только с согласия м-ра ю.; если последний нашел бы сомнение в необходимости или правиль-

[1] Иногда он обязан доносить министру ю. предварительно приказа исполнения; ст. 106.

ности такого пересмотра, то предлагает о сем сенату и в случаях разногласия с таковым переносить дело в высшую инстанцию, т.е. из деп-та в о. собрание, а из последнего в 1-й деп-т гос. совета (ст. 214). Здесь мы опять-таки находим всеподавляющую опеку м-ра ю., без согласия которого ни одно дело не решается сенатом окончательно[1]; порядок этот и сложен, и неудобен.

Вообще весьма ненормальным следует считать инстанционное движение дел в самом сенате, обусловливаемое положением его общих собраний.

Из числа последних (перечисляемых в ст. 12 у. п. с.) нас могут касаться лишь первое общее собрание и общее собрание 1 и касс. деп-тов.

Состав этих общих собраний определяется не только членами составляющих их деп-тов, но и членами, в деп-тах не присутствующими; обязанности первоприсутствующего в первом о. собрании возлагаются на старшего по чину из первоприсутствующих деп-тских, находящихся налицо (ст. 29), прокурорские же обязанности по закону (ст. 30) несутся самим генерал-прокурором, хотя на практике поручаются последним обер-прокурору 1-го деп-та; дела первого о. собрания производятся канцелярией того деп-та, из коего они внесены в о. собрание (ст. 31); наоборот, общее собрание 1 и касс. деп-тов имеет свою собственную канцелярию и своего особого обер-прокурора и первоприсутствующего.

Дела поступают в 1-е общее собрание: 1) по разногласию сенаторов, 2) по несогласию м-ров с определениями деп-тов, 3) по несогласию обер-прокурора и 4) по уважении особым присутствием гос. совета всепод. жалоб на определения сената[2]; в 1 и 3 случаях согласительное предложение о.-прокурора (состав-

[1] Есть дела, по которым обер-прокурор, до пропуска определения, обязан представлять на предварительное рассмотрение м-ра ю.; при несогласии последнего с определением, дело переносится в о. собрание (ст. 106 у. п. с.).

[2] Названное особое присутствие является совещательным органом, при монархе состоящим, которому подлежит высказываться об основательности жалоб на определения сената; ст. 217 и 218 у п. с.; "на решения сената нет апелляции", говорит ст. 217, но тут же допускает, в случае крайности, прибежище к выс. власти; это весьма характерный архаизм учреждения; ср. Коркунов, Рус. гос. право (изд. 6, М. Горенберга), т. II, стр. 261; также Г. Савич, Новый гос. строй России, 1907, стр. 111, где цитированы соотв. статьи учреждения гос. совета; при отрицательном ответе присутствия жалоба оставляется без последствий, при ответе положительном — передается вместе с соотв. делом на рассмотрение о. собрания.

ление которого тоже берет значительное время) посылается сенаторам на дом; вместе с составлением оного и особых мнений сенаторов, весь этот порядок занимает обычно около года времени, а зачастую и более того; по всем делам составляются печатные записки, под наблюдением обер-секретаря; заседания же о. собрания назначаются раз в месяц, причем докладываются обыкновенно не более 10 дел; таким образом в год о. собрание может слушать всего около 120 дел; на практике оказывается вследствие этого огромный остаток из года в год нерассмотренных дел[1]. А ко всему этому необходимо добавить, что много дел не находят себе разрешения в о. собрании вследствие несоставления законного большинства голосов; тогда следует еще более медленная процедура передачи дела в консультацию м-ва ю., доклад обер-прокурора, составление мотивированного предложения от имени м-ра ю. и т.д. По верному замечанию Н. А. Доб-ровольского, производство общего собрания "представляет собой нечто грандиозное в смысле волокиты"[2,3].

Первое о. собрание является апелляционной инстанцией над деп-тами, его составляющими (ср. ст. 32 у. п. с.); но и оно не есть последняя инстанция, так как дело может восходить и еще дальше, в 1-й деп-т гос. совета; случается это, когда в о. собрании не составится необходимого большинства голосов в пользу согласительного предложения м-ра ю., выработанного консультацией[4]; 1-й деп-т гос. совета решает дело уже окончательно; общее же собрание 1-го и касс. деп-тов обыкновенно не рассматривает дел, а лишь "вопросы", вносимые на его разрешение кассационными деп-тами или мин-ром ю. (ср. ст. 117 и 259 учр. суд. уст.); этим оно дает принципиальные указания, по юридическим вопросам преимущественно, деятельности его составляющих деп-тов; такой характер компетенции этого органа выводил бы его за пределы рамок нашего исследования, если бы среди его функций не содержалось "окончательного решения вопросов по пререканиям о подсудности между судеб. и правит. местами" (ст. 244 у. г. с. и 245 у. у. с.); эта функция уподоб-

[1] 1 янв. 1905 г. оставалось, напр., недоложенных дел: 86 от 1904 г., 27 от 1903 г., 6 — 1902, 3 — 1901 и 4 — 1900 г.

[2] Записка, представленная в Сабуровское совещание, стр. 8.

[3] Кроме перечисленных выше, на рассмотрение о. собрания (порядком ст. 32 и 216) поступают еще дела, требующие пояснения, дополнения и т. д. закона, и дела казусные.

[4] Это бывает довольно часто ввиду затруднительности собрать в многолюдном о. собрании необходимые 2/3 голосов.

ляет о. собрание французскому Tribunal des conflits. Здесь осуществляется один из общих принципов наших суд. уставов, согласно которым все пререкания между судеб. и админ. местами ведаются особыми органами, состоящими при суд. местах и составляемыми из представителей суда и администрации; последнюю в общем собрании представляют сенаторы 1-го деп-та; русскую систему разрешения этих конфликтов (d' attribution) следует считать действующей в общем удовлетворительно; недостатком можно считать, в данном случае, лишь то обстоятельство, что функция "окончательного разрешения пререканий" является далеко не единственною в компетенции этого о. собрания. Рядом и параллельно с нею о. собрание ведает "рассмотрение жалоб (апелляционных) на решения соедин. присутствия 1-го и гражд. касс. деп-тов по делам о вознаграждении за вред и убытки, причиненные распоряжениями должн. лиц" (ст. 1327 у. г. с.); здесь о. собрание является второй инстанцией для дел, рассматриваемых в упомянутом соед. присутствии в качестве органа первой инстанции; подобные дела впрочем весьма немногочисленны. Главным же контингентом дел о. собрания являются вышеуказанные "вопросы"; эта функция имеет в виду установление однообразия разрешения судебными местами юридических вопросов; количественно она составляет около 9/10 дел, рассматриваемых о. собранием, но является нас не касающейся чисто-судебной функцией.

4
Компетенция первого департамента

Ведомство первого деп-та сената можно разделить на 4 категории функций; некоторые функции носят законодательный характер; их мы отнесем к первой категории; другие являются чисто административными и составляют вторую категорию; посредством третьих сенат осуществляет свою власть надзора и наконец четвертую категорию составляют функции судебно-административные.

К первым двум категориям принадлежат, напр. следующие функции: обнародование законов (ст. 19, п. 1, у. п. с.), забота о их распубликовании (ст. 93 зак. осн.), охранение и удостоверение прав и преимуществ разных состояний (ст. 19, п. 2)[1], дела управления, поскольку они подведомственны первому деп-

[1] Сюда же относятся, напр., дела по перечислению и переходу из одного состояния в другое, об актах состояния, касательно ведения метрич. книг и т.п.

ту (ст. 19, п. 7)[1]; к числу "распорядительных" функций (активного управления) относится также "право издания распоряжений в развитие действующего законодательства" (напр., в развитие учреждения полиции, положения о торговых пошлинах, устава гербового и т.п.), обнародование уставов банков и кред. обществ, отпуска мир. судьям (ст. 73 учр. суд. уст.) и т.п.[2] Нас эти функции интересуют не сами по себе — они выходят из рамок нашего исследования, а лишь как доказательство того, что первый деп-т далеко не является исключительно суд.-адм. органом, а наоборот активно участвует и в управлении, располагая целым рядом чисто-админ. функций, наличие которых в его компетенции не может вредно не отзываться на положении суд.-адм. дел[3]. De lege ferenda эти функции можно бы было с успехом выделить из компетенции 1-го деп-та; только при условии выделения по крайней мере чисто-адм. функций возможно превращение 1-го деп-та в высший адм. суд[4].

Нас касаются две последние категории функций 1-го деп-та.

---

[1] Подробнее см., напр., Градовский, Начала р. г. права, том VIII сочинений, стр. 301—305.

[2] Чисто адм. функцией является, напр., участие первого деп-та в деле торгов (п. 25, ст. 120), казенных подрядов и аренд. договоров на оброчные статьи (так наз. дела ревизионные); чисто адм. характер носят: утверждение и назначение новых торгов, разрешение на заключение казенных подрядов и договоров об аренде, разрешение продажи каз. имуществ и др. Но среди этих чисто адм. дел могут встречаться и суд.-адм. дела, когда имеется жалоба частного лица на администрацию. В общем количестве "ревизионные дела" составляют около 6 % всех дел 1-го деп-та или около 750 в год. Иногда сенат пользуется этими делами и для осуществления своей власти надзора; оставляя даже частную жалобу без последствий, он, напр., возбуждает дело в порядке надзора; ср. дело по жалобе Тахтаджана и Мирзоева, 1903 г.

[3] Сабуровское совещание полагало передать, напр., перечисленные в п. 2, ст. 19 дела деп-ту герольдии, равно и дела, ныне подлежащие решению 1-го деп-та согласно ст. 42 и 193 уст. о сл. правит.: другие же дела, касающиеся крестьян, по мнению совещания, могли быть с успехом переданы второму деп-ту, наконец третьи (напр., по ст. 350, п. 7, т. IX. зак. сост.) могли бы перейти судебному деп-ту; (стр. 158 и сл. журнала).

[4] На практике часто раздавались голоса, утверждавшие, что сенат обременен массой мелких и маловажных дел и что их-то и следовало бы исключить из компетенции сената в первую голову; против этого следует заметить, что определение "маловажности" и "мелочности" дела a prioi совершенно невозможно и всегда было бы случайно.

Начнем с рассмотрения власти надзора сената, осуществляемой 1-м деп-том; согласно п. а, 3, ст. 19, она определяется как "общий надзор за действиями разных мест управления", обнимая собой к тому же право принимать "происходящие от сего меры взыскания, понуждения и поощрения, законом установленные"; уже одна неопределенность этой формулы закона показывает нам, что по-прежнему понятие сенатского надзора нельзя назвать пассивным; оно содержит и право активного управления, а главное, и право исправления, отмеченное еще Сперанским. Такое широкое понятие власти надзора сената обнимает собой как надзор за губернскими установлениями, так и надзор за министрами[1]; в отношении последних должно различать: 1) право рассмотрения жалоб на действия министров, 2) право возбуждения вопроса о их ответственности; первое право установлено законом в чрезвычайно ограниченном размере; рассмотрению сената подлежат лишь "ходатайства об отмене неправильного распоряжения министра", носящие стало быть судебно-адм. характер. Что касается второй функции, то и она обставлена ограничительными условиями; ответственность министров находится почти исключительно в руках монарха (ср. ст. 192 и 262 учр. мин., ст. 1097 уст. уг. суд.); ст. 203 у. п. с., однако, также ее касается, хотя соответствующие постановления оной никоим образом нельзя признать определенными и ясными; ст. 203 предусматривает случаи, когда сенат найдет злоупотребления в министерском управлении или неточности в министерских Выс. докладах; истребовав объяснения подлежащего м-ра, сенат представляет о сем монарху[2]; в настоящее время постановления эти имеют, однако, лишь минимальное практическое значение; но и по существу нельзя считать определение части первой ст. 203 полным, так как оно обнимает собой лишь "злоупотребления", не упоминая о беспорядках, бездействии

[1] Ср. М. Лозина-Лозинский, Адм. юстиция и преобразование пр. сената, журнал м-ва ю., февраль 1907 г., стр. 136 и след. Автор правильно указывает на позднее появление функций надзора в компетенции сената (ср. нашу кн. I); законоохранительные функции сената, говорит он, создались не по мысли его основателя и не в силу его учреждения, а силою обстоятельств, такое их происхождение налагает на них отпечаток случайности и недостаточной определенности.

[2] По правильному замечанию Градовского это постановление основано на ст. XII—XIV учр. м-в 1802 г. (П. С. 3. № 20406) и на указе 1803 г. (П. С. 3. № 20676); Начала р. г. права, т. VIII сочинений, стр. 307.

власти и т.п.; вторая же часть этой статьи, по верному замечанию Градовского, имела значение только в то время, когда всеподд. отчеты м-ров поступали на рассмотрение сената (ср. кн. I); в настоящее время, когда эти отчеты представляются монарху непосредственно, у сената не имеется никаких средств раскрывать подобные неточности; ч. 2, ст. 203, имеет, следовательно, лишь историческое, а не актуальное значение.

Раскрытие злоупотреблений министерского управления может происходить либо посредством сенаторских ревизий и при опубликовании инструкций и распоряжений министров[1], либо косвенно, по жалобе частного лица или по представлению губернатора (местного начальства, п. 2, ст. 216 учр. мин.); только этими немногими путями имеет сенат возможность проверять законность действий министров, напр., их циркуляров и инструкций, допускаемых нашим законом в столь широких размерах (согласно п. 6, ст. 176 учр. мин., напр., "в пояснение или подтверждение существующих правил и учреждений")[2]. Такая ограниченность средств надзора за министрами является, конечно, большим недостатком в постановке вопроса о сенатстком надзоре, совершенно независимо от его суд.-адм. функций, и объясняется боязнью нашего законодателя в чем-либо "стеснить самостоятельность министров"[3].

Закон 6 июня 1905 г. (собр. узак. ст. 999) дал в руки сената новое средство контроля над министрами; на этот раз дело касается "чрезвычайных мер, принимаемых м-рами"; согласно прим. к ст. 158 учр. мин. (по продолж. 1906 г.) м-ры теперь

[1] П. 7 приложения к ст. 318 у. п. с.

[2] Некоторые члены Сабуровского совещания совершенно правильно полагали, что такое стеснение надзора сената за министерскими циркул. распоряжениями и инструкциями вредно, лишая сенат весьма важного средства надзора (стр. 128 и сл. журнала); большинство членов (23), однако, устрашилось предложенного расширения власти сената, которым надзор последнего распространялся бы на все цирк. распоряжения и инструкции м-ров; в защиту своего мнения большинство совещания не нашло, впрочем, других доводов, кроме наивного указания, что такое право надзора сената, во-первых, ослабит заботу м-ров о закономерности цирк. распоряжений в расчете на поверку ее сенатом (!), а во-вторых, только лишним образом обременит сенат и явится "напрасным замедлением" министерских распоряжений.

[3] О фактическом порабощении м-рами сената см. М. Лозина-Лозинский, Адм. юстиция, журнал м-ва ю., февраль 1907 г., стр. 143; одним из средств такого порабощения всегда являлась опека генерал-прокурора.

обязаны доносить сенату “о принимаемых ими, в чрезвычайных обстоятельствах, мерах, на основании предоставленных им по закону полномочий, и о причинах настоятельности сих мер”... равно и “о мерах, на принятие коих в чрезвычайных обстоятельствах последовало Выс. соизволение в порядке верховного управления” (см. также ст. 314). По поводу этого закона 1905 г. может возникнуть сомнение, принадлежит ли сенату лишь надзор за закономерностью таких распоряжений м-ра, или же он может входить в обсуждение и настоятельности и след. и целесообразности таких мер[1]; уже одно требование закона, чтобы м-р доносил сенату о причинах настоятельности принятых им мер, показывает нам, что законодатель имел в виду и последнюю возможность, т.е. обсуждение сенатом тех причин, которые вызвали данное мероприятие; “но и весь дух и все направление законодательства, касательно положения сената, свидетельствует нам, что законодатель никоим образом не ограничивает его одними кассационными функциями, а совершенно наоборот делает из него активного участника имперской администрации; подобное сужение его компетенции ограничением его надзора за министрами лишь вопросом о закономерности их действий противоречило бы всем прочим статьям у. п. с., относящимся до власти надзора, да и самой цели закона 1905 года.

Шире поставлен вопрос о надзоре сената за местными установлениями; это право сената основывается главным образом на ст. 204 у. п. с., отличающейся чрезмерною подробностью своих определений; по обычаю прежних времен законодатель думал предусмотреть все возможные случаи, но, как всегда бывает при этом, практика жизни никогда не считалась с такой регламентацией, которая в силу вещей не могла быть исчерпывающей; каждый пункт этой статьи предусматривает отдельный случай и предписывает дальнейшие действия сената; в последнем отношении имеется и его дисциплинарная власть над должн. лицами имперской администрации; так, в маловажных случаях ему предоставляется делать замечания или ставить о том на вид виновному; при частом повторении упущений он может публиковать о них, но без упоминания имен виновных; в более важных случаях сенат может испрашивать через м-ра юстиции Выс. разрешение[2] на сделание выговора, с опубликованием имен прови-

[1] Такое сомнение возникло, напр., и в среде Сабуровского совещания; 4 члена стояли на указанной точке зрения, прочие, однако, считали необходимым ограничить в данном случае власть надзора сената одними вопросами закономерности министерских распоряжений.

[2] Таковое требуется для выговора губернаторам и губ. правлениям.

нившихся и внесением выговора в послужные списки. Дополнением дисциплинарного права сената является его право предания должн. лиц суду; 1-й деп-т, однако, предает суду лишь должн. лиц не выше IV класса; кроме того 1-й деп-т предает суду и некоторых должн. лиц общественного (зем. и гор.) и сословного управлений (сюда относятся председатели и члены зем. управ и собраний, гор. головы и предводители дворянства).

Этот общий надзор сената, осуществляемый 1-м деп-том, дополняется уже цитированной нами архаической статьей 238 у. п. с., согласно которой всякий сенатор обязан представлять "по всей чистой совести о происходящем вреде в государстве и о нарушителях закона; ему известных"; каждый сенатор, стало быть, имеет право возбудить в сенате в порядке надзора дело о найденных им лично нарушениях закона, причем закон не ставит решительно никаких условий или ограничений тому; на практике статья эта имеет, конечно, минимальное значение[1].

Самым важным и действительным средством сенатского надзора всегда являлись в нашем праве сенаторские ревизии (ср. кн. I); благодаря им, сенат мог входить в непосредственное соприкосновение с имперской администрацией и исследовать ее действия на местах; за XIX столетие сенаторские ревизии принесли самую существенную пользу России, хотя картины, ими раскрытые, далеко не привлекательны. Регулируется это право сената ст. 245 у. п. с., причем закон различает: 1) временное обозрение губерний и 2) поручение взысканий недоимок; самые ревизии назначаются только монархом, усмотрению которого принадлежит определение всех подробностей данной ревизии, напр., места, времени, губернии, объема власти, пределов и т.д. Отсутствие почина сената в деле назначения ревизии нельзя не признать крупнейшим недостатком в постановке его власти надзора; другим существенным ограничением этого права является его распространение лишь на местные, а не на центральные учреждения[2]. Как и во многих других случаях широкие по види-

[1] Подобные случаи, хотя и весьма редко, все-таки встречались в практике сената; так, около 20 лет назад был поднят такой вопрос сенатором Арцимовичем.

[2] Сабуровское совещание правильно полагало необходимым устранить эти два ограничения, распространив право ревизий сената на центральные учреждения и предоставив ему и почин назначения ревизий. Далее совещание предложило (далеко, впрочем, не единогласно) предоставить сенату рассмотрение всеподд. отчетов губернаторов как полезное средство надзора за провинциальной администрацией, поставившее бы сенат в более тесные отношения с последней.

мости полномочия 1-го деп-та обставлены различными, значительно их сокращающими, ограничениями.

Власть надзора сената можно характеризовать как обязанность восстановлять нарушенный закон; если сенат усмотрит нарушение закона (даже случайно, так как совершенно безразлично, каким путем или порядком могли дойти до сената сведения о нарушении закона), то обязан немедленно же принять меры к восстановлению законного порядка; осуществляет сенат эту функцию, рассматривая и возбуждая дела "в порядке надзора"[1]; в общем власть надзора сената нельзя не назвать неудовлетворительно поставленной, главным образом ввиду явной недостаточности тех средств, которыми он располагает в этом отношении.

Четвертая группа функций первого деп-та сената, судебно-административных, ближе всего нас касается. Среди этих функций особо выделяются дела о пререканиях. Как мы уже не раз имели случай заметить, русский порядок рассмотрения пререканий является наиболее ясно и удовлетворительно разработанной частью нашей админ. юстиции. Сенату принадлежит разрешение пререканий между министрами и между губернскими установлениями, но лишь между органами разных ведомств[2].

Следует, однако, заметить, что соответствующий закон (п. 3, а, ст. 19 у. п. с.) редактирован весьма неудачно; названная функция отнесена к "управлению разных подчиненных сенату мест и должностей"; согласно нашей конструкции адм. юстиции (ср. кн. III), законодатель в этом случае, хотя и бессознательно, прав, относя, пререкания к области управления; но он вовсе не прав, когда присоединяет сюда же в одну общую группу "общий надзор за действиями разных мест управления", добавляя тут же и "меры взыскания, понуждения и поощрения". Пререкания определяются этим законом, как "споры между местами управления и пререкания о власти", что собственно обнимается общим понятием конфликта; затем, сюда же присоединено "разрешение передачи, для производства, дел из одного прис. места в другое" (п. б), также подходящее под понятие

[1] Так, напр.: подача жалоб непосредственно в сенат воспрещена, и сенат должен оставлять подобные жалобы без последствий, но если он при этом усмотрит наличность нарушения закона, то, независимо от отклонения жалобы, возбуждает дело "в порядке надзора" для восстановления нарушенного закона.

[2] Ср. выше, ч. 1 и ст. 469 общ. учр. губ., св. зак. том II, изд. 1892 года. В сенат эта категория дел поступает почти всегда по рапортам администрации.

разрешения конфликта, хотя последняя функция принадлежит исключительно сенату, тогда как пререкания разрешаются и другими органами.

Пререкания между админ. и суд. установлениями, как замечено выше, рассматриваются особыми органами, составляемыми из представителей суда и администрации и состоящими при судебных местах, окр. судах и судебных палатах; в сенате же высшей инстанцией для таких пререканий является общее собрание 1-го и обоих касс. деп-тов.

Суд.-адм. функции 1-го деп-та, как количественно, так и качественно, составляют весьма существенную долю его компетенции. Одним из основных принципов нашего права[1], как и практики сената является возможно точное выделение гражданского иска из дел судебно-административных; закон, равно и практика сената не допускают конкурирования двух исков, гражд. и админ.[2], отдавая всегда предпочтение иску гражданскому, подлежащему исключительному ведению судебных мест; ввиду недостаточности суд.-адм. гарантий в нашем праве, такой принцип являлся до сего времени полезным; при существовании же самостоятельного высшего админ. суда, он, думается, постепенно сам собой исчезнет, так как не имеется каких-либо теоретических препятствий конкурированию двух исков, гражд. и админ.

Таковое легче всего может встретиться в тех случаях, когда государство входит в частно-правовые отношения с гражданином;

---

[1] Ср., напр., ст. 1—3 уст. гражд. суд.; также тезисы Боровиковского, § 8 и 43 под ст. 1 "уст. гражд. суд. с объяснениями по решениям гр. касс. деп-та" (изд. 1908 г.). Ср. также пол. о взыск. гражд., том XVI, ч. 2, св. зак., ст. 422—452—463, которыми так наз. "бесспорные дела" оставлены в ведении правител. установлений (сюда. относятся, напр., подати, пошлины, сборы, контр. начеты, взыскание убытков казны вследствие неправильных расходов, иски о возврате из казны неправильно поступивших денег и т.п.; ср. п. 4 ст. 19 у. п. с.). Согласно ст. 1297 у. г. с. споры о казен. имуществе, возникшие между министрами, разрешаются 1-м деп-том, а не судами; споры по договорам о подр. и пост., во время действия этих договоров, возбуждаются только по начальству, а не в суде, по окончании же договора они могут возбуждаться либо по начальству. либо в суде, но без конкурирования обоих исков и путей (ст. 1300—1304 у. г. с.); последний пример наиболее ярко освещает запрет закона конкурирования двух исков, гражданского и административного.

[2] Главною причиною тому можно считать отсутствие в нашем праве адм. иска.

в таких случаях весьма трудно, а иногда и невозможно, провести разграничительную линию в действиях админ. органа, представляющего одновременно казну или фиск и государство.

Сравнивая практику 1-го деп-та по суд.-адм. делам с практикой франц. гос. совета можно легко заметить ее сходство с французским contentieux de pleine juridiction; в подавляющем большинстве случаев суд.-адм. дела, возбуждаемые по частным жалобам, рассматриваются сенатом по существу (реже кассационным порядком); в сенат жалобы поступают всегда через адм. органы, на действия которых они подаются; непосредственно в сенат закон запрещает подавать жалобы, и таковые в подобных случаях оставляются без рассмотрения, хотя и могут вызвать последствия "в порядке надзора" (ст. 6 приложения к ст. 49 у. п. с.); обыкновенно сенат рассматривает дело в качестве высшей инстанции над разобранными нами "смешанными" присутствиями (см. часть 1); но также часто встречаются и случаи, когда 1-й деп-т является первой суд.-адм. инстанцией (напр., при рассмотрении жалоб на действия министров); это обстоятельство, впрочем, нисколько не влияет на порядок рассмотрения дела; таковой остается как в первом, так и во втором случае совершенно одинаковым по существу.

Суд.-адм. дела 1-го деп-та можно примерно распределить по следующим категориям, к тому же применительно к экспедициям канцелярии этого учреждения: 1-й экспедицией ведаются дела об ограждении порядка и безопасности (паспорты, цензура, печать, предупреждение преступлений, усил. и чрезв. охраны и т.п.); дела о праве жительства и причислении евреев; дела о принятии в русское подданство; дела о льготах по Выс. манифестам; 2-й экспедицией ведаются дела по промысловому обложению; 3-я экспедиция заведывает делами городскими, земскими, сословными и строительными; 4-й экспедицией ведаются дела по воинской повинности и о рекрутских квитанциях; 5-я экспедиция заведывает делами о повинностях натуральных, денежных, дорожных и др., о специальных сборах (коробочн., бумажн. и др.), об устройстве и управлении сословий, причислении и исключении из обществ (кроме евреев) и об открытии фабрик и заводов; затем ведомству этой же экспедиции подлежат дела страховые, горного, лесного и сельского хозяйства; училищные, контрактные (поставки, подряды, аренды и начеты по оным), казачьих земель, опекунские (за расточительность), аптечные, врачебные, вероисповедные, дела о признании поселений местечками и наоборот, о взыскании и сложении недоимок, о при-

нуд. отчуждении недв. имущества и нек. др.; и наконец ведению 6-й экспедиции подлежат дела о правах службы должн. лиц (пенсии, эмеритуры, преимущества, жалованье и др.), дела пропинационные и питейные, по уставам казенного управления (напр., тамож., акцизн., лесн. Цар. Поль.), по кварт. налогу, контр. начеты, дела о наследственных и крепостных пошлинах и об утверждении торгов. Из этого обширного перечня видно, что суд.-адм. дела встречаются решительно во всех категориях дел, поступающих на рассмотрение 1-го деп-та, за исключением дел о должностных преступлениях.

Количество дел, однако, весьма разнообразно и распределяется по названным категориям очень неравномерно; количественно наибольшими группами являются дела по промысловому обложению (около 2000 в год), по воинской повин. (от 1500 до 2000 в год) и городские, земские и сословные (около 1500 в год)[1]; благодаря этому, в трех областях адм. права создалась громаднейшая практика сената в толковании соответствующих законов (напр., положения о пром. налоге и устава о воин. пов.).

Вышеуказанное перечисление дел, подведомственных 1-му деп-ту с совершенной очевидностью не соответствует более букве закона, определяющего комцетенцию этого деп-та (ст. 19 и 120 у. п. с.); недаром по продолжению 1906 г. кодификатор включил не менее 9 прибавлений; но и оные не исчерпывают всего перечня дел и являются скорее примерным перечислением[2]. Интереснее всего для нас отметить, что перечисление учреждением п. с. предметов ведения 1-го деп-та общим порядком не упоминает “частную жалобу” (ни на действия министров,

[1] То есть дела 2, 3 и 4 экспедиций.

[2] М. Лозина-Лозинский утверждает, что не менее половины рубрик ст. 19 и 120 у. п. с. представляют собой “выморочные функции сената, а больше половины дел, разрешаемых сенатом в порядке адм. юстиции, не подходит ни под одну из указанных в законе рубрик”; Адм. юстиция и преобразование пр. сената, журн. м-ва ю., февраль 1907 г., стр. 151. Так, напр., учреждение п. с. не упоминает о жалобах зем. и гор. управ на постановления губ. по зем. и гор. д. присутствий (зем. и гор. положения, ст. 89 и 85), о жалобах на совет м-ра фин. по тамож. делам (уст. там., ст. 1142 и 1134, по прод. 1906 г.), о жалобах на воин. присутствия (уст. воин., ст. 234, изд. 1897 г.), на казен. палаты (уст. прям. нал., ст. 544, изд. 1903 г.), на св.-лют. генеральную консисторию (уст. дух. д. ин. вер., ст. 690, изд. 1896 г.) и мн. др. Ср. Коркунов, Рус. гос. право (изд. 6, М. Горенберга 1909 г.), том II, стр. 676, 679 и 680.

ни на действия губернских мест)[1], тогда как на практике большинство дел, рассматриваемых 1-м деп-том, возбуждается именно этим порядком; об этой функции сената можно найти лишь косвенное упоминание в ст. 2 у. п. с., согласно которой ему принадлежит "высший надзор в порядке управления и исполнения" и "прекращение всяких противозаконных действий во всех подчиненных ему местах"; но, как легко усмотрит читатель, постановление это непосредственно относится лишь к власти надзора сената, жалоб же частных лиц оно касается только посредственно; это весьма характерная черточка учреждения п. с.; право частных лиц приносить жалобы в сенат обосновано, таким образом, не учреждением п. с., а теми законами, которые регулируют положение отдельных органов имперской администрации (напр., министров, губернских смешанных присутствий, комиссий, комитетов и т.д.; см. ч. 1); почти каждый закон, создававший новый суд.-адм. орган, упоминает и о праве обжалования решений такового в сенате, учреждение же последнего как бы лишь молчаливо терпит сие.

За тремя ниже приводимыми исключениями, практика 1-го деп-та во всех прочих случаях не ограничивается кассационным порядком уничтожения неправильного и незаконного акта администрации, но принимает дела к рассмотрению и по существу; нам представляется, однако, совершенно невозможным провести какую-либо разграничительную линию между этими двумя порядками рассмотрения дел (по существу и кассац. порядком); самое большое, что можно сделать в этой области — это указать, что в такой-то категории дел (напр., пропинационных или по подрядам и поставкам) преобладают количественно решения по существу, в других же категориях дел 1-й деп-т ограничивается указанием адм. органу на допущенное им нарушение закона и возвращает ему дело для нового его разрешения (напр., дела городские и земские); но и в этих последних случаях почти всегда затрагивается определением сената не только формальная сторона дела, но и материальное его содержание; таким образом нам представляется невозможным провести в практике 1-го деп-та разграничение, существующее, напр., в практике французского гос. совета между contentieux de pleine juridiction и contentieux de l'annulation[2].

[1] Имеются, однако, и нек. исключения этому общему правилу, напр., в пп. 2 и 3 ст. 19 и в дополнениях к этим пп. по прод. 1906 года.

[2] Практика 2-го деп-та существенно разнится в этом отношении от практики 1-го деп-та.

Исторически объяснить этот общий принцип очень легко, он вытек главным образом из прежнего положения сената, активно участвовавшего во всех областях управления; по всяким делам сенату приходилось выступать в качестве верхнего иерархического органа активного управления и следовательно решать дела и по существу; с течением времени, однако, когда функции активного управления стали постепенно вымирать в компетенции сената, начал все более выдвигаться вышеуказанный кассационный порядок рассмотрения суд.-адм. дел, не устранявший, впрочем, и рассмотрения дел по существу; таким образом оба порядка оказались стоящими параллельно друг другу и ровно ничем, кроме случайности, не разграниченными между собой; единственное, что можно предположить, это то, что в будущем кассационный порядок может оказаться более живучим; но для этого требуется одно важное условие, а именно: создание более удовлетворяющих требованиям суд.-адм. разбирательства дел низших инстанций, взамен ныне существующих "смешанных" присутствий. То обстоятельство, что 1-й деп-т столь часто прибегает к рассмотрению дел по существу, несмотря на вымирание его функций активного управления, мы склонны приписывать почти исключительно недоверию сената низшим инстанциям, рассматривающим суд.-адм. дела; здесь лишний раз подчеркивается недостаточность положения присутствий смешанного состава.

Но существуют три исключения, в которых 1-й деп-т строго придерживается кассационного порядка, не рассматривая дел по существу и довольствуясь лишь внешней проверкой закономерности действий администрации. Сюда относятся, во-первых, дела по усиленной и чрезвычайной охранам; 1 деп-т никогда не входит в рассмотрение жалоб в этой области по существу, причем здесь с совершенной очевидностью довлеют политические мотивы; сенат не имеет столь необходимых ему самостоятельности и независимости для проверки действий администрации в этой области чрезвычайных полномочий по существу; а так как рамки закона, в пределах которых в данном случае действует администрация, неимоверно широки, то и контроль сената соблюдения этих рамок, сводится к пустякам и к весьма редким указаниям адм. органам на таковые пределы их полномочий. Принимая во внимание обширность действия (по месту и по времени) в империи этих чрезвычайных полномочий, можно с полным правом утверждать, что надзор за ними сената равен нулю; в этом случае ярче всего освещаются недостатки положения нашего высшего суд.-адм. органа.

Вторым исключением являются некоторые дела “о правах службы должн. лиц” (по VI экспедиции), а именно дела об увольнении по так наз. третьему пункту (ст. 788 и 838 уст. о службе), которые в практике 1-го деп-та также рассматриваются лишь в строго-кассационном порядке, а не по существу. Этим несомненно устанавливается известная область дискреционной власти, в пределы которой сенат не считает себя вправе вмешиваться; объясняется же это исключение самим существом данного вопроса; законодатель установил в 3-м пункте полнейшую свободу усмотрения для начальства над подчиненными ему должн. лицами, в известных пределах, конечно, и сенат до сих пор считал себя не вправе нарушать эту свободу усмотрения разбирательством по существу жалоб на увольнение по 3-му пункту. Имеются, правда, решения, (напр., по делу Павловского, опред. 1-го деп-та от 11 мая 1905 г.), которые, по-видимому, противоречат данной теории сената о касс. рассмотрении подобных дел. Так, 1-й деп-т вошел в рассмотрение жалобы Павловского по существу; но исключение это только кажущееся, так как вопрос шел в этом случае не о применении 3-го пункта ст. 838, а о том, можно ли было Павловского, начальника станции Моск.-Яр.-Арх. жел. дор., считать состоящим на гос. службе или пользующимся правами гос. службы, и потому является ли он вообще лицом, к которому применим порядок увольнения по 3-му пункту ст. 838 у. о ел.; 1-й деп-т правильно сомневался в возможности применения этого закона к Павловскому.

Между двумя приведенными исключениями, в которых 1-й деп-т отказывается от рассмотрения дел по существу, ограничиваясь одной кассацией, имеется, нам думается, некоторая важная разница: тогда как в первом случае невмешательство сената в дискреционную власть администрации объясняется политическими мотивами, во втором примере сенат основывает свою практику на толковании основной мысли законодателя, заложенной в понятии увольнения по 3-му пункту; это понятие можно считать нецелесообразным, несправедливым, политически неоправдывающимся и т.д., но раз оно существует в законе, сенат, мы полагаем, толкует правильно свое невмешательство в существо подобных дел, так как рассмотрение их по существу несомненно сразу же уничтожило бы все значение этого закона.

Наконец, существует и третье исключение, но уже не проводимое сенатом столь последовательно; мы имеем в виду дела по утверждению торгов, поступающих в сенат обыкновенно не по жалобам, а по рапортам администрации; при рассмотрении

этих дел 1-й деп-т большею частью придерживается кассационного порядка[1], но это не исключает возможности рассмотрения дел и по существу; последнее имеет место весьма часто, когда в деле имеется частная жалоба, т.е. когда оно носит характер именно суд.-адм. дела; в нас касающейся области эти дела не имеют какого-либо особого принципиального значения.

Необходимо еще отметить, что некоторые финансовые дела (преимущественно дела по сложению начетов и недоимок) носят в практике 1-го деп-та наименование "ревизионных", но таковая категория дел также не имеет особого принципиального значения для нас, разве только в том отношении, что среди ревизионных дел меньше всего встречаются дела по частным жалобам, т.е. суд.-адм. (напр., в делах о сложении недоимок по безнадежности трудно даже себе представить частную жалобу).

1-й деп-т ведает целый ряд дел по казенным взысканиям, договорам с казной и т.п.[2], которые по существу своему принадлежат ведению судебной власти; это один из тех остатков прежнего величия, которыми так богата еще компетенция этого учреждения; масса таких дел возникает по частным жалобам на действия администрации (в особенности на казенные палаты), вследствие чего они носят судебно-административный характер; но мы полагаем, что дела этой категории носят совершенно явный судебный, а не суд.-адм. характер; казна в этих делах выступает как частный контрагент; публичный элемент таких споров не может, конечно, изменить их характера споров судебных. Фактически разграничительная линия между судебным и судебно-административным делом проводится нашим законом (п. 4 ст. 19 учр. п. сен., уст. гражд. суд., ст. 1297, 1300 и след. и пол. о взыск. гражд., ст. 422 и след.) определенно, но принципиальной линии различия, кроме участия казны, как контрагента, с ее публично-правовым характером, провести нельзя, и именно потому, что этот единственный признак наличия в данном случае публичного элемента, представляется нам весьма спорным; действительно, какими принципиальными доводами

[1] Ср., напр., реш. сен. по Биби-Эйбатским торгам 10 дек. 1903 г. и по утверждению торгов Бакинского уезда 24 марта 1908 г.

[2] Напр., дела по начетам гос. контроля, по взысканию неправ. расходов и сложении оных, по сложении безнадежных взысканий и недоимок на сумму до 30 000 р., когда с определением сената согласны министры фин. и юст. и гос. контролер, дела о возврате неправ. поступивших в казну сумм и др. (п. 5 ст. 19 у. п. с.).

можно объяснить подобные преимущества казны? И почему в данном случае казна не уравнивается вполне с частным лицом? De lege ferenda требовалось бы пересмотреть указанные отделы уст. гражд. суд. и пол. о взыск. гражд. с целью передачи всех этих функций ведению судебных мест.

Особую функцию 1-го деп-та составляет его обязанность толкования законов и правит. распоряжений; она имеет некоторые признаки сходства с франц. понятием contentieux de l'interpretation; 1-й деп-т осуществляет эту функцию, конечно, при всяком своем решении, когда рассматривает жалобу, представление админ. органа или инструкцию и распоряжение министра, в порядке распубликования, применяя закон к частному случаю; но в данном случае мы имеем в виду и нечто большее, а именно: согласно п. 6 ст. 19 у. п. с. (по прод. 1906 г.), 1-й деп-т обязан, в случае надобности, "пояснять и подтверждать законы", причем может делать сие либо по инициативе админ. органов, либо по собственному почину; таким образом может происходить толкование закона чисто-принципиальное, т.е. без немедленного применения сенатом же своего толкования к какому-либо частному делу; так, напр., всякий министр имеет, в силу п. 6 ст. 176 учр. мин., право просить сенат о пояснении и подтверждении законов и существующих правил и учреждений; в данном случае можно себе представить пример, когда такое толкование сенатом закона явится в форме преюдициального решения для любого админ. органа, чем весьма близко подойдет к французскому понятию contentieus de l'interprétation; само собой понятно, что высокое положение сената придает его толкованиям закона авторитетное значение, благодаря чему его определения и могут служить к руководству практики админ. органов всех инстанций, начиная с министров и кончая губернскими суд.-адм. местами.

Ближайшим образом это право регулируется следующими статьями закона: министерства представляют сенату, когда ими встретится "недоумение или затруднение, коего разрешение... зависит не от одного мин-ва, но от общего соображения и содействия других" (п. 1 ст. 176 учр. мин., изд. 1892 г.), когда "произойдет сомнение в точной принадлежности самого предмета исполнения" (п. 2 ст. 176), когда действие "по одной части будет преграждаемо в другой предписаниями и мерами противными или же бездействием и прекословием начальства" (п. 3 ст. 176); из губернских мест в сенат могут восходить дела для толкования закона в порядке ст. 177 и 280 общ. учр. губ., изд. 1892 г., из министерств же подобные вопросы поступают в се-

нат в порядке ст. 190 и 191 учр. мин., изд. 1892 г.; сенат в этих случаях толкует закон, равно и постановления адм. органов, имея задачей приводить их во взаимное соответствие. В тех же случаях, когда сам сенат встретит "сомнение" при толковании законов (напр., найдет недостаток закона, усмотрит необходимость издания нового или дополнения существующего закона и т. п.), он обращается за разрешением таких недоумений к верховной власти (ст. 201 и 202 у. п. с.). За последнее время мы находим в этой области огромной важности закон; мы имеем в виду Выс. утв. 12 июля 1902 г. мнение гос. совета "об издании сборника определений 1-го и 2-го деп-тов, деп-та геральдии 1-го общего собрания пр. сената"[1]; этим сделан был большой шаг вперед по пути установления публичности деятельности адм. сената, а вместе с тем чрезвычайно облегчена губернским местам возможность пользования положениями и принципами, руководящими нашим высшим суд.-адм. органом.

Насколько вышеразобранная функция толкования законов может иметь важное значение, ясно следует из примеров определений 1-го деп-та последнего десятилетия и в особенности из его толкования закона о выборах в гос. думу; путем интерпретации уничтожались иногда положительные нормы права и изменялся весь характер известного законодательного акта; иногда, таким образом 1-й деп-т расширял рамки своего толкования законов, доходя почти что до формы автентического толкования (когда последним, напр., изменялся характер или дух закона)[2], что представляет собой, конечно, страшную опасность; при этом нельзя упускать из виду несамостоятельность сената и огромное влияние, оказываемое на него министром юстиции; проистекает же такая опасность главным образом из неопределенности соответствующих статей, регулирующих право сената толковать законы. Толкование действий администрации получает особо важное значение в одном случае, а именно: когда сенат толкует инструкции и распоряжения министров в порядке их распубли-

[1] Подробнее о сборнике см. статью Н. И. Л. Оглашение практики адм. деп-тов сената и 1-го общего собрания; "Право", № 33, 1902 г.

[2] Кроме известных случаев толкования сенатом избир. (в гос. думу) закона, можно привести примером его толкование ст. 552 уст. о сл. (т. III, св. зак. изд. 1896) о прибавках жалованья низшим служителям; 1-й деп-т не раз отвергал ясно определенную этой статьей правовую норму; ср. дела по жалобам Тилипчука (31 марта 1899 г.), Белоусова (11 марта 1906 г.) и др.; в последнем определении имеется целый ряд ссылок на подобные же решения сената.

кования[1]; 1-й деп-т в этих случаях весьма часто за последнее время входил в самое подробное обсуждение таких мер м-ров, которые ему были препровождены для распубликования, устанавливая иногда весьма стеснительные для министров рамки их дискреционной власти.

Этот последний вопрос приводит нас к другому весьма важному вопросу об отношениях сената вообще к дискреционной власти администрации. Этому последнему вопросу посчастливилось в нашей литературе, более других, в той же области права, благодаря полемике двух видных юристов Н. И. Лазаревского и М. А. Лозина-Лозинского[2]; первый стоял за право сената контролировать дискреционную власть администрации, второй таковое отрицал, доказывая свое положение ссылкой на немецкие государства. С нашей точки зрения на теорию адм. юстиции (см. кн. III) прав, конечно, Лазаревский, а не Лозина-Лозинский; по верному указанию первого практика франц. гос. совета и наука франц. адм. права давно и ясно доказали отсутствие каких-либо теоретических оснований в пользу подобного ограничения высшего адм. суда запрещением проверять дискрец. распоряжения администрации; если и существуют доводы и соображения в защиту этого ограничения, то все они носят либо политический, либо практический характер. Именно такая теоретическая конструкция вопроса имеет для нас одно важное следствие; раз в нашем законодательстве не содержится какого-либо общего запрета обжаловать в сенат и дискреционные распоряжения администрации, а отсутствие такого запрета вряд ли можно отрицать[3], — то за сенатом должно быть признано и право рассматривать жалобы на дискрец. распоряжения администрации; это положение находит себе подтверждение и в самой практике сената, который *иногда* входит в рассмотрение дискрец. распо-

[1] Другим примером имеющего важное практическое значение толкования сенатом распоряжений администрации является рассмотрение, в порядке ст. 173 и 176 учр. мин., споров между двумя министерствами, обязанными принять какое-либо решение сообща, но не пришедших к взаимному соглашению по поводу понимания ими смысла законов.

[2] Н. И. Лазаревский, Административное усмотрение, "Право", № 42, 1900 г.; его же Правит. сенат как орган надзора. "Право", № 15, 1901 г.; М. А. Лозина-Лозинский, Поверка дискреционных распоряжений административными судами, "Право", № 3 и 4, 1901 г.

[3] Ср. Н. И. Лазаревский, Адм. усмотрение, стр. 1958.

ряжений администрации; теоретически таковое право за сенатом нельзя отрицать, но нельзя также не отметить, что сенат им пользуется не всегда и далеко не последовательно, что объясняется, конечно, исключительно политическими мотивами и той обстановкой, в которой приходится ему действовать[1]; подобное право, несомненно, является весьма сильным орудием контроля действий администрации, может чрезвычайно ее стеснять и почти всегда потому именно ей крайне неприятно; для пользования им необходимы самостоятельность и независимость, а таковыми, как мы уже видели, сенат далеко не располагает. Вот это-то последнее обстоятельство подтверждает нам правильность некоторых утверждений г. Лозины; хотя мы исходим из совершенно другой точки зрения, мы все-таки должны признать правильными утверждения, что определения сената в этой области являются "слабым местом в его практике", и что "концепция задач и компетенция сената" в том виде, в каком они определяются ст. 2 у. п. с., могут казаться "вымирающими"; история сената XIX столетия действительно свидетельствует нам о его падении и постепенной потере политического значения, причем гл. образом должны были страдать все те его функции, которые носили, непосредственно или косвенно, политический характер, а к числу последних относится и его контроль дискреционных распоряжений администрации; сенат нельзя винить в этом; вина не его, а политической конъюнктуры; но нельзя и не отметить, что он пользовался интересующим нас полномочием спорадически, бессистемно, как бы боязливо и с острасткой, что и составляет указанное "слабое место" его практики.

Случайность и бессистемность практики сената в данном вопросе только слишком ярко освещаются теми отдельными примерами, когда он находил возможным входить в рассмотрение и ставить границы дискреционным распоряжениям администрации (тождественно франц. теории annulement pour détournement de pouvoir)[2].

Наконец мы совершенно не можем согласиться с утверждением г. Лозины о том, что 1-й деп-т является лишь адм. судом; к несчастью, этого далеко еще нет и по трем причинам: во-первых, деп-т не обладает самостоятельностью и независимостью

[1] Правильно замечает Н. Лазаревский, что такие жалобы "ставят сенат в довольно затруднительное положение"; там же, стр. 1959.

[2] Во второй своей статье Н. И. Лазаревский значительно пополнил пропуски первой статьи указанием на историческое падение значения 1-го деп-та (Пр. сенат как орган надзора, «Право». 1901 г., № 15).

суда, во-вторых, в его компетенции имеются обширные чисто административные функции, а, в третьих, до сих пор закон наш не проводит точного и ясного разграничения функций надзора от функций адм. юстиции. До сих пор над сенатом еще довлеет идеал XVIII века, когда он являлся или должен был являться главою администрации, в активном смысле, а кроме того, г. Лозина-Лозинский оставил вовсе в стороне также чрезвычайно важную функцию сената — его власть надзора за имперской администрацией, которая теоретически должна быть всегда отделяема от функции админ. суда.

1-й деп-т в своей практике, как сказано, постоянно колеблется, признать или не признать возможность контроля дискрец. распоряжений администрации; можно привести целый ряд примеров как положительному, так и отрицательному отношению его к этому вопросу; так, 1-й деп-т в целом ряде решений признал свое право проверки дискрец. распоряжений администрации; сюда, напр., относятся, кроме примеров, приведенных Н. И. Лазаревским, еще весьма интересные решения по жалобам кн. Гедройц и Забирова, Рахимова и др.; кн. Гедройц жаловалась на распоряжение м-ра пут. сооб. касательно сплава леса по реке Поле-Верготи; в деп-те мнения сенаторов разошлись (заседание 18 янв. 1905 г.), 5 сенаторов находили, что частные лица, права коих нарушены министерскими правилами, могут ходатайствовать об их изменении и, в случае неуважения м-ром такового ходатайства, могут обжаловать действия м-ра на общем основании в сенат (ст. 1 и 19 у. п. с.), которому надлежит войти в обсуждение правильности отказа м-ра; между тем здесь имелось дискреционное полномочие м-ра пут. сооб.; 7 других сенаторов не находили оснований к признанию изданных м-ром правил сплава несогласными с законом и нарушающими свободное пользование рекой Полой; но и они, следовательно, вовсе не отрицали права сената проверить по существу данные правила м-ра пут. сооб., несмотря на предоставленную последнему законом свободу действий; еще более интересно предложение обер-прокурора (от 6 сент. 1905 г., № 2208), составленное ввиду возникшего по делу разногласия; о.-прокурор остановился на принципиальном вопросе: подлежит ли жалоба княгини Гедройц обсуждению сената по существу, ввиду того, что утвержденные м-ром п. с. правила сплава леса, об отмене коих ходатайствовала жалобщица, распубликованы сенатом и, следовательно, по мнению м-ра п. с., признаны сенатом правильными? Решая этот вопрос в утвердительном смысле, о.-прокурор не только ясно

признавал право сената проверки дискрец. распоряжений м-ра, но сделал даже шаг далее, указав, что распубликование сенатом министерского распоряжения или инструкции не есть еще окончательная санкция сенатом таковых; распубликовывая подобное распоряжение, сенат не всегда в состоянии усмотреть, нарушаются ли им права частных лиц; это последнее обстоятельство выступает наружу лишь при обжаловании распоряжения частным лицом; распубликовывая распоряжение, сенат лишь свидетельствует законность порядка его издания, и факт распубликования не лишает частных лиц права жалобы, а сената — рассмотрения распоряжения по существу, т. е. контроля даже дискрец. распоряжения администрации. В общем собрании дело слушалось 16 дек. 1906 г., причем более 2/3 голосов собрано было в пользу рассмотрения жалобы по существу (22 сенатора против 10); предложение м-ра юстиции от 4 февр. 1908 г. еще более ясно развило мысли, высказанные обер-прокурором; оно также признало, на основании прим. 2 к ст. 89 по продолж. 1906 г., св. зак. т. XII, ч. I, уст. пут. сооб., дискрец. право м-ра п. с. издавать обязат. правила в отношении сплава леса и дров, но считало сенат вправе входить в рассмотрение по существу таких правил, ввиду того, что распубликование таковых "свидетельствует лишь о законности порядка их издания и обязательности исполнения их всеми местами и лицами, но отнюдь не о целесообразности или их соответствии интересам частных лиц"; в силу этого предложение м-ра ю. признавало и жалобу кн. Гедройц подлежащею обсуждению по существу, на общем основании (ст. 1 и 19 у. п. с.).

Этим дается совершенно определенное толкование не только праву сената контролировать дискрец. распоряжения администрации, но и толкование значения распубликования сенатом распоряжений министров; таковое распубликование ни в коем случае не должно считаться санкционированием сенатом по существу данного распоряжения министра; наше адм. право приобрело этим чрезвычайно важное теоретическое начало.

Другим примером, идущим в этом же направлении, является решение по жалобе Забирова, Рахимова и др. на отказ м-ра вн. дел в разрешении им перестроить местный молитвенный дом в соборную мечеть; здесь опять-таки речь шла о том, имеет ли сенат право рассматривать дело, принадлежащее к области дискрец. власти министра вн. д.; последний в своем рапорте (от 28 нояб. 1900 г., № 5190) определенно настаивал, что дозволение открытия мечетей есть его дискрец. право и потому не подлежит обжалованию в сенате; 1-й деп-т, однако, постановил вой-

ти в обсуждение "оценки уважительности и достаточности оснований для открытия мечети", т.е. проверить данное дискрец. полномочие м-ра вн. д. (проект определения от 6 марта 1901 г.); м-р, конечно, "затруднился" подписать такое определение, настаивая в своем отзыве (от 13 окт. 1901 г., № 1774) на бесконтрольности своих дискрец. распоряжений; дело таким образом поступило на рассмотрение общего собрания (заседание 25 апр. 1903 г.); большинство сенаторов (27 против 5) стало на точку зрения деп-та, признав право сената входить в рассмотрение подобных дел; "право обжалования, сказано в их мнении, составляет существеннейшую гарантию частных лиц против неправильных действий органов власти, и посему всякое ограничение этого права должно быть положительно и точно оговорено в законе".

Итак, существует целый ряд решений, в которых сенат признал, и, по-нашему, совершенно правильно, за собой право проверки дискрец. распоряжений администрации, основываясь как на духе учреждения п. с., так и на отсутствии прямого запрещения законом подобного контроля. Но с другой, стороны нельзя не заметить, что существует масса и обратных примеров, в которых деп-т признавал известную область или известный вопрос дискреционным полномочием какого-либо органа администрации и именно на этом основании отказывал жалобщикам в рассмотрении их жалоб на подобные действия администрации; так, в целом ряде решений 1-й деп-т признает дискрец. право м-ра фин. слагать таможенные штрафы (ст. 1109 там. уст., изд. 1904 г.), последовательно отклоняя всякие жалобы по этим вопросам (см., напр., определение по делу Лира, 5 дек. 1905 г. указ. 4 апр. 1908 г.); такой же пример мы имеем в толковании 1-м деп-том ст. 253 и 254 уст. врач., в которых деп-т также усматривает дискрец. право администрации, потому не подлежащее проверке сената. Но мы полагаем, что имеем во всех подобных случаях самоограничение сената, от которого он в любой момент может отказаться; не существует, напр., никаких теоретических препятствий к тому, чтобы по какому-нибудь делу, могущему возникнуть в будущем по ст. 1109 там. уст., сенат вошел бы в рассмотрение жалобы по существу и проверил бы данное полномочие м-ра фин.

Таким образом, мы приходим к тому результату, что ни закон, ни теория, ни даже практика 1-го деп-та не ставят каких-либо препятствий сенату в его праве контроля всяких распоряжений администрации и не только кассационным порядком, но

и по существу; если таковые препятствия и встречаются на деле, то они принадлежат к области политики и основываются на факте зависимости админ. сената; кроме того, в некоторых случаях сенат сам себя ограничивает, не принимая к рассмотрению жалоб на некоторые распоряжения или действия администрации; но нельзя не заметить, что таковые самоограничения представляют собой чисто случайное явление, не могущее быть принятым за какой-либо общий принцип.

Наконец, в заключение необходимо упомянуть, что в компетенции 1-го деп-та имеется и репрессивная функция, подобная франц. понятию contentieux de la répression; мы имеем в виду дела, вытекающие главным образом из нарушений уставов казенного управления.

Весьма важной реформой в этом отношении явилось Выс. утв. 28 мая 1883 г. мнение гос. совета (собр. узак., ст. 598), нашедшее себе дальнейшее развитие в Выс. утв. 4 мая 1889 г. мнении гос. совета (собр. узак., ст. 536); первое касалось дел по взысканиям за нарушения постановлений о питейном сборе и правил об акцизе с сахара, второе же относилось к изменениям правил о взысканиях по нарушениям акцизных уставов: обоими законами дела об этих нарушениях переданы были судебной власти и следовательно изъяты из области судебно-административной, стало быть и из ведения их 1-м деп-том сената, что явилось значительным облегчением деятельности последнего. В 1897 г. (Выс. утв. 7 апр. мнение гос. совета) этот новый порядок был применен и к делам по некоторым нарушениям правил о каз. лесах.

Согласно нашему определению адм. юстиции (ср. кн. III), все подобные функции должны были бы принадлежать полностью к компетенции общих судов, вследствие чего мы не можем не приветствовать упомянутых законов. Но и за их изданием в ведении 1-го деп-та все еще остается целый ряд подобных же дел, как-то: дела о взысканиях таможенных, горных, по промысловому обложению и т. п.; сюда относятся, напр., дела по порубкам в Царстве Польском (по п. 8 ст. 189 упр. губ. Цар. Польск., II т. св. зак. и инструк. б. комиссии фин. и казнач. от 15 (27) дек. 1839 г., № 100191 и 32176; собр. адм. постан., том 14, ст. 376); дела о наложении денежных взысканий за порубки по самому существу своему принадлежат власти судебной; такой же характер носят и дела по преследованию контрабанды; и здесь мы находим часть дел в ведении судебных мест, другую же часть в ведении админ. органов, благодаря чему и до 1-го деп-

та сената восходят некоторые жалобы по делам о взысканиях за контрабанду[1]; всем этим делам, с чисто-судебным характером, вовсе не место в компетенции 1-го деп-та; с величайшим успехом их можно было бы передать полностью ведению судов, но с тем, конечно, условием, чтобы и в низших инстанциях все подобные дела ведались не административными, а судебными местами; потому-то и происходит их восхождение в 1-й деп-т, что уже в низших инстанциях дела эти рассматриваются админ. органами; de lege ferenda можно выразить пожелание[2], что чем полнее будет ведаться судами функция "наложения взысканий", тем лучше будут обеспечены субъективные публичные права русских граждан; в русском праве подобная реформа тем более легко осуществима, что уже имеются примеры частичного переноса подобных дел в ведение судебных мест[3].

5
Компетенция второго департамента

Состав компетенции 2-го деп-та гораздо менее сложен компетенции 1-го деп-та, но зато еще труднее провести разграничительную черту в компетенции 2-го деп-та между функциями суд.-адм. и прочими его функциями.

Ст. 20 у. п. с. (по продолж. 1906 г.) определяет следующим образом компетенцию 2-го деп-та: 1) Рассмотрение представлений губ. присутствий и м-ра вн. д. (равно и губ. по кр. д. присутствий и поселянских присутствий, еще сохранившихся в некоторых местностях; ср. кн. II, ч. 1, гл. 1; кн. III, пол. уст. крест.); сюда же относятся представления губернаторов (пол. уст. кр.); содержание таких представлений обязательно должно касаться крестьянского сословия; среди этих дел могут встречаться и суд.-адм. дела. 2) Разъяснение истинного смысла узаконений по кр. делу (п. 6 ст. 20); здесь мы имеем функцию надзора, аналогичную надзору 1-го деп-та, но касающуюся исключительно одного крестьянского сословия; разъяс-

[1] Приблизительно аналогичный характер носят дела по наложению взысканий за незаконный лов рыбы, восходящие также на рассмотрение 1-го деп-та (по V экспедиции).

[2] Сабуровское совещание выразило подобное пожелание.

[3] Возражения против подобной передачи этих дел ведению судов обосновывались нашим правительством исключительно на практических соображениях, как, напр., мнение гр. Витте о неприспособленности к такой задаче земских начальников; см. кн. II, ч. 1, гл. 4, § 7, стр. 209 и след.

нения, однако, могут просить и на практике действительно просят почти все министры, лишь бы дело касалось крестьянского сословия; таковы, напр., запросы министров военного и имп. двора, торговли и финансов и т.д.; раз какому-нибудь министру неясен закон, касающийся в чем-либо крестьянского сословия, он обращается с просьбой его растолкования не в 1-й, а во 2-й деп-т; количественно это не особенно маленькая группа дел 2-го деп-та. 3) Рассмотрение частных жалоб: а) на неокончательные постановления губ. присутствий; б) на губ. по крест. и посел. д. присутствия (по поземельному и хозяйственному устройству крестьян и по делам, касающимся прав крестьян: личных, по состоянию, по общ. и волост. устройству и проч.); в) на губ. по кр. д. присутствия губерний Царства Польского (по спорным кр. делам и др.) и г) на постановления общих присутствий губ. управления сибирских губерний.

По содержанию своему дела, подведомственные 2-му деп-ту, можно разделить на следующие группы:

1. Дела земельные, как-то:

а) о поземельном устройстве крестьян,

б) о переделах, скидках и т.п.,

в) о выкупе зем. участков (ст. 165 пол. о вык.),

г) об укреплении в личную собственность по указу 9 ноября 1906 г. (в практике 2-го деп-та это теперь наиболее многочисленная категория дел),

д) о переходе от общинного к подворному и хуторскому владению и наоборот,

е) об утверждении уставных грамот и т.п.,

ж) по выдаче данных, их исправлению и т.п.,

з) по отграничению крест. наделов,

и) об отводах,

й) о выдаче вознаграждения за отчужденную под устройство жел. дороги землю,

к) о порядке пользования недрами земли,

л) по прилож. к ст. 32 общ. пол., изд. 1876 г.

2. Дела об общественном устройстве и управлении.

3. Дела по применению ст. 57 и 58 пол. уст. кр. и ст. 63 общ. пол.

4. Дела по отмене окончательных постановлений зем. начальников и у. съездов.

5. Дела по удалению крестьян из среды обществ за порочное поведение.

6. Дела о семейных разделах.

7. Дела опекунские.

8. Дела по обложению земель мирскими сборами.

9. Дела о пособиях на устройство и содержание школ и богаделен.

10. Дела по применению башкирского положения.

11. Дела о поземельном устройстве горнозаводского населения.

12. Дела судебные (последняя группа дел является результатом смешения законом о зем. начальниках 1889 г. ведомства власти судебной с ведомством администрации).

Кроме того, на разрешение 2-го деп-та поступает некоторая группа дел, выделенных на основании территориального принципа, хотя также касающихся исключительно крестьянства. Сюда относятся:

1. Дела губерний Царства Польского.

2. Дела Прибалтийских губерний.

3. Дела по Сибири, Кавказу, Закавказью, Степной области и области Войска Донского.

Наконец, ведению 2-го деп-та подлежат и дела по двум особым группам: 1) дела чиншевые и дела о б. вольных людях 2-го разряда, православных арендаторах и старообрядцах.

Определения 2-го деп-та весьма часто обжалываются, но лишь чрезвычайно малый процент этих жалоб находит себе удовлетворение[1].

Количественно преобладают земельные дела, а между последними весьма большое место ныне занимают дела об укреплении зем. участков в личную собственность (по указу 9 ноября 1906 г.).

Как уже замечено было, в компетенции 2-го деп-та весьма трудно выделить в особую группу суд.-адм. дела; не существует подобного разделения ни в делопроизводстве канцелярии, ни в практике самого деп-та; благодаря этому можно лишь, придерживаясь приведенного перечня, установить, что в некоторых категориях дел не находится суд.-адм. дел, во всех прочих таковые имеются; к первым принадлежат группы 5, 6, 7 и 12 и дела чиншевые (группы этих дел носят характер судебный, гражданский, либо уголовный); ко вторым относятся остальные перечисленные группы; еще труднее выделить суд.-адм. дела из последних групп перечня, основанных на территориальном принципе;

[1] За последние 25 лет обжаловано 2394 дела, но из них ос. присутствие гос. совета отклонило 2265, т. е. 94,6 %; И. Тютрюмов, журн. м-ва ю., март 1909 г., стр. 73.

таковы дела польские, сибирские, кавказские, прибалтийские; подобные же трудности разделения представляют и дела башкирские.

2-й деп-т ведает и некоторые дела по пререканиям, но только тогда, когда пререкаются два крестьянских органа; когда же спорят, напр., губ. присутствие и губ. правление, то дело рассматривается уже 1-м деп-том; дела эти поступают во 2-й деп-т по представлениям губ. присутствий или м-ра вн. дел.

Теоретическое построение суд.-адм. функций 2-го деп-та по закону должно бы быть совершенно тождественно аналогичной деятельности 1-го деп-та; на деле же оказывается, что существует огромная разница в практиках обоих деп-тов; тогда как 1-й деп-т в подавляющем большинстве случаев входит в рассмотрение жалобы по существу, практика 2-го деп-та поставила себе идеалом ограничиваться одним кассационным порядком рассмотрения дел; в одном случае, и притом нас не касающемся, рассматривает 2-й деп-т обыкновенно дела по существу, а именно дела чиншевые (на основании закона 1886 г.); таким образом, 2-й деп-т в нас интересующей области обычно лишь проверяет закономерность действий органов администрации, ведающих крестьянское дело, не входя в обсуждение их целесообразности; благодаря этому компетенцию 2-го деп-та можно подвести только под понятие французского contentieux de 1'annulation, но не понятие contentieux de pleine juridiction. Вследствие этого практика 2-го деп-та несомненно гораздо у́же принципиально, а не только по существу его компетенции; так, напр., могут встречаться дела о превышении власти (и даже часто встречаются по отношению к низшим провинциальным органам, напр., зем. начальникам, волостн. органам), но не может быть иска pour détournement de pouvoir; 2-й деп-т таким образом принужден признавать во всей его чистоте и последовательности принцип бесконтрольности дискреционных распоряжений администрации. Думается, однако, такая постановка практики 2-го деп-та не соответствует духу учреждения п. с.; в последнем не проводится никакого принципиального разделения между задачами, возложенными на 1-й и 2-й деп-ты; совершенно наоборот даже, оба деп-та принципиально совершенно сравнены между собой; в учреждении мы не находим каких-либо ограничений или запретов касаться рассмотрения дел по существу, и названное ограничение 2-го деп-та представляется нам произвольным; оно является в форме самоограничения, которое, принимая во внимание недостатки положения низших органов (напр., по закону 1889 г.), не оправды-

вается пользою дела; суб. пуб. права граждан нашли бы себе гораздо лучшее обеспечение, если бы 2-й деп-т расширил свою практику в отношении "частных жалоб", до принципа contentieux de pleine juridiction.

Относительно функции толкования законов и актов администрации 2-го деп-та приходится сказать совершенно то же самое, что сказано было нами касательно этой же функции 1-го деп-та. Принципиальные разъяснения законов 2-м деп-том являются весьма ценным и авторитетным путеводителем для органов администрации; мы находим, напр., не одно решение, идущее даже "в развитие начал, положенных в основу специальных о крестьянах узаконений"; таковы разъяснения о правах женщин-домохозяек, о правах зятьев-приемышей, о составе сходов, о праве жены-крестьянки на паспорт без согласия мужа, о порядке обложения мирскими сборами, о применении закона 14 дек. 1893 г., о неотчуждаемости кр. надельных земель к усадебным землям казаков о порядке усыновления и мн. др.[1] Встретив "сомнение" в применении закона, органы администрации (начиная с министров и кончая провинциальными крест. установлениями) прибегают к помощи сената, ходатайствуя перед 2-м деп-том о разъяснении смысла данного узаконения; соответствующие статьи закона не различают 1-го и 2-го деп-тов, говоря лишь о сенате вообще. Единственно существующее различие в этом отношении между 1-м и 2-м деп-тами заключается в том, что 1-й деп-т может издавать пояснения законов по собственной инициативе, тогда как 2-й деп-т действует в этом случае только по представлениям губ. присутствий и министров (ср. тексты п. 5 ст. 20 и п. 6 ст. 19). Это опять-таки в значительной степени ограничивает деятельность 2-го деп-та, но не меняет принципиальной юридической конструкции данной функции.

Наконец, 2-му деп-ту принадлежит такое же право надзора за органами администрации (но только крестьянскими), как и 1-му деп-ту; он также может "в порядке надзора" кассировать всякий акт администрации, раз таковым нарушен будет закон; незакономерность же 2-й деп-т может раскрыть теми же путями и средствами, какими располагает и 1-й деп-т; незакономерность может быть усмотрена даже случайно, напр., из жалобы, поданной непосредственно в сенат; жалоба оставляется 2-м деп-том без

[1] Ср. с примерами, приводимыми И. М. Тютрюмовым: Второй деп-т пр. сената, стр. 42—54 и К истории учреждения 2-го деп-та, журнал м-ва ю., 3, 1909 г., стр. 75. К. Абрамович, Крестьянское право.

последствий, а дело может быть возбуждено в порядке надзора для устранения найденного нарушения закона. В деятельности 2-го деп-та, однако, эти два порядка соприкасаются гораздо ближе друг к другу, чем в практике 1-го деп-та, так как его рассмотрение жалоб и представлений, как сказано, обычно лишь ограничивается кассацией незаконных актов; различие, может быть, можно установить только следующее, не имеющее принципиального значения: “в порядке надзора” происходит кассация по собственной инициативе деп-та, в других же случаях — по инициативе частного лица или органа администрации.

Итак, принципиально компетенции 1-го и 2-го деп-тов почти тождественны, функции последнего, однако, гораздо у́же и специальнее функции первого.

КНИГА ТРЕТЬЯ
ОЧЕРК ТЕОРИИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

ГЛАВА ПЕРВАЯ

1
Развитие административной юстиции на Западе

Государство XVIII столетия, полицейское и абсолютное, не знало административной юстиции, как и не знало, или вернее, не признавало субъективных публичных прав своих граждан. Не знала админ. юстиции и теория государства. Великой философии XVIII века, можно сказать, было не до того; на ней лежали более существенные задачи; ни Монтескье, ни Руссо, на учениях которых вырастала французская революция, не знали и не обращали внимания на этот институт государственного права; в их миросозерцании довлела другая череда идей, главным образом — первенство закона и необходимость разделения властей, как гарантия такого первенства закона. Вторая идея в особенности составляет один из фундаментов революции; она провозглашается кстати и некстати на всех политических перекрестках, как всеисцеляющее средство.

Но если так всеобще признавалась необходимость разделения властей, то отношение к отдельным властям было весьма раз-

личное в революционную эпоху. Дело в том, что судебная власть во Франции к концу XVIII столетия уже обособилась и выделилась, успев даже замкнуть своих служителей, судебное сословие, в самостоятельную политическую корпорацию, а к последней деятели революционного времени относились весьма подозрительно. Для многих, если и не для всех деятелей революции, судебная корпорация, а за нею и судебная власть государства были одним из воплощений ancien régime, столь им ненавистного. Чем сильнее было это чувство неприязни к одной из государственных властей, тем ярче и определеннее проводилось обособление ее от прочих властей. Уже в 1790 году находим мы характерный пример этому в речи Турэ (Thouret), произнесенной 24 марта при внесении в национальное собрание законопроекта об организации и компетенции судебных органов[1]; все его внимание было направлено на ограждение администрации, или власти исполнительной, от вмешательства судебных мест; такое же отрицательное отношение к судебной власти находим мы и в тех дебатах, которые были вызваны данным проектом[2]; красною нитью проходит через них мнение о судах, как "аристократических коллегиях" и "представителях одних лишь аристократических интересов"; важным для нас в данном случае является убеждение, что суды и судебная корпорация являлись такими аристократическими местами не только в прошлом, в государстве абсолютном, но должны остаться таковыми и впредь[3].

Нам чрезвычайно интересно отметить это отношение к судебной власти, так как только им объясняется дальнейшее революционное законодательство, в его стремлении прочно обосновать самостоятельность исполнительной власти, из какового стремления и выросли, как увидим, особые административные суды.

Вышецитированные прения привели к изданию закона 24 августа 1790 г.; в его части II, ст. 13 мы читаем след. принципиальное правило: "Les juges ne pourront, à peine de forfeiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps adininistratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions". Тот же принцип подтвержден был и ст. 3, гл. V, конституции 3 сент. 1791 г. Из этого закона вытекли два непосредственных следствия: во-первых, администрация должна

[1] Напечатана в Монитере, 4 апреля 1790 г.

[2] Заседания нац. собрания 29 марта и 27 мая 1790 г.; ср. в частн. проект и речи Chabroud.

[3] Ср. мнения Buzot, Pezons, St-Martin; см. отчеты, напечатанные в Монитере, о заседании 27 мая.

была сама ведать все, ее касающееся, в том числе, следовательно, и правовые споры граждан с ее представителями и органами, во-вторых, отсюда вытек институт админ. гарантии или запрета преследовать судом чиновников без разрешения админ. начальства. Благодаря такому выделению и обособлению администрации, или как тогда говорилось pouvoir exécutif, в среде последней силою необходимости должны были зародиться своего рода судилища, т.е. органы, которым закон поручал рассмотрение предъявляемых гражданами правовых претензий к представителям администрации; правовые споры, в которых админ. орган являлся стороной, и те частно-правовые споры, в которых государство (как фиск, напр.) выступало ответчиком, изъяты были из ведения судов. А так как вместе с тем многие из органов ancien régime были тут же уничтожены, как, напр., élections, bureaux des finances, таможенные, лесные и податные палаты, и наконец (в 1791 г.) и государств. совет, то админ. власть осталась без соответствующих органов для исполнения только что названной серьезной задачи. Таким образом, в силу необходимости, к концу столетия, один за другим вновь появляются органы, как, напр., госуд. совет[1], которым поручается ведение административно-правовых споров; но цель создания этих органов заключалась не в охранении частных прав граждан, а в обеспечении самостоятельности админ. власти и ограждении ее от вмешательства власти судебной.

Права граждан считались вполне обеспеченными принципами конституционного государства, верховенством закона участием в создании последнего народных представителей и возможно строгим разделением властей государства, разделением, которое обеспечивало каждой из них полнейшую самостоятельность и независимость. Весьма скоро, однако, практика конституционного государства должна была доказать, что, к несчастью, одних этих принципов было далеко недостаточно для обеспечения свободы граждан, что требуются новые и более действительные гарантии в ограждение их от все растущего всемогущества государства. Если с революциями падал окончательно абсолютизм, то, вместе с тем, возрождалось с особенной силой могущество самого государства. История XIX столетия учит нас, что всемогущество прежнего полицейского государства XVIII в. существовало больше в теории, чем на практике; в особенности рельефно это выступает в истории германских государств; не без основания за-

[1] Подробнее см. ниже.

мечают современные немецкие историки, что администрация германских государств XIX в. была значительно могущественнее администрации прежнего государства, даже времен таких всесильных монархов, как Фридрих Вильгельм I или Фридрих Великий; современная администрация, справедливо говорят они, гораздо глубже проникает в область свободы и прав гражданина, чем система административного всемогущества старого времени. На почве этого усиления власти государства, как такового, выросла борьба индивида за свою свободу и самостоятельность, борьба, имевшая результатом создание целого ряда преграждений для госуд. власти или гарантий индивидуальной свободы; и в наши дни процесс этот далеко еще не закончен.

Именно в нем, в его развитии, мы должны искать появление и расцвет того института, который нас теперь интересует. Административная юстиция явилась одною из тех гарантий, которые созданы были историей XIX в. в обеспечение гражданину его прав и свободы.

Целый ряд революций хоронил одно за другим прежние абсолютные государства, а с ними вместе многие из их правовых институтов. Подавляющее большинство вновь возникающих на развалинах старого режима государств создавалось путем, вполне аналогичным французскому конституционному государству, одним из основных принципов которого, как мы упомянули, было разделение властей. В частности нас особенно должно интересовать обособление администрации от судебной власти. Затем каждая из этих двух властей постепенно совершенствуется; в среде судебной власти создаются институты публичности, устности, состязательного начала, реформа обвинения, суды присяжных; аналогичные процессы претерпевает и ее соседка, власть исполнительная; и там появляются новые институты, усовершенствования власти надзора, бóльшая ясность и действительность законов, определяющих деятельность администрации, ответственность ее органов перед законом, а потом и перед народными представителями, парламентаризм, а среди них мы находим и админ. юстицию. Постепенно и незаметно таким образом превращается конституционное государство в государство правовое; первое обеспечивало только участие народа в законодательстве и так наз. “свободы” или основные политические права граждан, второе обеспечивает последним гораздо большую свободу и лучшие гарантии от давления государства, народу же — принцип демократизма в развитии государственных институтов.

Но, как и все великие процессы, и данный исторический процесс развивался медленно, постепенно, проходя на протяжении XIX столетия иногда весьма болезненные стадии. Одною из таковых были, напр., пережитые государствами прошлого века периоды реакции. Последние, хотя часто и не оспаривали принципов конституционализма и гражданских свобод, тем не менее накладывали тяжелую руку на индивидуальную свободу гражданина; как заметил один немецкий историк, "конституция была дана, правовое государство провозглашено, но полицейское государство все еще продолжало жить".

Что касается в частности админ. юстиции, то первые ее зачатки, во Франции по крайней мере, как мы видели, были случайны и преследовали цель ограждения самостоятельности администрации. Благодаря этому, однако, получалось невыгодное следствие; админ. юстиция в таком виде являлась элементом надзора, но последний был, очевидно, несостоятелен, так как администрация, как оказывалось, надзирала сама за собой; она сама должна была разрешать случаи прегрешений своих собственных органов; именно таков был принцип бюрократической министерской системы; органом надзора за администрацией отдельного ведомства являлся министр, хотя и конституционный; последний принцип даже ухудшал в данном случае положение гражданина, так как ставил его свободу, права и интересы в зависимость не только от администрации, но и от администрации партийной, так как министры стали в конституционном государстве в зависимость от известных партий[1]; и в данном случае мы имеем один из тех примеров, которые наглядно доказывают, что и в конституционном государстве еще были сильно живучи принципы прежнего полицейского государства и что требовались некоторое время и сильная борьба, пока наконец принципы конституционализма могли восторжествовать окончательно над принципами полицейского государства и превратить последнее в государство правовое.

В этой именно борьбе институту админ. юстиции пришлось сыграть немаловажную роль: но, благодаря такому историческому его значению, некоторые его элементы, так сказать боевые элементы, нам думается, имеют временный, преходящий характер; когда окончательно сойдет с исторической сцены период борьбы старого полицейского государства с государством новым, правовым и демократичным, должен будет реформироваться и интересующий нас институт.

[1] Ср. с блестящим изложением порядка, господствовавшего в Пруссии в 1850—1858 гг., в речах Ласкера и Гнейста.

Итак, появление админ. юстиции следует отнести к самому горнилу, в котором, на протяжении всего XIX века, выковывались элементы нового государства, которыми, мы глубоко убеждены, будет жить человеческое общение XX столетия.

Присмотримся теперь ближе к истории этого института в его развитии в отдельных государствах перед тем, чтобы перейти к определению его правовой сущности.

2
Франция

Мы отнюдь не задаемся в данном случае целью подробного исследования истории интересующего нас института во всех государствах; для нас будет совершенно достаточным указать лишь главнейшие моменты этой истории и касательно только некоторых государств, тех именно, в которых история развития данного института принимала наиболее выпуклые формы.

Начнем с Франции, в которой ранее всего встречаются элементы админ. юстиции[1].

[1] Литература: E. Laferrière, Traité de la Juridiction Administrative et des recours contentieux, 2me Ed., 1896; Dareste, La Justice administrative en France, 2 Ed., 1902; Otto Mayer, Theorie des Französ. Verwal-tungsrechts, 1886; E. v. Meier, Das Verwaltungsrecht, S. 729, Encyklo-pädie der Rechtswissenschaft. Bd. II, herausg. von J. Kohler, 1904; Par-dessus, Essais historique sur 1'organisation judiciaire. etc., 1851; Dareste, Etudes sur les origines du contentieux en France, Revue historique du dr. franç. et étranger, 1856—1857; Aucoc, Conférences sur 1'administration et le droit adm., 1878—1882; Ducrocq, Cours de droit admin., 1874; Aucoc, Le conseil d'Etat et les recours pour exces de pouvoir, Revue des deux mondes, 1878; Löning (б. Дерптский профессор), Die französ. Venvaltungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für Gesetzgebung u. Praxis des Deutsch. öfftentl. Rechtes, herausg. von Hartmann, Bd V u. VI, 1879—1880; Pradier-Fodéré, Précis de droit admin., 1872; Hammarskjöld, Om inrättande af en administrativ högsta domstol eller regeringsrätt, 1907; Laferrière, Origine et développement hist. du recours pour excès de pouvoir, Revue critique de Jurisprudence et de Legislation, nouv. série, V, 303; Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 2 éd., 1885; В. Ф. Дерюжинский, Админ. суды в государствах западной Европы, журн. м-ва юстиции, июнь 1906 г.; Коркунов, Очерк теории адм. юстиции, журнал гражд. и уг. права, 1885 г., кн. 1, январь. Н. Куплеваский, Админ. юстиция в западной Европе, I, адм. юстиция во Франции, Харьков, 1879 г.; Лозина-Лозинский, Админ. юстиция, журнал м-ва юстиции, январь 1907 г. Список этот, конечно, далеко не исчерпывает всей литературы; мы привели только главнейших авторов; заметим, что вопрос интересовал особенно ученых 70-х и 80-х гг. прошлого столетия и в настоящее время как бы заброшен, будучи упоминаем лишь в общих курсах админ. права.

В XVII столетии появился во Франции новый орган интендантов (для провинции Лион 1627, для Бордо—1628)[1], которым поручено было разбирательство всяких споров и претензий подданных; уже самое наименование этой должности свидетельствует нам о ее функциях и отношении к верховной власти; она называлась: "Intendants de justice, de police et finances, et commissaires départis dans les généralités du royaume pour l'exécution des ordres du roi"[2]; интенданты являлись и высшими органами провинциального управления и органами надзора за прочей администрацией; как таковые, они располагали правом принимать к своему рассмотрению жалобы и споры граждан с администрацией; над ними же стоял монарх, в помощь которому функционировал госуд. совет (conseil d'Etat), но лишь как чисто совещательный орган; как таковой, совет рассматривал предварительно жалобы на действия и постановления интендантов.

Постепенно из всеобъемлющей компетенции королевской власти стала выделяться и обособляться власть судебная, главным образом в области гражданского, а позднее и уголовного права[3]; но неопределенность законодательства оставляла за интендантами возможность вмешиваться в любое дело, любую область права или интересов граждан[4]; благодаря этому на протяжении XVIII века власть и могущество интендантов все росли.

Параллельно с этим росли также и функции госуд. совета. Обособившиеся суды и исторически сложившиеся условия независимости судебного сословия заставляли королей прибегать к созданию исключений из судебной компетенции; таким образом появилось особое понятие la justice retenue, т.е. судебные дела, изъятые из ведения общих судов и подлежавшия решению королевской власти; последняя же действовала первоначально через

[1] Ср. Löning. в журнале Hartmann. V, стр. 349. С 1689 г. они существуют повсеместно во франц. привинциях.

[2] К этому Fleury (Institution, I. 129) прибавляет: "en un mot, l'intendant de justice a juridiction sur tout ce qui regarde le public, soit pour la justice, pour la guerre, ou pour les finances".

[3] У интендантов были и функции уголовной юстиции, напр., в вопросах "grande voirie".

[4] Ср. Tocqueville. L'ancien régime et la révolution. II, ch, 2; Marquis de Mirabeau (отец), Mémoire sur les états provinciaux: Löning, V, 352. Интересную параллель представляют интенданты XVIII столетия с русскими губернаторами XIX века.

королевский или госуд. совет (Conseil d'Etat, Grand Conseil, Conseil du Roi), впоследствии же (с конца XV в.)[1] через отдельных членов совета, образовавших новое учреждение; политический совет продолжал носить название Conseil d'Etat или du Roi, а отделение его, рассматривавшее судебные дела, стало называться le Grand Conseil; постепенно, однако, первый стал доминировать над вторым и к концу XVI в. окончательно оттеснил его на задний план. Таким образом, госуд. совет (Conseil d'Etat) приобрел и вышеупомянутую компетенцию — justice retenue. В царствование Людовика XIII совет уже стоял во главе всей администрации королевства. Такая полнота власти должна была неминуемо привести совет к столкновению с парламентом; история XVII столетия дает нам не один пример подобных столкновений, из которых однако совет, а не парламент, выходил обыкновенно победителем[2]. Само собою понятно, что как эта прежняя полнота власти, так и память о конфликтах интендантов и совета с народными представителями оставили неизгладимый след в сознании французов и отозвались в эпоху революции конца XVIII столетия сильной ненавистью именно к этим двум институтам. Благодаря этому они пали одни из первых. Законы 23 июня и 22 декабря 1789 г. уничтожили интендантов совместно со старыми королевскими провинциями, создав современные департаменты; законы 9 августа и 20 октября 1789 г. и декрет 29 августа 1790 г. реорганизовали совет, сильно сократив его компетенцию, а законы 27 апреля и 25 мая 1791 г., создавшие министерства, его и вовсе упразднили, заменив советом министров.

Как и во многих других вопросах, революция столкнулась на практике с очень важным обстоятельством; упразднять старое, ненавистное было делом весьма легким, тем более, что многие институты, пережив самих себя, уже сами распадались и разлагались; несоизмеримо труднее было решить вопрос, чем и как заменить уничтожаемое; куда девать и как распределить функции исчезнувших совета и интендантов, в частности их функции судебно-административные? Мы уже видели, что деятели революционной эпохи сильно не доверяли и боялись судебных властей и вследствие этого не считали возможным передать судебно-административные функции общим судам; относительно последнего вопроса не было разногласия; таким образом, одним из основных пунктов реформы само собою выдвинулось положение, что

[1] Laferrière, I, p. 149 et s.
[2] Ibid. p. 154—162.

во всех административных делах, каковы бы они ни были, чисто административные или с судебным характером, компетентна должна была быть исключительно одна администрация.

Но здесь не следует упускать из виду одного противоречия этой теории самостоятельности админ. власти; практически в продолжение всей революционной эпохи над нею безусловно главенствовала власть законодательная, представляемая самыми различными органами — национальным собранием, конвентом, комитетом. Цель, которую преследовали гос. деятели, была следовательно не столько полная самостоятельность администрации, сколько ее независимость именно от судебной власти.

Куда же девались судебно-административные функции прежнего госуд. совета? Часть их уже в 1790 г. присвоило себе национ. собрание; то же самое случилось при упразднении счетной палаты (законы 2 сентября 1790 г. и 4 июля — 25 августа 1791 г.), функции которой национ. собрание также прибрало к рукам. Остальные функции на время остались без определения.

Таков был один из принципов революционных законодателей — независимость администрации от суда; вторым принципом, провозглашенным также уже в первом учредительном собрании, была централизация админ. власти[1]; этот последний принцип оставался в течение всего последующего столетия отличительной чертой госуд. устройства Франции, администрация которой представляет строго проведенную бюрократическую иерархическую лестницу должностей и органов. Сильная, самостоятельная и свободная от вмешательств судов административная власть — вот тот идеал, который остался завещанным и воплотившимся в жизнь после революции конца XVIII в. и которым живет Франция и по сей день[2].

Одним из временных следствий исчезновения госуд. совета, счетной палаты и др. органов, имевших судебно-админ. функции, было смешение последних с функциями активного управления, в компетенции вновь созданных департаментских и участковых учреждений (les directoires de département et de district), а

[1] Laferrière, I. p. 183.

[2] Ср. Dareste, La justice administrative en France, 2 éd., p. 202; “en France la part de l’administration est plus large que partout ailleurs”; также, Anschütz, Venvaltungsrecht, Kultur der Gegenwart, herausg. von P. Hinneberg, Bd. II. Abt. 8, System. Rechtswissenschaft, S. 373, 1906. Этому же идеалу Франция обязана той прекрасной и подробной разработкой админ. права, которая стоит несравненно выше разработки теории админ. права всех прочих современных государств.

также и в компетенции совета министров; в общем же в этой области стал царить полнейший хаос[1].

Однако весьма скоро уже этот хаос стал проясняться. Этому способствовал главным образом тот фактор, что Франция XVIII столетия уже имела хорошо разработанное административное и гражданское право, в особенности касательно частно-правовых отношений государства — фиска. Революция уничтожила учреждения, но не могла уничтожить в правовом сознании народа институты гражданского права, выработанные предшествовавшими столетиями. Ко временам директории уже очень многое разъяснилось[2], а при консулах определилась и новая система тех органов, которым вверены были суд.-админ. функции[3]. Но повторяем, духом нового законодательства оставалось не столько желание оградить права граждан, сколько стремление обеспечить администрации независимость от вмешательств судебной власти; права граждан считались все еще достаточно огражденными самой конституцией.

Система органов админ. юстиции была определена знаменитым законом 28 плювиоза VIII года (17 февр. 1800 г.), основные черты которого существуют и по сей день. Руководящая мысль этого закона была следующая: администрация должна была быть строго отграничена от власти судебной, но в компетенции ее содержались и судебные споры (суд.-админ. функции, выступившие наружу на практике 1790—1799 гг.), передать которые на разрешение судов представлялось невозможным; ввиду всего этого необходимо было произвести в среде органов самой администрации деление: на органы активного управления и на органы судебно-административные; первыми согласно закону 1800 г. стали единоличные органы: министры, префекты, супрефекты и мэры, вторыми же явились органы коллегиальные: советы префектур и государственный совет[4].

Итак, духом системы органов админ. юстиции стали государственные принципы революционной эпохи, принципами же, определяющими положение админ. юстиции, явились правовые

[1] Ср. с перечислением отдельных законов и суд.-админ. функций, приведенным у Лаферьера, I, стр. 193 — 195, также. Serrigny, Compétence administrative. t. III; Macarel, Des tribunaux adininistratifs.

[2] Ср. De Cormenin, Droit administratif, Introduction.

[3] Лаферьер справедливо замечает “la législation du Consulat et de l’Empire est encore aujourd’hui la base de nos institutions de justice administrative”, I, p. 212.

[4] Последний был вновь восстановлен конституцией VIII года.

институты старого режима, приспособленные лишь к функционированию нового государства[1]. Только в XIX столетии, путем практики и юрисдикцией суд.-админ. органов, стали вырабатываться новые институты и понятия админ. юстиции. К числу последних принадлежат первее всего — перерождение цели существования админ. юстиции из защиты администрации в защиту прав граждан, постепенное высвобождение органов админ. юстиции от влияния администрации и превращение их в самостоятельные суды.

Что же касается порядка производства дел в учреждениях, созданных законом 1800 г., то уже с самого начала мы находим здесь сильнейшее влияние принципов судопроизводства; благодаря этому влиянию, установились начала состязательности, устности и гласности, а также и участия в подобных делах представителей обществ. обвинения (nunistere public)[2].

Госуд. совет за XIX столетие претерпевал различные судьбы, в зависимости от различных переживаемых страной политических моментов[3]; в нашу задачу не может конечно входить подробное изложение истории этого учреждения; заметим только, что эпоха Наполеона I была самым блестящим периодом деятельности совета, подарившего Франции не один исторический акт[4], реакция же реставрации пыталась даже вовсе отрицать необходимость существования адм. юстиции в государстве[5]; последнее

[1] Мы здесь расходимся с рассуждением по данному вопросу В. М. Гессена (Теория правового госуд-ва; Политич. строй совр. государств, том I, 1905 г., стр. 140), утверждающего, что "подчинение администрации судебному контролю рассматривается последователями теории Монтескье как нарушение необходимого равновесия между адм. и суд. властью.... Именно потому франц. право рассматривает адм. юстицию как функцию адм., а не суд. власти". По-нашему же, история франц. адм. юстиции революционной эпохи лишь доказывает и доказывает неопровержимо, что теория Монтескье служила только ширмой, а конструкции адм. юстиции определялись боязнью судебной корпорации и стремлением оградить от нее администрацию.

[2] Löning сделал интересное исследование (хотя в наши дни уже немного устаревшее) законам, регулирующим порядок производства дел во франц. админ. судах, причем за основание взял систему гражданского процесса, что придало особую выпуклость своеобразностям администр. процесса, см. Zeitschrift für Gesetsg. u. Praxis, Hartmann, Bd. VI, 1880, S. 181 u. 308.

[3] Подробнее см., напр., у Laferrière, I, p. 215 et s.; Löning, V S. 363 u. f.

[4] Не даром назывался совет "la gloire civile de 1'Empire".

[5] Интересным являются в данном отношении взгляды герцога Броглийского; см. подробнее у Ленинга, V, стр. 368.

обстоятельство является опять-таки хорошим примером, насколько институт адм. юстиции принципиально несогласуем с понятиями полицейского государства[1]. В царствование Наполеона III госуд. совет в отношении суд.-адм. функций был разделен на две инстанции (декрет 25 янв. 1852 г.): la section du contentieux, состоявшая из 6 членов совета и некоторого числа maîtres des requêtes, и l'assemblée du conseil d'état délibérant au contentieux, состоявшая из членов отделения, к которым присоединялось еще 8 членов совета от других отделений. Наконец, закон 24 мая 1872 г. вновь реорганизовал совет.

Советы префектур в наши дни функционируют по законам 21 июня 1865 г. и 22 июля 1889 г. и состоят, не считая префекта-председателя, из 3 или 4 членов; совет департамента Сены имеет особого председателя и 7 членов; что же касается компетенции современных советов префектур, то следует заметить, что она весьма разнообразна: советы всегда решают дела в качестве первой инстанции; ведению их подлежит обширная область фискальных дел; затем дела, в которых государство выступает стороной в качестве субъекта гражданских прав; далее, дела податного обложения и общинных и городских выборов; наконец, дела, возникающие по поводу полицейских постановлений. Здесь, однако, следует оговориться; вся эта обширная область дел весьма тесно связана и переплетена с компетенциями других органов; совет префектуры, напр., отнюдь не исключительно ведает частно-правовые или фискальные дела государства — некоторые из них подведомственны обыкновенным судам; точно также податные споры входят в компетенцию советов только касательно прямого обложения, тогда как споры по вопросам косвенного обложения подлежат решению общих судов; наконец, некоторые дела по полицейским постановлениям направляются непосредственно в государств. совет, который вместе с тем составляет и по всем другим делам, подведомственным советам префектур, вторую и последнюю инстанцию, а рядом с этим у совета префектуры имеется целый ряд активных функций управления, и кроме того, в некоторых исключительных делах отдельные члены совета преф. выступают с самостоятельной компетенцией[2].

[1] Июльская монархия издала несколько ордонансов касательно гос. совета, установив, напр., принцип публичности, отчасти и устности; о том же говорит закон 19 июля 1845 г.

[2] При совете пр. состоит генеральный секретарь, на которого возложены функции ministère public.

Законы 22 июля 1889 г. и 18 января 1890 г. ввели в порядок делопроизводства советов префектур некоторые принципы гражданского судопроизводства[1]. Самыми слабыми местами организации и компетенции советов префектур являются: во-первых, отсутствие самостоятельности у их членов, которые назначаются министром и находятся в полнейшей зависимости от админ. начальства; во-вторых, отсутствие точного и определенного отграничения судебно-административных функций от функций активного управления; как сам совет, так и его члены в отдельности несут немало чисто-административных обязанностей; как говорят франц. юристы: "ils prennent part dans l'administration pure des départements"; наконец, в третьих, немалым недостатком представляется председательство префекта, через посредство которого администрация имеет всегда возможность оказывать давление на совет; уже давно сознается во Франции значение этого недостатка, и за последнюю половину XIX в. делалось уже немало попыток к его устранению; на него указывала и литература, им занимались и законодательные органы[2]; так еще в 1888 г. госуд. совет рассматривал проект реформы советов префектур, но, несмотря на то, что проект этот впоследствии был принят как правительством, так и комиссиями палаты, он санкции закона не получил, благодаря наступившему концу сессии и принципу дисконтинуитета. Собственно говоря, советники префектуры — простые чиновники ведомства внутр. дел, могущие во всякое время быть перемещаемыми, смещаемыми, отставленными и т.д. Советы префектур, просуществовавшие вот уже целое столетие, можно таким образом признать весьма устаревшим органом, не отвечающим современным требованиям адм. юстиции.

Переходя затем к госуд. совету, отметим, что его современная организация и главнейшие принципы компетенции основаны на упомянутом законе 24 мая 1872 г.; из его пяти отделений одно (la section du contentieux) имеет судебно-админ., другие же четыре — чисто-админ. функции; суд.-админ. отделение общим

[1] Подробнее см. у Лаферьера, I, стр. 282 и Отто Майера, § 13, стр. 79 и след.; также у др. авторов, цит. выше, посвятивших свои труды как общему админ. праву Франции, так и теории ее админ. юстиции.

[2] Уже при Наполеоне III, в 60-х гг., началась эта кампания (в частн., при обсуждении в закон, собрании закона 1865 г.). Еще в те времена в шутку говорилось, что префект мог утверждать: "Ie conseil de préfecture c'est moi". О префектах-председателях см. у Ducrocq, в. н. с. т. I, стр. 216.

порядком только подготовляет (l'instruction) дела для рассмотрения суд.-адм. собрания (l'assemblée du Conseil d'Etat, statuant au contentieux); таковое состоит из отделения, к которому прибавляется 8 членов, по два от 4-х прочих отделений, считая в том числе председателя[1]; последним всегда является вице-президент совета, а не министр юстиции, который считается президентом совета ex officio. Только в некоторых незначительных делах имеет отделение решающий голос. Прежде всякое решение совета по суд.-адм. делам требовало подписи главы государства; с 1872 г., однако, этого больше не требуется и гос. совет решает дела окончательно, являясь, как говорят французы, "une cour souveraine, exerçant une juridiction propre"; прежняя "avis" теперь стали "arrêts"[2].

Компетенция совета обнимает, во-первых, жалобы на постановления советов префектур; во-вторых, все жалобы на превышение администрацией власти (les recours pour excès de pouvoir; одна из важнейших функций франц. админ. юстиции); под последней понимаются все админ. органы, следовательно и сами министры[3] и органы самоуправления (этот принцип вырос из современного понятия, установившегося во Франции к концу XIX века, об органах самоуправления, как органах государственных); в третьих, совет имеет право толковать и разъяснять правител. и админ. акты (contentieux de l'interprétation) и выяснять согласованность с законами их содержания (questions de détournement du pouvoir)[4].

Кроме того, закон 26 октября 1888 г. создал еще второе "временное отделение" (section temporaire du contentieux), которому поручено разбирательство суд.-адм. споров о выборах и о подат-

[1] По закону 25 февр. 1875 г. члены гос. совета назначаются президентом на 9 лет; последний же имеет и право их смещения, хотя таковое ни разу еще не применялось на практике; наоборот, уже с 70-х гг. установился обычай назначения того же члена на новые 9 лет, по истечении первого периода.

[2] Относительно условий назначения членов гос. совета см., напр., у Ленинга, V, стр. 373—375.

[3] Вследствие этого министрам запрещено заседать в суд.-адм. отделении и собрании совета, хотя в других отделениях и общем собрании они и участвуют (ст. 2 закона 1872 г.).

[4] Общая формула закона 1872 г. следующая: art. 9, "Le conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation, pour exces de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives".

ном обложении; этим прочие две инстанции освобождены были от массы мелких дел, столь их обременявших и замедлявших общий ход работы совета. Такое нововведение оказалось настолько удачным, что в 90-х гг. правительство решило провести реформу превращения временного отделения во "второе постоянное" (seconde section permanente du contentieux), что и было принято с большой симпатией законод. палатами[1].

Наконец, нам остается упомянуть, что рядом с госуд. советом, в 1872 г., учреждена была особая палата, для разбора дел о пререканиях; мы имеем в виду так наз. Tribunal des conflits[2] (закон 24 мая 1872 г.). Палата эта состоит, под председательством министра юстиции, из 3 членов госуд. совета, 3 членов кассационного суда и 2 членов, избираемых самой палатой, наравне с двумя их заместителями; вице-председатель палаты избирается ею самой. Компетенция же ее состоит в разрешении "пререканий" или "споров о компетенции" между судами и администрацией, которые носят название "conflits d'attributions", в отличие от споров ведомственных или "conflits de juridiction" между судами либо между admin. органами[3].

Что же касается недостатков современного госуд. совета Франции, то они заключаются, во-первых, в недостаточной самостоятельности высшего административного суда и, во-вторых, в неполном отграничении этого суда от активной администрации. Хотя гос. совет и стоит в этих отношениях несравненно выше советов префектур, однако и на нем заметны эти две названные черты, исторически вытекшие из вышеописанного процесса появления admin. судов во Франции. Потребовалось целых сто лет для постепенного выделения и обособления органов admin. юстиции от администрации; и по сей день еще процесс этот нельзя считать завершенным. Так, напр., хотя и не известен на практике ни единый случай смещения члена суд.-адм. отделения гос. совета, хотя и установился даже обратный обычай нового назначения советника за истечением его срока

[1] Закон 13 апреля 1900 г. Подробнее о гос. совете см. цит. труды по фр. адм. юстиции, особенно Лаферьера, I, стр. 268 и след. Ленинга, V, стр. 371 и след. и E. v. Meier, Encyclop. der Rechtswissenchaften, Bd 2, S. 743 u. f.

[2] Палата эта уже существовала во Франции короткое время, с 1849 года, но была упразднена Наполеоном.

[3] Кроме того, во Франции суд.-адм. функции присвоены еще: 1) нек. органам вед-ва нар. просвещ., 2) органам, ведающим воин. повинность и 3) счетной палате.

службы на новое девятилетие; тем не менее над членами совета все еще продолжает висеть Дамоклов меч в виде законом установленной возможности их смещения; такое положение неизбежно налагает на них тень зависимости от правительства, чем, напр., объясняется отличающая их разница от несменяемых членов кассационного суда; существующее между этими двумя органами различие в положении их членов и в престиже их в глазах общественного мнения вызывается именно этой связью государственных советников с администрацией. Этою же связью мы объясняем и другой недостаток, от которого гос. совет не сумел отделаться и по сей день — связь и взаимоотношения, которые существуют между его судебно-административными и чисто-админ. функциями; вследствие этого он не приобрел еще и в глазах общества положения вполне самостоятельного админ. суда.

Нет сомнения, однако, что суд.-адм. учреждения совета уже находятся на таком пути обособления от администрации. Для оценки этого процесса стоит только сравнить современный совет с советом 70-х гг., когда еще столь сильно влияла на положение его членов политика; в те времена совет еще участвовал в переживаемой Францией социальной эволюции и политической борьбе; так, напр., Ленинг, писавший в конце 70-х гг., еще высказывает опасения, что гос. совет может быть составлен правительством таким образом, что члены его не будут признавать новой конституции (предполагая след. влияние монархистов); подобное вмешательство политических партий в наши дни уже более невозможно. Дальнейшее развитие демократических государственных принципов во Франции несомненно окончательно переродит гос. совет во вполне самостоятельный админ. суд. Процесс же такого перерождения вызовет вместе с тем и окончательное перенесение цели существования админ. юстиции с защиты интересов администрации на защиту прав и интересов граждан.

Перейдем в заключение к оценке теории французской адм. юстиции[1].

[1] Хорошее изложение теорий фр. ад. юстиции мы имеем в труде Otto Mayer, Theorie des Franz. Verwaltungsrecht, 1886 г.; см. также цитируемых им авторов: Cabantous, Ducrocq, Serrigny, Dufour, Carré, Chauveau, Dalloz. Труд этот, однако, немного устарел. Для новейших теорий см. Laferrière, Anschütz (Kultur der Gegenwart, Bd. II, Abt. 8) и E. v. Meier (Encycl. der Rechtswiss., Bd. 2).

Здесь в первую голову следует отметить уже определенно установившееся в наши дни различие власти надзора, которая по преимуществу понимается как надзор начальственный, и административной юстиции; первая обозначается термином juridiction gracieuse, вторая — juridiction contentieuse. Предметом второй является админ. иск, а последний может возникнуть только из администр. акта и лишь из такого акта, который представляется в виде "acte de pure administration ou du pouvoir discrétionnaire". Предполагается, следовательно, что таковой акт нарушил право гражданина, что и служит основанием админ. иску о восстановлении нарушенного права. Право это должно было в момент его предполагаемого нарушения уже существовать (un droit acquis) и этим создавать соответствующую обязанность администрации (une obligation spéciale); таковая же возникает либо из закона, либо из гражданской сделки (contrat, titre)[1]; примером первой может, напр., служить закон о каком-нибудь налоге, примером второй — выступление государства-фиска в качестве частно-правового контрагента.

Деятельность государства, находящая себе выражение в админ. юстиции, называется Майером "превращение свободного админ. акта в определенный и ограниченный или связанный акт"[2], так как разрешение админ. иска связывает администрацию по отношению к праву гражданина, устанавливая известные определенные границы, которые она уже не может более переступать; таким образом оказывается, что одной из задач админ. юстиции является определение границ компетенции каждого отдельного админ. органа (Ueberwachung der Behördenzuständigkeiten). Таковое определение составляло главнейшую задачу админ. юстиции в начале столетия; с течением времени однако все более стала выдвигаться, из-за ее спины, другая — ограждение прав граждан от нарушений админ. актами; в последнем отношении админ. юстиция является для гражданина гарантией закономерности действий администрации.

Французская админ. юстиция различает четыре способа действия админ. судов: 1) процессуальное разрешение админ. иска, подобное судебному разрешению гражд. иска (contentieux de pleine juridiction); это наиболее обширная область админ. процессов, причем сюда же включаются не только вопросы права, но и вопросы факта; таким образом админ. суд получает возможность

[1] Otto Mayer, стр. 102—106. Laferrière, I, стр. 6—10.
[2] Ibid., стр. 110.

контролировать не только закономерность деятельности администрации но и целесообразность ее[1]; сюда входят также и "публичные контракты", как, напр., дела по общественным работам (безразлично при этом, за чей счет работы производятся, государства ли, департамента или общины), казенные подряды и другие обязательства со стороны государства (emprunts, émissions, créances d'Etat, etc.); эта область админ. исков обнимает и споры, возникающие по поводу госуд. повинностей, податей, воин. повинности, выборов к публичным должностям. Здесь выпуклее всего выступает роль гражданина-истца, предъявляющего к государству требование восстановления своего нарушенного права действием или постановлением админ. органа; вследствие этого админ. суд получает возможность входить во все детали спора; рассматривать и разносторонне оценивать спорный админ. акт, применяя при этом главнейшие принципы гражданского процесса, представительство сторон, состязательное начало и т.п., и наконец своим решением устанавливать границы админ. акту, с одной стороны, и праву частного лица, с другой.

2) Вторым способом действия админ. судов является надзор за актами публичной власти, т.е. теми, в которых имеется элемент принуждения гражданина или приказа ему, как, напр., в полицейских и др. обязательных постановлениях; такие админ. акты могут рассматриваться с двух точек зрения, их законности и их соответствия целям закона (le but de la loi, т.е. объективная цель закона, а не мотивы законодателя конечно); в обоих случаях может происходить уничтожение адм. акта (annulement), в первом случае "pour excès de pouvoir", во втором же "pour détournement de pouvoir"; aunulement pour escès de pouvoir может иметь место по трем причинам: pour incompétence (когда адм. орган вышел за пределы рамок, поставленных законом его компетенции), pour vice de forme (когда адм. органом нарушены определения, регулирующие внешним образом его деятельность, напр., условия издания постановлений и распоряжений и т.п.) и pour violation de la loi (когда адм. актом нарушен закон)[2]. Когда же гос. совет найдет, что обжалованный адм. акт не соответствует цели закона, хотя внешние формы и соблюдены, он его отменяет pour détournement de pouvoir. Само собой понятно, что все эти формы адм. исков (как pour excès, так и pour

[1] Ср. Лаферьер, I, стр. 15—17.

[2] Ср. Laferrière, t. II, 496—560; Hauriou, Précis de droit administratif, 202—205; Simonet, Droit public, 155—157.

détournement de ponvoir) являются могучим средством контроля действий администрации, дополняющим общий начальственный надзор, в непосредственных интересах суб. публ. прав граждан; иски эти выросли из факта, практикой доказанного, недостаточности одного начальственного надзора, и вот, из среды последнего, в революционную эпоху стал выделяться такой своеобразный админ. иск[1]; определенную форму он получил в практике госуд. совета, которому этот иск обязан юридической своей конструкцией и отграничением от жалобы инстанционной. Сущность же этого иска состоит следовательно в "надзоре за компетенцией админ. органов в виде админ. иска"[2]. Долгое время существовала юридическая фикция, которая, как и в других областях админ. юстиции, направлена была на ограждение самостоятельности и интересов администрации, а именно: предполагалось, что по рассмотрении такого иска "pour excès de pouvoir" госуд. советом, глава государства, в роли главного начальника всей администрации, отменял админ. акт, который найден был советом незаконным; стало быть, не суд или какое-нибудь независимое от активной администрации учреждение отменяло акт администрации, а сама она, в лице своего главы; в начале XIX в. такая фикция могла иметь и практическое значение; позднее она стала терять таковое, а с 1872 г., когда упразднено было право президента подписывать постановления госуд. совета и установлена была самостоятельность совета, окончательно исчезла и эта функция, также окончательно превратив данный институт в могучее средство защиты прав граждан от нарушений администрации. Во второй половине XIX в. стал приобретать все большее значение и второй из названных двух исков, pour détournement de pouvoir, являясь необходимой дальнейшей стадией развития институтов адм. юстиции, еще более усилив значение последней как фактора ограждения прав гражданина.

3) Третьим способом действия админ. судов является толкование админ. актов (contentieux de l'interprétation); собственно говоря, он также подразумевается и в двух предшествовавших способах, но франц. наука админ. права в данном случае его выделяет как самостоятельную функцию админ. юстиции; практически, взятая в отдельности, она имеет гораздо меньшее значение, чем две предыдущие функции, отличаясь более пассив-

[1] Подробнее об истории этого института см., напр., Otto Mayer, S. 137 u. f.

[2] Ср. особенно с определениями Ducrocq, 197—198; Serrigny, I, 231; O. Mayer, 139; Laferrière, I, 17.

ным характером; она чаще всего выступает в форме преюдициального вопроса, когда суду или администрации для дальнейшего движения какого-либо дела требуется авторитетное разъяснение значения данного админ. акта.

4) Четвертым способом считается функция админ. юстиции, носящая уголовный или дисциплинарный характер, а именно: le contentieux de la répression; здесь имеются в виду, во-первых, не акты администрации, а действия частных лиц, признанные администрацией незаконными, с предъявлением требования их преследования; действия же частных лиц подразумеваются исключительно касающимися ведомства "больших путей сообщения" (grande voirie), куда в настоящее время включаются не только железные дороги, каналы, морские порты, но и некоторые крепостные укрепления, телеграфные линии и некотор. др.[1]; проступки частных лиц, нарушающие министр. постановления в этой области, носят название des contraventions de grande voirie. Однако весьма легко заметить, что по своему существу они вовсе не принадлежат к области админ. юстиции, составляя простые полицейские нарушения. Объясняется этот факт только исторически; ко времени первой революции администрация старого королевства ведала подобные дела; при отрицательном отношении деятелей революц. эпохи к судебной власти они конечно не желали изъять чего-либо из ведения администрации; таким образом за последнею осталась и данная область, по существу своему принадлежащая собственно судам; при выделении же суд.-админ. органов и создании обособленной админ. юстиции, казалось естественным присоединить туда же и вопросы, касающиеся grande voirie. Весьма непоследовательно, но исторически объяснимо, и по сей день франц. ученые отстаивают подобное положение вещей необходимой самостоятельностью государственного имущества; так Лаферьер доказывает это "par le principe d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité et d'inviolabilité du domaine public" (I, 21), как будто все это не может с таким же успехом быть гарантировано ведомством общих судов! Мы имеем в данном случае еще один пример или, вернее, исторический пережиток тех времен, когда целью существования админ. юстиции считалась исключительно защита самостоятельности администт-

[1] Laferrière, I, p. 20.

рации[1]. Вместе с тем это средство в руках админ. судов является одною из существенных связей их соединяющих с активной администрацией, связей, которые составляют, как мы указали выше, один из крупнейших недостатков француз. админ. юстиции.

5) Наконец пятым способом действия админ. судов является разрешение судебно-админ. конфликтов, т.е. споров о пререканиях между судами и админ. органами, так наз. conflits d'attribution; они могут принимать двоякую форму: отрицательную, в тех случаях, когда и суд и адм. орган отказываются принять дело к рассмотрению, и положительную, когда и суд и администрация требуют одновременно одно и то же дело, один и тот же иск к своему рассмотрению. В первом случае собственно нет спора; админ. суд должен лишь указать и помочь этим истцу куда направить его иск. Во-втором случае имеется наоборот спор между судом и администрацией, который также предоставлен админ. суду; с 1872 г. для сей цели создан самостоятельный орган, le Tribunal des conflits; на этом институте также отозвался прежний взгляд на админ. юстицию, как на защитницу самостоятельности администрации; весь порядок разрешения таких конфликтов носит на себе отпечаток стремления дать преимущества администрации перед судами[2]; даже объявление о начале разбирательства такого конфликта отражает ту же тенденцию в словах "le conflit est élevé et la cause est réveudiquée par l'autorité administrative", а никогда не par l'autorité judiciaire! Благодаря специальному характеру таких споров, мы считаем естественным процесс выделения их, и не в одной только Франции, а и во многих других континентальных государствах, в ведомство самостоятельного и отдельного органа, также построенного на началах судебной организации. Процесс в этой области носит тот отличительный признак, что перед таким "судьей конфликтов" не предстоят стороны в том понятии, с которым имеет дело гражданский судья, так как трудно присвоить органам од-

[1] Совершенно непонятно логически, если не принимать во внимание этой исторической подкладки, следующее, напр., рассуждение Лаферьера (I, 21): "Ce principe, qui place les choses du domaine public au-dessus des atteintes de tous, qui incorpore en quelque sorte en elles une part de puissance publique et de souveraineté, donne à la protection dont elles sont l'objet un caractére essentiellement administratif". Приложенная ко всякому другому государству или оторванная от своего исторического объяснения, эта фраза будет совершенно непонятна.

[2] Ср. Otto Mayer, S. 149.

ного и того же государства, хотя и представляющим различные "власти", судебную и административную роль сторон; за ними не может быть признано частного права или интереса, так как весь вопрос вращается исключительно в области публичного права. Думается, в последнем обстоятельстве кроется главнейшая причина выделения и обособления данной функции в ведомство специальных органов.

Такова французская теория админ. юстиции; мы отметили ее достоинства, заключающиеся, главным образом, в чрезвычайно хорошо выработанной и развитой догме административного иска и принципов административного процесса, мы видели и ее недостатки, из которых главные были: 1) все еще имеющиеся остатки связи админ. судов с администрацией, выросшие на прежней, теперь уже отживающей свой век, теории, из которой развилась админ. юстиция в революционную эпоху конца XVIII века, и 2) все еще не обеспеченная полностью судейская самостоятельность и независимость от администрации административных судей.

3
Италия[1]

Итальянское королевство, в своей организации админ. юстиции, во многом существенно отличается от прочих Европейских государств. Немцы его называют "Ein Justizstaat", смысл коего названия мы постараемся выяснить ниже.

Современная итальянская адм. юстиция организована зако-

[1] *Литература*: Salandra, La Giustizia amministrativa nei governi liberi, Torino, 1904: Dubois, Étude sur l'abolition de la juridiction administrative en Italie, Bulletin de la Société de législation comparée, t. II, 1873; Bertetti, II contenzioso amministrativo in Italia secondo la legge 20 marzo, 1865, Torino, 1875; Pintor-Mameli, Competenza giudiziaria e amministrativa e conflitti di attribuzioni, Roma, 1874; Mantellini, I conflitti d'attribuzioni fra le autorita giudiziaria e amministrativa in Italia, t. I, II, Firenze. 1871—1873; Giovanni de Gioannis Gianquinto, Dei conflitti d'attribuzione, Firenze, 1873; Pascaud, La séparation des pouvoirs, Revue gén. d'admin., 1878, III; De Majo. La giurisdizione ed i conflitti di giurisdizione ed di attribuzione, Napoli, 1877; Demurtas Zichina, La giustizia amministrativa in Italia, Torino, 1883: Orlando, Trattato di diritto amministrativo italiano, vol. III; Santi Romano, Principi i di diritto amministrativo italiano, 2 Ed., 1906; Laferrière, Traité de la juridiction administrative, I, p. 68 et s., 1896; Anschütz in der "Kultur der Gegenwart" von Hinneberg, Bd. II, Abt. 8, System. Rechtswissenschaft, 1906, S. 381; E. von Meier, in der Encycl. der Rechtswissenschaft von Kohler, Bd. II, 1904, S. 739.

нами 20 марта 1865 г. и 1 мая 1890 г. (Legge sul contenzioso amministrativo; legge sull'ordinamento della guistizia amministrativa). До 1865 г. в Италии существовала система, почти тождественная системе французской, причем органами админ. юстиции были советы префектур и государственный совет[1]; закон же 1865 г. передал админ. юстицию общим судам, которые и ведают оную в главнейших ее чертах и по сей день[2]; оттого-то немцы и присвоили Италии название eines Justizstaates. Всякий спор или иск о восстановлении нарушенного частного права, со стороны кого бы такое нарушение ни последовало, подлежит ведению общих судов. Таков основной принцип итальянского права, рассматривающий админ. суды как ненужное исключение из системы общих судов; как видим, теория эта является диаметрально противоположной теории, господствующей во Франции.

В шестидесятых годах можно найти не одно предсказание, что новая итальянская система долго не просуществует, что она противоречит всем понятиям, всей истории админ. юстиции и даже основам правового государства (Гнейст); однако предсказания эти не сбылись; даже наоборот, за свое почти полустолетнее существование система закона 1865 г. не только не стала вырождаться или подтачиваться практикой, а, напротив, все более укреплялась и упрочивалась в итальянском правосознании. Этому свидетельством мы приводим дальнейшее законодательство второй половины XIX в.[3] Так, закон 31 марта 1877 г. перенес ведение споров о пререканиях между судами и администрацией (conflitti di attribuzioni) из верхнего админ. органа (госуд. совета) в верхний судебный орган (Римскую кассационную палату); стало быть не администрация, а судебная власть сделана была верхней инстанцией для решения таких споров двух "властей"; для Франции, при все еще господствующем взгляде о необходимости отстаивать самостоятельность администрации от вмешательства судов, такая реформа всегда казалась совершенно немыслимой (как будто суды не представляют собою органов того же

[1] Система эта была перенята при образовании в 1860 г. итал. королевства из королевства Сардинии.

[2] Закон 1865 г., однако, сохранил суд.-адм. функции некоторых специальных органов, как напр., советов нар. просв., воин. повинности, податных комиссий.

[3] Противного мнения E. von Meier, приводящий довольно наивные и вовсе не оправдывающиеся на практике доводы против целесообразности этих итал. теорий; стр. 739—740.

государства и не могут явиться дельными защитниками domaine public!).

Далее, закон 1 мая 1890 г. идет в том же направлении; созданные им новые органы нисколько не предназначены для нарушения системы, господствующей с 1865 г.; совершенно наоборот, они являются новой и параллельной гарантией прав и интересов граждан, нисколько не имеющей в виду установления какого-нибудь обеспечения администрации от вмешательства судов. Закон 1890 г. создал два новых органа: нижнюю инстанцию — провинциальные джунты (Giunta provinciale amministrativa; одна для каждой провинции), и верхнюю инстанцию — 4-е отделение государств. совета [Quarta Sezione del Consiglio di Stato, учрежденное уже в 1889 г. (закон 31 марта 1889 г.)]. Джунты состоят, под председательством префекта, из 2 членов, назначаемых министром вн. д. из числа советников префектуры, и 4 членов, избираемых провинциальным советом. 4-е отделение госуд. совета состоит из президента и 8 членов, назначаемых королем пожизненно и пользующихся всеми гарантиями независимости, установленными для итал. судей. Компетенция этих органов определена законом посредством перечисления подведомственных им вопросов. Их параллелизм с прежней компетенцией общих судов мы усматриваем в том обстоятельстве, что в названный перечень их компетенции включены именно те вопросы, которые по указанию практики не подлежали ведению общих судов; в этом факте явно сказалось стремление законодателя установить еще одну новую гарантию правам граждан. Но и этого мало; при ближайшем рассмотрении компетенции новых органов 1890 г. оказывается, что они предназначены защищать не только права, но и интересы граждан, которые могли бы быть нарушаемы админ. актами; таким образом, напр., компетенция 4-го отделения обнимает собою не только вопросы о превышении власти, нарушении закона (согласно франц. терминологии: recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi et recours pour incompétence), но и рассмотрение админ. исков, предметом которых является утверждение частным лицом о нарушении каким-либо админ. актом его интересов[1].

Закон 1889 г. (ст. 24) создал, однако, одно важное условие для вчинения админ. исков; последние могут быть начаты рассмотрением в админ. суде, лишь когда уже окончательно исчерпан путь жалобы по начальству. Рядом с этим существует и

[1] Подробнее об истории закона 1890 г. и гл. образом об отношении к нему итал. палаты см. у P. Bertolini, Delia Garanzie della legalitá, in ordine alla funzione amministrativa, Roma, 1890.

другое ограничение, подобное французскому — админ. иск может быть вчинен лишь по поводу административного, а не правительственного акта (nel esercizio del potere politico)[1].

Таким образом, мы видим, что теоретически целая пропасть отделяет Италию от Франции, а между тем мы утверждаем, что и в последней уже имеется немало признаков тому, что, хотя и медленно и для самой себя незаметно, Франция все же двигается по тому же пути.

Большие преимущества итал. админ. юстиции составляют, во-первых, совершенное отграничение суд.-адм. функций от функций чисто-административных, во-вторых же, полная судейская независимость ее админ. судей. В последнем отношении можно только возражать против председательства префекта в провинц. джунте, что является единственно несимпатичным элементом итал. адм. юстиции, если не считать еще не вполне выработавшихся принципов админ. процесса; для последнего итал. адм. юстиция по-видимому еще слишком молода; нет сомнения, что хорошие результаты и в этом отношении будут достигнуты в будущем. Некоторым недостатком, наконец, можно считать перенесение функций разбора пререканий на Римскую кассац. палату; если админ. органы в этом отношении могут быть пристрастными, как справедливо указывалось не раз в науке и законодательной практике, то также пристрастными могут оказаться и судебные органы, как, напр., касс. палата.

Пример Италии блестяще доказывает, что общие суды могут справляться с задачей админ. юстиции не хуже во всяком случае, а часто и лучше, чем специальные админ. суды.

4

Англия[2]

Еще большую компетенцию общих судов в вопросах админ.

[1] О других ограничениях, процессуального характера, см. у E. von Meier, S. 739.

[2] *Литература:* Gneist, Das Englische Verwaltungsrecht, 3 Ed.,. 1883; Gneist, Der Rechtsstaat (имеется и в русск. переводе; оценку этого перевода можно найти у Гессена, "Журнал М-ва Юст.", 1897 г., кн. 1, стр. 353); Redlich, Englische Localverwaltung, 1901; Hatschek, Engl. Staatsrecht, I u. II, 1906; Anschütz, in der Kultur der Gegenwart, Bd. II, Abt. 8, S. 377; E. von Meier, Encycl. der Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 735; Laferrière, Traité de la Juridiction Administrative, I, p. 97; Pann, Die Verwaltungs-Justiz, 1876; Hammarskjöld, Om inrättande af en administrativ högsta domstol, 1907; E. von Meier, Über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung in England, in Aegidis Zeitschrift für Deut. Staatsrecht, I, 1867; Pischel, La Constitution d'Angleterre; Glasson, Histoire des institutions politiques, civiles etjudiciaires de l'Angleterre; Boutmy, Le gouvernement local et la tutelle de l'Etat en Angleterre, Revue de l'Ecole des sciences pol., t. I; Гуссаковский, Адм. юстиция, "Журнал М-ва Юстиции", декабрь 1906 г., стр. 80 и след. и 110 и след.

права находим мы в Англии; админ. юстиции там вовсе не существует по той простой причине, что до самого последнего времени не существовало и администрации в том виде, в каком этот термин понимается в континентальных государствах; только с самого конца XIX в., после учреждения Local Government Board, стали появляться новые органы, с чисто-административными функциями. Вполне понятно поэтому, что не могли сложиться и какие-либо теории админ. юстиции; всякий иск или спор гражданина о нарушенном его праве eo ipso подлежал ведению суда; кроме того, следует заметить, что судебные органы Англии не только судят, но и управляют; одним словом, государство это не знало и не знает еще и по сей день разделения властей, администрации от суда; последний вполне доминирует над первой[1]. Вместе с тем этот же исторический фактор является причиной отсутствия в английском праве и другого деления, с которым сроднились прочие европейские юристы, а именно деления права на частное и публичное. Мы утверждаем, однако, и большее. Англии не нужны эти институты континента, у нее нет потребности ни в выделении публичного права, ни в организации особой юстиции, административной. Оба эти института, по нашему крайнему разумению, созданы были политической историей как гарантии свободы гражданина и выросли на почве борьбы за его индивидуальную свободу, против абсолютизма и полицейского государства; между тем Англия пережила эту же борьбу, хотя и в иных формах и проявлениях, за несколько столетий ранее прочих европейских государств и именно потому в XIX столетии представляла собою уже вполне кристаллизовавшееся правовое государство, окончательно победившее принципы полицейского и абсолютного государства[2]; ей оставалось только пережить другой, следующий, процесс — демократизации, что и началось со второй четверти XIX в.

Итак, в Англии админ. юстиции не существует; вся совокупность защиты права находится в руках судебных органов; низшей инстанцией является мировой судья, орган судебный и административный; в его руках сосредоточиваются главным образом функции уголовной юстиции и полиции; в компетенции этой должности нельзя провести никакой разграничительной линии между судебными и административными функциями; наоборот, здесь все перемешано: и уголовная юстиция, и финансовые полномочия, и полиция благосостояния, и чистая администрация. Вто-

[1] Ср. Hatschek, Engl. Staatsrecht, 1906, Bd. 2, S. 609—638.
[2] Ср. Hatschek, Engl. Staatsrecht, 1905, Bd. I, S. 503—522.

рой инстанцией являются периодические съезды (Special sessions and quarter sessions) тех же мировых судей. Как указал еще Гнейст, мы имеем в данном случае не только судебную защиту прав гражданина от администрации, а гораздо большее — применение судебной власти к ведению самой администрации, или "администрацию посредством судебных органов". Еще в XIX столетии господствовало такое полное смешение, причем вся администрация находилась в руках судебных органов; только с 1888 г. (Local Government act) появились новые органы городские и графские советы (town and county councils), но и тогда не было даже попытки провести разграничения двух властей; новые органы можно охарактеризовать как органы хозяйственные по преимуществу, мировые же судьи и по сей день сохраняют рядом с судебными и административные функции.

Такое же смешение этих функций мы находим и в высших инстанциях. Как мировые судьи, так и вновь учрежденные советы подчинены высшему суду (King's Bench Division, часть высшего суда His Majesty's High Court of Justice)[1]; но королевская скамья судит лишь о закономерности деятельности низших инстанций, имея в виду исключительно право, а не целесообразность их актов; и здесь, следовательно, мы видим тоже господство права над административными, как и всякими другими актами, от кого бы они ни исходили, государства ли, его ли органа или частного лица.

Наконец, новый, орган Local Government Board является не высшей админ. инстанцией с начальственными функциями надзора, исправления и т.п., а лишь высшей инстанцией с функциями пассивного надзора, надзирающей над, но не исправляющей решения и действия низших админ. органов, созданных законом 1888 г.[2]

Чтобы ни говорили противники английской системы, одного они отрицать никогда не были в состоянии — над частной жизнью, как и над деятельностью государства в Англии господствуют всегда и везде закон и право[3].

[1] Согласно реформе 1881 г., заменившей этим судом прежние три суда: the Court of King's Bench, the Court of Common Pleas and the Court of the Exchequer.

[2] Подробнее см., напр., Laferièrre, I. p. 104.

[3] Ср., напр., с тенденциозными выкладками Эрнеста ф.-Мейера; в. н. с.; Laferrière след. образом блестяще характеризует это положение: "la compétence générale de l'autorité judiciaire dans tous les cas où l'application de la loi est requise, aussi bien dans les litiges administratifs, que dans les autres; le droit qui appartient au juge, saisi d'une plainte centre un acte illégal, et même contre une inaction fautive, d'adresser à l'administrateur des injonctions ou des défenses"; I, p. 97.

Нам нет возможности и необходимости входить в подробности английской государств. и админ. системы; нам важно было только указать, что государство может прекрасно существовать и без админ. юстиции, что этот институт, следовательно, не является необходимым реквизитом понятия правового государства, но при одном лишь условии — добавим здесь же — существования других и достаточных гарантий правам и свободе граждан. Политическое развитие Англии вот уже третье столетие обеспечивает права и свободу граждан различными другими гарантиями, ergo ей админ. юстиция и не нужна была в XIX в. Можно, конечно, сильно сомневаться, что она когда-либо появится там и в будущем и опять-таки по той же причине — за ненадобностью этой лишней гарантии.

Идея законности слишком могущественна в Англии, слишком всегосподствующа в правовом миросозерцании ее граждан.

5

Бельгия, Голландия, Дания, Норвегия[1]

Англия не стоит, впрочем, одиноко в Европе, как государство,

[1] *Литература: для Бельгии:* Footz, Droit administratif belge; Giron Droit administratif de la Belgique; Romieu, La séparation des pouvoirs en Belgique, Annales de l'Ecole libre des sciences polit., 1887; Laferrière, Traité de la Jurid. Adm., 2 Ed., 1896, p. 85—96.

Для Голландии: Boissevain, Staatsregt van Nederland, 1851; C. M. Davies, History of Holland and the Dutch nation, including an account of the municipal institutions, 1851; L. de Hartog, Gronden der staatsprovinciale en gemeente-inrichting van Nederland, 1900 г.; Его же, Das Staatsrecht des Kön. der Niederlande im Marquardsenschen Handbuch, Bd. IV, Hlb. I, Abt. 4, 1890; W. A. C. de Jonge, Admin. en justitie — s. Grav, 1865; его же, Admin. regtspraak in hoogste ressort voor h. rijk. s. Grav, 1890; Zillesen, administrative rechtspraak, 1880.

Для Швеции: прекрасное изложение истории адм. юстиции и развития судебно-адм. функции, а также проект закона об учреждении адм. суда находим мы у H. L. Hammarskjöld. Om inrättande af en administrativ högsta domstol eller Regeringsrätt, 1907.

Для Дании: H. Matzen, Den danske Statsforfatningsret, Khavn; H. Matzen, Föreläsningar over den danske Retshistorie, Khavn.

Для Норвегии: T. Aschehoug, Das Staatsrecht der vereinigten Kön. Schweden u. Norwegen im Marquardsenschen Handbuch, Bd. IV, Hlb. II, Abt. 2, 1886.

Швейцария. Союзное государство до сих пор еще не имеет центрального адм. суда, но в 1909 г. проф. Флейнер (Fritz Fleiner, Heidel-berg) составил проект такого центрального суда (Obervenwaltun-gsgericht), который будет рассматриваться союзн. законод. органами в зимнюю сессию (1909—1910). Что же касается отдельных кантонов, то там царит чрезвычайное разнообразие систем органов адм. юстиции, причем в некоторых случаях даже законодательные органы функционируют в качеств админ. судилищ.

лишенное специальных органов админ. юстиции; мы приводим названные четыре государства как пример континентальных государств, не имеющих специальных админ. судов.

Бельгийское право признает общим порядком, что всякий правовой спор подлежит ведению общих судов; исключение составляют лишь несколько специальных органов администрации, которым закон придал и судебно-админ. функции; сюда относятся дела: о воинской повинности о выборах, политических и общинных, о денежной отчетности и о прямом обложении.

Не имея общих админ. судов, Бельгийское право, однако, отличается от английского и схоже с французским тем, что проводит разграничение судебной власти от власти административной. В некоторых случаях судебная власть ограничена в своих отношениях к администрации, но последняя далеко не так независима и привилегирована, как во Франции; произошло же это из-за того, что в Бельгии, при создании ее конституции, не было такого страшного недоверия к судебной власти, как то имело место во Франции в революционную эпоху; вследствие этого теория разделения властей нашла себе более справедливое и уравновешенное применение в Бельгии.

Что же касается Голландии, то там господствует принцип компетенции в правовых спорах исключительно одних общих судов; админ. судов вовсе не существует, и всякий иск, судебный или административный, подсуден общему суду, у которого также имеется право рассмотрения вопросов, связанных с политическими правами граждан.

В Дании в самом начале XIX в. признавался принцип независимости администрации от судебной власти; но таковой, с падением абсолютии исчез сам собой, после чего общие суды стали едиными органами, компетентными в разбирательстве правовых споров, откуда бы и как бы последние ни возникали. Существуют, однако, и в Дании некоторые админ. органы, которым в виде исключения закон придал судебно-административные функции. Датские суды нельзя рассматривать как органы, ограничивающие свободу действий администрации; они только охраняют права граждан от незаконных посягательств на них со стороны админ. органов.

Наконец, в Норвегии, хотя и поднимался прежде вопрос об учреждении админ. судов, в настоящее время этим вопросом уже более не интересуются, считая судебную и конституционную гарантии вполне достаточными средствами для ограждения прав граждан; общие суды и в этом государстве одни компетентны в рассмотрении и разрешении правовых споров.

6
Германия[1]

История адмін. юстиции в Германии самая молодая по воз-

[1] *Литература: G.* Meyer, Lehrbuch des Deut. Staatsrechts, 6 Auf., 1905; G. Meyer, Lehrbuch des Deut. Verwaltungsrechts. Bd. I; Löning, Lehrbuch des Deut. Verwaltungsrechts, 1884; Löning, Abhandl. im Verwaltungsarchiv, Bd. II, III; v. Sarwey, Das öffentl. Recht u. die Verwaltungsrechtspflege, 1880; E. v. Meier, Encycl. der Rechtswissenschaft, Bd. II, 6 Aufl., 1904; Otto Mayer, Deut. Verwaltungsrecht, Bd. I, 1895 Anschütz, in der Kultur der Gegenwart, Bd. II, Abt. 8, S. 353 u. f. (в журнале м-ва юстиции был напечатан перевод этой работы; см. № 6 и 7, июнь и сент., 1907 г.,); Gneist, Verwaltungsjustiz-Rechtstweg, Staatsverwaltung u. Selbstverwaltung nach Engl. u. Deut. Verhältnissen, 1869. Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verwaltungsarchiv, Bd. II, 1894; Schmitt, Verwaltungsrechtspflege.

Для Пруссии: E. v. Meier, в. н. с.; Droop, Der Rechtsweg in Preussen, 1899; Stölzel, Rechtsweg u. Kompetenzkonflikte in Preussen, 1901; v. Bismarck, Die Preuss. Verwaltungsrechtspflege, Zeitschr. für Gesetzgebung u. Praxis, Hartmann, 1879, Bd. V; O. Müller, Die Begriffe der, Verwaltungsrechtspflege nach Preuss. Recht, 1895; Anschütz, Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, Preuss. Verwaltungsblatt, V, 390, VI, 593; см. также статьи Anschütz и Schultzenstein в том же Verwaltungsblatt, Bd. IX, № 7, 17 ноября 1900 г. Прекрасную историю появления судебно-адмін. функций у адмін. органов в Пруссии (в доконституционное время) можно найти у E. Löning, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen, im Verwaltungsarchiv (Schultzenstein u. Keil), Bd. II u. III, 1894; Fuisting, Der Rechtsschutz bei der Einkommensbesteuerung in Preussen im Verwaltungsarchiv (von Schultzenstein und Keil), Bd. I (но автор имеет в виду специально лишь адм. иски в области податного обложения); Jastrow, Über die Zuständigkeit des Preuss. Militär-Justiz-Departements und des Obervenvaltungsgerichts für Konflikte in Soldatenprozessen (также лишь частный вопрос об адм. исках по отношению к воин. повинности), im Verwaltungsarchiv, Bd. I; Friedrichs, Die Besonderheiten des Preuss. Verwaltungsstreitverfahrens im Verhältnis zu den Verfahren, welche über andere Rechtsstreitigkeiten stattfinden und ihre Berechtigung, im Verwaltungsarchiv, Bd. VI, 1898, S. 358 u. f.; G. Anschütz, Die im Jahre 1896 veröffentlichte Rechtsprechung des Kön. Preuss. Obervenvaltungsgerichts, in Verwaltungsarchiv (von Schultzenstein u. Keil), Bd. V, 1897; Schultzenstein, Die neuen deut. Prozessgesetze und das Preuss. Verwaltungsstreitverfahren, im Verwaltungsarchiv, Bd. VII, 1899; Коркунов, Адмін. суды в Пруссии, журнал гражд. и уголов. права, 1880 г., сент. и окт., кн. V и VI.

Для Вюртенберга: Schlayen, Verwaltungsrechtspflege m Würtemberg, Hartmann'sche Zeifschr., Bd. VI; v. Sarwey, Das Staatsrecht des Kön. Würtemberg; C. Hohl, Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dec. 1876, 1877; Göz, die Verwaltungsrechtspflege in Würtemberg, 1902.

Для Саксонии; Apelt, Das Kön. Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, 1901; F. Tezner, Verwaltungsrechtspflege mit

расту; но и самая поучительная для политико-государственной оценки этого института. Германские государства обзаводятся этим институтом лишь во второй половине XIX в.; пример показывает, как и в других вопросах либерализма, Баден, учреждающий админ. суды в 1863 г.; только в 70-х гг. за ним следуют другие государства; в 1872 г. организуется Прусская админ. юстиция, в 1875 — Австрийская, затем следуют в 1876 г. Вюртемберг, в 1878 г. Бавария, и позднее других Саксония.

На примерах немецких государств мы опять видим, что появление этого института тесно связано с развитием идей правового государства; Германия усваивает эти идеи позднее латинских государств, а вследствие этого позднее обосновывается и теория админ. юстиции. Заря XIX века застает в Германии еще полное господство полицейского государства; под влиянием Наполеоновских войн и идей, шедших к ней с Запада, Германия однако начинает постепенно перерождаться; цикл революций, который так сильно задел и немецкие государства, нанес полицейскому государству смертельный удар; но как и в других странах, оно не умирает сразу, а продолжает жить рядом и параллельно с новыми идеями конституционализма и в 50-х гг. еще раз даже оживает, вновь доказывая свою живучесть, в период реакции, которую тогда пережили немецкие государства.

Эпоха первой половины XIX в. дала Германии два понятия — идею конституционализма и теорию разделения властей; благодаря им проводится, как и в других государствах, возможно определенное разделение и обособление трех властей по теории Монтескье. Прямым следствием такого разделения был рост и усиление могущества администрации, выросшей в своей силе, думается, до куда более значительных размеров, чем прежде во времена полицейского государства. Весьма много причин содей-

---

Hinblick auf das neue Sдchsische Verwaltungsgerichtsgesetz, Bd, VII der Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden.

Для Баварии: L. A. Müller, Die innere Verwaltung u. die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Hartmann'sche Zeitschr., Bd. V; W. Krais, Das Gesetz vom 8. Aug. 1878,1879; G. Kahr, Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, 1879; Reger, Das Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshotes, 1883; Seydel, Die Verwaltungsrechtspflege in Bayern in den Annalen des Deut. Reichs, herausg. von Hirth, 1885.

Для Бадена: G. Weizel, Das badische Gesetz vom 5. Oktob. 1863 über die Organisation der inneren Venwaltung, 1864; Walz, Badisches Staatsrecht im öffentl. Recht der Gegenwart, Marquardsen, neue Aufl.

ствовало тому: и характер германской расы, и меньшая сила революционного движения, и постоянно жившая в душе немца идея милитаризма, а главное, и меньшая подготовленность государства к идее и принципам государства правового.

Как бы то ни было, но чем более обособлялась администрация от прочих властей, тем она становилась могущественнее, может быть и благодаря тому, что две другие власти еще не успели достаточно окрепнуть. Такой рост силы и могущества администрации, конечно, заставлял ее замыкаться в самое себя, вызывая все большее стремление оградиться от вмешательства других государственных властей, что и было причиной явления, называемого нами периодом реакции 50-х гг.[1] Но эта же реакция вызвала и свою антитезу — возрождение освободительного движения, которое, между прочим, выдвинуло и вопрос об обеспечении гражданина от всевластия администрации.

Мы здесь видим, стало быть, и разницу, которая отличает интересующий нас процесс в его развитии во Франции и в германских государствах; если в первой стране обособление администрации вырастало, в частности, на чувстве недоверия к судам и судебному сословию, то, наоборот, в Германии оно развилось вследствие непосредственного усиления самой администрации; там правовое обособление было создано извне путем закона; здесь оно выросло в самой администрации, которая сама старалась себя обособить; другими словами, во Франции такой рост обособления вызывался гораздо более широкими слоями общественного движения; в нем участвовало там гораздо большее число общественных сил, чем в Германии, а потому и результат был гораздо более прочный и длительный. Только последней причиной можно объяснить тот факт, что во Франции такое обособление администрации в теории и на практике просуществовало около целого столетия, в Германии же только немногим более четверти века. В обеих странах такой принцип осужден был на смерть новой идеей правового государства.

Когда в Германии к концу 50-х гг., реакция начинала становиться уже более невыносимой, ярко выдвинулся вопрос — какие следует установить гарантии для гражданина в обеспечение его от всемогущества администрации?

---

[1] О силе тогдашней администрации и обо всех последствиях сему, злоупотреблениях власти и т.п. см. речи либералов в законод. палатах; в особ. речи знаменитых Гнейста, Ласкера, Кирхмана, Твестена и др.; стеногр. отчеты северогерм. Рейхстага, 1869 г., т. I; также брошюра Ласкера Polizeigewalt und Rehtsschutz in Preussen, 1874.

Весьма скоро, уже к середине 60-х гг., определились в этом отношении два течения в теории государственного права.

Одно стояло за преимущество судебной власти, другое же выдвигало иные гарантии, в том числе и института адм. юстиции. Первое, впрочем, было гораздо старше, как в практике, так и в теории; мы находим применение этой теории на практике уже в § 182 Франкфуртской Конституции 1849 г., установившем исключительную компетенцию судов в разрешении правовых споров; эта же теория господствует с явным преобладанием над другими и в Пруссии в 60-х гг. и находит себе выражение наиболее выпуклое в известном труде Бэра[1]. Но, как сказано, в эпоху 60-х гг. стала выдвигаться и другая школа, предводителем которой был знаменитый Гнейст[2]; мысль последнего заключалась в том, что искомые гарантии для свободы гражданина следует установить не вне, а в самой администрации; им выдвигался целый арсенал доводов в доказательство недостаточности, даже ошибочности другой теории, искавшей гарантий в преобладании общих судов; и по сей день в защиту админ. юстиции немецкой юридической наукой выдвигаются почти исключительно эти доводы Гнейста. В результате оказалось, что победила не первая, а вторая теория (Гнейста); она уже в 1863 г. дала плоды (в Бадене; закон 5 октября 1863 г.), но особенно расцвела в 70-х гг., когда одно за другим германские государства стали строить на ней свои системы админ. судов. К подробностям аргументации этой школы нам придется вернуться немного ниже, теперь же заметим лишь, что основной ее идеей было установление искомых гарантий в среде самой администрации, в ее системе и организации; а таковыми гарантиями должны были быть два и притом весьма тесно связанные между собой принципа: самоуправление и админ. юстиция, т.е. допущение участия населения в отправлении функций администрации и предоставле-

[1] Bähr, Der Rechtsstaat, 1864 г. Бэр имел обширную школу в Германии; в частности ср. Westerkamp, Über die Rechtsverfassung; v. Stengel, Die Übertragung der Verwaltungsrechtsprechung an die ordentl. Gerichte, in Hirth's Annalen des D. Reichs, 1875, S. 1374; Pfizer, Die Reform der Verwaltungsrechtspflege, 1873. Ср. также Гуссаковский, Админ. юстиция, журнал м-ва юстиции, декабрь 1906 г.; Коркунов, Очерк теории админ. юстиции, журнал гражд. и угол. права, 1885 г., кн. I, январь и кн. 9, ноябрь.

[2] Его труды об английском самоуправлении появились впервые в 1860—1863 годах.

ние именно ее органам, а не вне стоящим судам, разрешения правовых споров, возникающих из ее же деятельности.

Важно здесь отметить одно обстоятельство; оба института по понятиям Гнейста и его школы должны были быть тесно связаны между собой; факт этот имел два интересных для нас следствия, одно практическое, другое теоретическое; на практике, при создании во многих немецких государствах админ. судов, оказалось, что низшие инстанции их соединены и тесно переплетены с органами самоуправления, и только верхние инстанции обособились в самостоятельные органы с судебным характером; теоретически же, вследствие теории Гнейста, возник вопрос, чем же собственно принципиально отличается админ. юстиция от администрации, если она составляет как бы часть последней? Долго искала догма; и в большинстве случаев тщетно, ответа на этот теоретический вопрос; только в 90-х гг. нашла теория права ответ на него... в отрицании существования теоретического различия между админ. юстицией и администрацией! И по сей день в Пруссии, да и у многих других германских юристов, господствует эта теория, наиболее подробно развитая у Отто Мюллера[1], гласящая, что админ. юстиция есть лишь специальная деятельность администрации, обособленная от прочего управления тем, что в ней применяются судопроизводственные начала, или другими словами, применение специальным органом к разрешению правового спора административного права состязательного и других принципов судопроизводства[2]. Само собою понятно, что такое отрицательное определение не могло вредно не повлиять на существо этого института германского права; такого результата меньше всего мог ожидать отец этой теории Гнейст; произошел же он вследствие того, что сам Гнейст положил слишком много веры в другой институт, во вторую проповедуемую им гарантию — во всеисцеляющее значение института самоуправления.

Присмотримся теперь ближе к той организации, которую получила начиная с 70-х гг., админ. юстиция в германских государствах.

Во всех государствах (за исключением герцогства Саксен-Кобург-Гота, имеющего одну лишь инстанцию) мы находим не-

[1] O. Müller. Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach Preussischem Recht, Berlin, 1895.

[2] Ср. Anschütz, 348, Georg Meyer, O. Müller, E. v. Meier и многие другие.

сколько инстанций админ. судов: в Пруссии и Баварии — три, в прочих — две инстанции, причем на вышеуказанном основании низшие инстанции повсюду являются одновременно и органами активного управления, что и представляется нам крупнейшим недостатком системы герм. адм. юстиции; в низших инстанциях адм. юстиция действительно не может быть в теоретическом ее определении различена от управления иначе, как "особым образом производства дел" (in der Art des Verfahrens). В некоторых государствах (напр., в Пруссии, Бадене, Гессене) низшие инстанции адм. судов имеют смешанный состав чиновников и лиц, избранных от населения (Laienelement), в других же (напр., в Баварии, Саксонии, Вюртемберге) эти инстанции составлены исключительно из чиновников; все эти инстанции, за исключением одной Баварии, организованы коллегиально, но члены таких коллегий не пользуются необходимой им судейской самостоятельностью, что опять-таки является лишь следствием вышеописанных факторов; гарантии самостоятельности их деятельности, по признанию самих немецких юристов, заключаются только в порядке производства суд.-адм. дел. Иное дело высшие инстанции: члены последних, именно благодаря обособлению этих органов, почти повсюду пользуются судейской самостоятельностью и несменяемостью; вследствие этого получается несоизмеримая разница в положении членов низших судов и положении высших адм. судей; первые почти повсеместно, если не считать избираемых членов этих коллегий, находятся в полной зависимости, как и всякие другие чиновники, от их иерархического начальства, считая в том числе и министров. Противовесом этому не могло быть участие избранного от населения элемента; даже наоборот, как в науке, так и в практике повсюду заметно отрицательное отношение к избранному элементу (Laienelement), как "технически" неприспособленному и негодному; и в данном случае сказалось господство взглядов на необходимость обособления администрации в возможно "самостоятельную власть"; но, думается, этот же пример выдвигает и различие германских взглядов на такое обособление от взглядов французских; первые имеют своей основой соображения практические, "техническую подготовку" админ. деятелей, вторые же все еще строят свои принципы на теоретических выкладках о необходимости разделения госуд. властей. В Германии это имело одно важное следствие; благодаря такому отрицательному отношению к избранному от населения элементу, он нигде в германских государствах не был включен в состав верхних самостоятель-

ных инстанций адм. судов; по свидетельству Аншюца, об этом никогда даже не поднималось и вопроса.

Отдельные системы адм. судов в германских государствах приняли след. формы:

В Бадене, где адм. суды появились ранее всего[1], они имеют две инстанции — окружные советы (Bezirksräte) и админ. суд (Verwaltungsgerichtshof); первые состоят под председательством окружного начальника (Bezirksbeamte), из 6—9 членов, избираемых уездным собранием (Kreisversammlung) и утверждаемых министром вн. д.; второй состоит исключительно из чиновников, пользующихся, однако, с 1880 г. всеми гарантиями судейской самостоятельности; закон 1884 г. распространил компетенцию этого суда на все области админ. права, включая и иски касательно полицейских постановлений; производство дел в этом суде тогда же получило судебные гарантии.

Следующим государством, организовавшим адм. суды, была Пруссия[2]; по закону 13 дек. 1872 г., создавшему прусское уездное управление (Kreisordnung), уездная управа (Kreisausschuss) ведает между прочими функциями активного управления и дела админ. юстиции, в качестве низшей инстанции; уездная управа состоит под председательством ландрата, из 6 избранных уездным собранием членов. Второй инстанцией явилась созданная незадолго перед тем (8 марта 1871 г.) "депутация попечения о бедных" (Deputation für das Heimatswesen), переименованная в "админ. суд" (Verwaltungsgericht); однако закон 3 июля 1875 г. преобразовал это учреждение в "окружные админ. суды" (Bezirksverwaltungsgerichte), по одному на каждый округ (Bezirk), а кроме того, была создана одна общая третья инстанция "Верхнего админ. суда" (Oberverwaltungsgericht); компетенцию этих адм. судов определил закон 1876 г. Система 1875 г. отличается от первоначальной тем, что проводит, по крайней мере для второй и третьей инстанции, определенную границу между управлением и адм. юстицией; это уже составляло существенный шаг вперед; однако порядок этот показался пруссакам неудовлетворительным. 30 июля 1883 г. издается новый закон (называемый

[1] Законы 5 окт. 1863 г., 24 февр. 1880 г., 14 июня 1884 г. Практически сыграл большую роль при создании баденского закона знаменитый гейдельбергский профессор Блюнчли; см. G. Weizel, Das badische Gesetz vom 5. Oktob. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung, 1864, S. 120—125.

[2] Ср. Коркунов, Админ. суды в Пруссии, журнал гражд. и угол. права, 1880 г., сент., кн. V и окт. кн. VI.

сокращенно L. V. G.= Landesverwaltungsgesetz), которым вторая самостоятельная инстанция упраздняется (в виду излишней и ненужной сложности созданного порядка решения суд.-адм. дел!) и функции админ. юстиции передаются наравне с функциями активного управления окружной управе (Bezirksausschuss) наподобие системы низших органов — уездных управ. В течение 1884—1889 гг. новая система постепенно вводится во всех прусских провинциях (последнею была Познань), и к 1890 г. она существует уже повсеместно. Заметим, что закон 1883 г. совпадает с эпохой наибольшего престижа трудов Гнейста, что легко объясняет нам основные принципы этого закона, выдвинувшие на первый план идею самоуправления; но именно этот закон и нанес существенный удар прусской адм. юстиции.

Организация и компетенция уездных управ остались те же, как и в 1872 г.; с ними стали только конкурировать в больших городах городские управы; окружная же управа (Bezirksausschuss) состоит под председательством правительственного президента (Regierungspräsident), из 2 членов, назначаемых королем пожизненно (один из них должен принадлежать к классу чиновников, другой к классу судей), и 4 членов, избираемых провинциальной управой (Provinzialausschuss) на 6 лет из числа посторонних лиц (Laien); верхний адм. суд состоит из президента, президентов сенатов (отделений) и членов; все они назначаются королем пожизненно; половина из них назначается из числа чиновников, другая половина из числа судей; суд этот состоит из 8 сенатов или отделений, причем 3 податных сената в свою очередь делятся на отделения или камеры (Kammern), составляемые из 3 членов каждая; сенаты же имеют quorum в 5 членов. Следует еще заметить, что верхний суд является по преимуществу судом ревизионным, а не только кассационной инстанцией, предметом же его разбирательства может быть исключительно вопрос закономерности админ. акта и никоим образом не его целесообразность; во-вторых, верхний суд является и апелляционной инстанцией для обжалования решений окружной управы (Bezirksausschuss); в третьих, верхний суд в некоторых случаях [напр., при жалобах на действия и постановления правительственных и обер-президентов (Regierungs- und Oberpräsidenten) или при жалобах сих чинов на нарушения законной компетенции, допущенные провинциальным советом, и в нек. друг. случаях] является и адм. судом первой инстанции, и, наконец, в-четвертых, верхний адм. суд является дисциплинарным судом для всех органов и должностных лиц самоуправления или низших адм. су-

дов; в последнем случае опять-таки выступает наружу первенство принципа самоуправления, органом надзора над которым является верхний админ. суд[1].

Круг компетенции прусских адм. судов строго ограничен пределами управления (Verwaltung), но в среде последнего им подведомственные дела могут касаться как вопросов субъект. публ. прав граждан, так и объективного права и даже простых интересов граждан; последнее, напр., имеет место в вопросах водяной и дорожной полиции (Wasser- u. Wegepolizei), школьных повинностей (Schulbau, напр.), некоторых концессий (gewerbliche Konzessionen)[2]; нам думается, что эти последние примеры указывают на дальнейшее развитие админ. юстиции. Соответствующее расширение компетенции прусск. адм. судов мы находим и в другом отношении; общим порядком закон прежде лишь перечислял предметы их ведомства; однако к концу столетия практика судов уже всюду допускала распространительное толкование титулов 4 и 5, принимая, напр., всякую жалобу на незакономерное действие или распоряжение полиции (функция, отчасти похожая на франц. recours pour excès de pouvoir, но толкуемая пока еще гораздо у́же).

Рядом с админ. иском и, так сказать, параллельно ему прусское право знает п порядок инстанционного обжалования, различая между Klage (иском) и Beschwerde (жалобой), а кроме того, имеется хорошо выработанная система начальственного надзора высших адм. инстанций над низшими; последний институт, развивавшийся на почве реакции XIX столетия, вполне отвечает прежним государственным идеалам.

Наконец, следует упомянуть, что органам самоуправления дано право вчинять админ. иски против действий правител. органов надзора над ними, напр., обер или правительственных президентов и бургомистров; но и этим органам также предоставлено вчинять адм. иск против органов самоуправления; эти последние функции превращают верхний адм. суд в своего рода третейское судилище между правительств. органами надзора и органами самоуправления, что создало совершенно своеобразную форму админ. юстиции, выросшую, думается, на почве прежней теории самоуправления, противополагавшей органы последнего, как частноправовые, органам государства, публичным; хотя в наши дни прусская наука и отказалась уже от такого теоретического построения, некоторые остатки ее все-таки еще живы.

[1] Об отношениях прусск. адм. юстиции к самоуправлению см. подробнее у фон-Бисмарка, Die Preuss. Verwaltungsrechtspflege, Hartmann'sche Zeitschrift, Bd. V, 1879, S. 561 u. f.

[2] Ср. E. v. Meier, 750.

Что же касается производства дел в адм. судах, то, как уже сказано было, здесь заложен центр тяжести всей прусской системы адм. юстиции, составляющей справедливую гордость прусских юристов[1]. В админ. процессе нашли себе применение принципы гражданского судопроизводства; мы находим здесь гласность, устность, состязательность; роль стороны в процессе проведена до своей логической крайности, благодаря чему в такой именно роли выступают обер и правительственные президенты, ландраты и др. органы, как представители государства-стороны; только при разбирательстве адм. исков, в которых одной из сторон является орган самоуправления, существует иной порядок, при котором устность заменена письменным производством. Разработанность и хорошие качества прусского админ. процесса во многом обязаны своим появлением вышеуказанной прусской точке зрения, полагающей, что именно процесс и составляет отличительную черту и даже само существо админ. юстиции.

По стопам Бадена и Пруссии пошли и прочие германские государства.

Закон 16 декабря 1876 г. организовал адм. суды Вюртемберга, первой инстанцией которых является уездное управление (Kreisregierung), состоящее из трех членов-чиновников; второй, почти исключительно ревизионной инстанцией является один общий админ. суд (Verwaltungsgerichtshof), часто впрочем действующий и в качестве адм. суда первой инстанции; 2 его члена назначаются из числа членов тайного совета, 2 — из числа членов верховного суда, прочие же назначаются правительством пожизненно из числа профессиональных чиновников. В этом государстве господствует еще большее смешение в компетенции низших органов, администрации с админ. юстицией; различие между ними проводится исключительно на основании различного способа производства дел в одних и тех же учреждениях; бóльшая самостоятельность присвоена адм. суду в тех случаях, когда он действует в качестве суда. первой инстанции.

Два года позднее организованы были админ. суды Баварии (законы 8 августа 1878 и 10 марта 1879 г.); система эта почти тождественна с прусской, за тем исключением, что в Баварии вовсе не участвуют в судах посторонние, не чиновные и не профессиональные лица (Laienelement); низшими инстанциями яв-

[1] См. в особен. труды Отто Мюллера и фон-Бисмарка; критику см. Braunbehrens, Betrachtungen über die Verwaltungsrechtspflege in Preussen, 1878; Graf Huc de Grais, Die Weiterführung der Preüss. Verwaltungsorganisation, 1878; позднее критиком выступает E. v. Meier; S. 752.

ляются окружные (Bezirksämter) и уездные (Kreisregierungen) управления; одни и те же органы ведут дело правительств, администрации и ведают суд.-адм. споры, за тем различием, что в уездных управлениях теперь существуют особые отделения (Senate), специально занимающиеся делами админ. юстиции. Компетенция баварских адм. судов определена законом по способу перечисления, причем вовсе отсутствует какая-либо общая формула, что делает ведомство адм. юстиции весьма ограниченным. К тому же следует заметить, что одни и те же органы располагают и активной властью надзора над другими админ. учреждениями, что также не может вредно не влиять на положение админ. юстиции.

Наконец, последним государством, организовавшим у себя систему адм. судов, была Саксония. Закон 19 июля 1900 г. перенял вюртембергскую систему, также следовательно с отрицанием участия в адм. судах постороннего непрофессионального элемента в качестве судей (Laienelement); это тем более странно, что в самоуправлении этот элемент уже участвует в Саксонии с 1873 г.; не органам самоуправления, как в Пруссии, а правител. чиновникам вручил закон 1900 года суд.-адм. функции; низшей инстанцией являются уездные правител. учреждения (Kreishauptmannschaften); обыкновенно, в админ. делах, учреждения эти функционируют в виде единоличных органов, при разборе же суд.-адм. дел они заседают коллегиально, состоя из гауптмана (Kreishauptmann) и двух чиновников. Верхней инстанцией является верхний админ. суд (Oberverwaltungsgericht). Компетенция саксонских адм. судов также определена перечислением в 10 пунктах закона 1900 г.; перечисление это довольно узко в своем объеме. Следовательно, в общем и в Саксонии адм. юстиция, в организации низших органов, отличается от управления лишь способом производства дел; но в этом государстве такому различию придан и еще один признак — коллегиальности, тогда как в делах активного управления правител. органы функционируют единолично[1].

[1] Германская империя, как таковая, имеет также органы адм. юстиции, не соединенные и не поставленные, однако, в какое-либо взаимное соотношение или общую систему; они представляют собою разрозненные органы, заведующие специальными отраслями управления империи; сюда относятся: das Bundesamt für das Heimatwesen, das Reichsversicherungsamt, das Reichspatentamt, das Kais. Aufsichtsamt für Privatversicherung, и в некоторых случаях das Reichseisenbahnamt, в состав которого тогда включаются члены-судьи. На программу ближайшего съезда германских юристов (Juristentag) поставлен был интересный вопрос — нуждается ли империя в общем имперском адм. суде, и если да, то на каких основаниях такой орган может быть создан.

7
Австрия[1]

Нам остается просмотреть законодательство еще одного государства, хотя и немецкого, но отличающегося от админ. строя только что разобранных германских законодательств.

Во многом можно найти черты сходства истории австрийской монархии с ее немецкими соседками. И Австрии за XIX столетие пришлось пережить почти однородные процессы в ее государственно-политическом развитии; и здесь мы находим к середине века господство реакционной бюрократии, со всеми ее атрибутами и способами подавления гражданина; и здесь, наконец, эта реакция вызывает свою антитезу, выражающуюся в либеральном движении 60-х и 70-х гг.; а среди создаваемых последним теорий и институтов мы находим и админ. юстицию; таковая, как и в Германии, вырастает на почве борьбы индивида с бюрократией и имеет своей целью защиту первого от всесилия администрации; таким образом, значение исторического развития интересующего нас института в Австрии, как и в немецких государствах, носит один и тот же характер; разницу можно указать разве в немного более позднем развитии этого института, как и других идей правового государства в Австрии.

Это последнее обстоятельство имело, однако, одно важное

[1] *Литература:* G. Prazak, Die Rechtsprechung in der österr. Verwaltung und die Regierungsvorlage, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, Hartmann'sche Zeitschrift für Gesetzg. u. Praxis, 1875, Jahrg. I; Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens, 1896; v. Lemayer, Die Verwaltungs-Justiz, Zeitschr. für das Privat- u. Oeff. Recht, herausg. von Grünhut, XXIX (имеется русский перевод бар. А. Э. Нольде, 1905 г.); Lemayer, Drei Gutachten, betreffend die Reform des Administrativverfahrens; Pann, Die Verwaltungs-Justiz in Oesterreich, 1876; Lemayer. Zur Frage der Activirung des Verwaltungs-Gerichts-Hofes, Grünhut'sche Zeitschrift, Bd. I, 1874; Kissling, Reichsgericht und Verwaltungs-Gerichtshof, 1875; Ulbrich, Über öff. Rechte u. Verwaltungs-Gerichtsbarkeit, 1875; Grünwald, Der österr. Verwaltungs-Gerichtshof, 1875; Madeyski, Studien zur Rechtsprechung des Reichsgerichts; Tezner, Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Oesterreich, Grünhut's Zeitschrift, Bd. XXIV (весьма интересное изложение истории австр. адм. юстиции); практика австр. адм. суда издана в сборнике Budwinski, Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes; бар. А. Нольде, Австрийское законодательство об админ. юстиции, журнал м-ва юстиции, апрель 1905 г.; М. Лозина-Лозинский, Админ. суд в Австрии, Вестник права, декабрь 1899 г.; Его же. Адм. юстиция, журнал м-ва юстиции, январь 1907 г.

следствие. Когда старое государство в 1867 г. окончательно пало в Австрии, в Германии, как мы видели, теория адм. юстиции уже находилась в весьма разработанной стадии; труды Бэра, Гнейста и пр. государствоведов уже делали свое дело в смысле прочного обоснования этого института в правовом миросозерцании немца. Вполне естественно поэтому, что Австрия могла воспользоваться для своей новой конституции тем, что в германской теории было уже готово и обработано; этим объясняется, что одновременно с созданием нового государственного порядка в 1867 г., в конституцию включается и учреждение админ. судов. Таковыми явились одновременно два верхних суда: админ. суд (Verwaltungsgerichtshof) и имперский суд (Reichsgericht) (законы 21 декабря 1867 г.). Дальнейшее развитие австрийская система получила по закону 22 окт. 1875 г[1].

Принципами австрийской системы является, однако, целый ряд начал, отличающих ее от германских систем. Сюда относятся: во-первых, то положение, что адм. суд должен быть независим от администрации; поэтому оба адм. суда, в особенности же верхний адм. суд возможно полно ограждены от вмешательства админ. властей; во-вторых, компетенция этих судов строго ограничена одною лишь охраною законномерности; как выражаются австрийцы “Sie behandeln nur die kahle Gesetzfrage”; не вопросы факта интересуют эти суды, а лишь нарушения права (Rechtsverletzungen)[2]; только при нарушении закона имеет гражданин возможность вчинять админ. иск; зато в такой форме адм. иск в австрийском праве признается весьма широко, не будучи ограничен ни одною областью управления; решительно всякое право может быть им защищаемо против решительно всякого админ. акта, от кого бы он ни исходил или в какой бы форме ни возник.

Выпуклою особенностью австр. права является параллельное существование двух верхних адм. судов и полное отсутствие каких-либо низших адм. судов. Верхний адм. суд является исключительно адм. судом, тогда как имперский суд ведает и другие судебные споры; оба они действуют в качестве судов первой и

[1] Текст закона 1875 г. с комментариями см. у Dr A. Pann, в. н. с.

[2] Благодаря этому юристы правильно считают эти суды лишь кассационными, а не апелляционными и ревизионными органами; ср. E. v. Meier, 742; вследствие этого же в Австрии невозможен, напр., иск pour détournement de pouvoir; в нашей литературе австрийская система нашла себе защитника в лице М. А. Лозина-Лозинского.

вместе с тем и последней инстанции, причем друг от друга совершенно независимы.

Члены, президенты и президенты сенатов верх. адм. суда пользуются всеми судейскими гарантиями независимости; quorum сенатов определен в 5 членов; компетенция суда определяется разбирательством адм. исков о восстановлении нарушенного министр. актом права. Ведомство этого суда, таким образом, ясно ограничено посредством этой общей формулы; так, не входят в его компетенцию жалобы на такие постановления администрации, когда сам закон предоставил последней свободу действия или дискреционную власть (так наз. freies Ermessen). Особенного внимания заслуживает независимое положение австр. адм. судей, благодаря которому они заслужили себе полнейшее доверие и уважение населения.

Немного иное положение занимает имперский суд, президент и вице-президенты которого назначаются императором; члены этого суда также назначаются императором, но по представлению обеих палат рейхсрата; при этом неизбежно играет большую роль политический и партийный факторы, что не может не отзываться и на деятельности этого суда; он состоит из 12 членов и 4 кандидатов или заместителей (половина предлагается верхней палатой, вторая — нижней палатой рейхсрата). Зато и компетенция этого учреждения очень ограничена и включает в большинстве случаев лишь политические вопросы, как, например, споры между коронными землями Австрии или землями и империей; далее следуют дела о пререканиях между судами и администрацией (Kompetenzkonflikte) и некоторые другие дела и, наконец, охрана политических прав граждан (по искам граждан о нарушении администрацией таковых их прав, обеспеченных им конституцией); последняя функция, конечно, самая важная для частных лиц и носит характер админ. юстиции. Нельзя, однако, не отметить крупного недостатка охраны этих прав австр. граждан, заключающегося в неподходящем составе имперского суда; политический элемент в нем слишком силен.

Другим и еще более крупным недостатком австр. адм. юстиции является уже указанное нами полное отсутствие низших судов, благодаря чему верхний суд слишком обременен делами. Насколько последний отличается выдающимися качествами, настолько вредно отзывается на деле адм. юстиции только что упомянутое отсутствие низших инстанций.

ГЛАВА ВТОРАЯ
Теория административной юстиции

Сущность института

Предшествующее изложение истории админ. юстиции наглядно рисует нам один очень важный факт — до сего дня не существует единого, общего, скажем, даже обобщающего взгляда на существо института адм. юстиции; можно говорить лишь про прусскую, французскую, австрийскую и т.д. теории, а не про теорию адм. юстиции вообще; мы имеем в этом случае один из самых необработанных и крупных пробелов нашей науки.

Тем не менее, хотя и короткая, история этого института — детища XIX века — нам представляется достаточной для выяснения существа и составных элементов админ. юстиции.

Нам, во-первых, надо отметить, что институт адм. юст. не является вовсе необходимым реквизитом правового государства; в этом нас убеждает строй англо-саксонских и некоторых друг. государств. Во-вторых, история этого института за XIX столетие во всех тех государствах, в которых он только появлялся, ясно указывает на его государственно-политическое значение. Таковое мы уже определили как гарантию суб. пуб. прав граждан от посягательств на них админ. органов; мы видели, в частности, на примере истории Франции, что таковым значение этого института не было первоначально; вначале он предназначался и притом почти исключительно на защиту объективного права (употребляем в данном случай термин немецкого права — öffentl. Recht); только постепенно перерождалась адм. юстиция из института защиты объект. права или на практике — самой администрации и ее интересов, в институт защиты субъективных прав граждан. Но затем история второй половины XIX в. свидетельствует и о бóльшем; из защиты прав граждан институт этот обращается все более и в защиту интересов граждан, что ярче всего выступает в итальянском праве. Обыкновенно, и в частности так было и у нас в России, администр. юстиция вырастала из власти надзора; первее всего, еще в эпоху полицейского государства, развивался и определялся начальственный надзор; этот первый процесс шел неизбежно рука об руку с определением личного управления, с образованием административной бюрократии и с появлением министерского управ-

ления; в частности, опять-таки Россия переживала в эпоху господства у нас принципов полицейского государства именно такой процесс выделения и определения начальственного надзора.

Чем больше обособлялась и укреплялась в своем положении администрация, или, как ее называли в XIX столетии, исполнительная власть, тем бóльшая потребность чувствовалась в создании гарантий для гражданина в ограждение его от подобного всевластия и всемогущества администрации. Революционные эпохи положили центр тяжести такой защиты граждан в создание конституций, политических "свобод", в разделение властей[1] и в реформу законодательной власти на началах народного представительства. Таков был первый шаг; дальнейшая история развития этих принципов конституционализма, однако, весьма скоро доказала, что их далеко недостаточно для обеспечения свободы гражданина; даже наоборот, в большинстве государств, администрация выходила из конституционного перерождения сильно укрепленной и более могущественной, чем ранее[2]; на практике оказывалось таким образом, что положение гражданина становилось иногда даже хуже. Эти факторы, в свою очередь, вызывали новую политическую борьбу, дальнейшее развитие государства; на почве именно этого второго процесса и стала выдвигаться админ. юстиция; в некоторых государствах (напр., германских) она появлялась впервые в других (напр., во Франции) она перерождалась из прежней защиты объект. права в институт защиты субъект. прав. Другими словами, админ. юстиция является политическим институтом истории европейских государств второй половины XIX в.

Таким образом, мы уже здесь можем отвергнуть, как односторонние и вполне недостаточные, теории прусскую и старофранцузскую; адм. юстиция не есть только институт процессуального права[3], она не является лишь способом производства админ. дел или защиты прав государства-фиска (domaine public) или интересов администрации и исключительно публичного пра-

[1] "Равновесие'' властей в государстве считалось гарантией для граждан от подавления одной властью прочих.

[2] См. Лемайер, Админ. юстиция, русск. перевод, изд. журн. м-ва юст., стр. 138 и след.

[3] См. E. v. Meier, O. Müller и мн. др.

ва[1], а есть нечто большее[2]. Но вместе с тем не следует упускать из виду, что админ. юстиция есть лишь одна из многих других гарантий прав гражданина, созданных правовым государством[3]; так, сюда относятся институты судебного процессуального права, развитие админ. права, ставящего все более определенные рамки для деятельности администрации, другие усовершенствования контроля органов управления и все более точные условия их ответственности (порядок обжалования, ответственности, судебной и политической, политическая роль партий и т.д., и т.д.). В зависимости от развития этих других гарантий стоял

[1] См. O. Mayer, Lehrbuch des Deut. Verwaltungsrecht. I.

[2] Среднюю позицию занял v. Stengel, определяя адм. юстицию следующим образом: "Es ist die gerichtliche Entscheidung von Streitigkeiten über Aussprüche und Verbindlichkeiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts in einem geordneten Prozessverfahren", S. 208. Bd. III (1895) des Verwaltungsarchiv (von Schultzenstein und Keil); die Verwaltunzsgerichtsbarkeit und die öffentl. Rechte.

Другую точку зрения защищает Tezner, Über das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, in der Zeitschrift für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, herausg. von Grünhut, Bd. XIX, 1892, S. 376.

Наше определение адм. юстиции, как видит читатель, гораздо шире, чем то, которое В. М. Гессен считает общепризнанным в соврем. доктрине госуд. права (см. его статью Теория правового гос-ва, сборник политич. строй совр. гос-в. том I, 1905 г. стр. 140). В. М. Гессен считает адм. юстицию "призванной к защите субъект публ. прав *путем отмены незаконных распоряжений адм. власти",* это определение узко в том смысле, что адм. суды не только отменяют, но и *толкуют* админ. акты; кроме того, они иногда устанавливают и определяют само субъект. публ. право гражданина в его споре с администрацией; определение В. М. Гессена столь же узко по отношению к адм. юстиции, как подобное же определение, приложенное к юстиции гражданской, ведь нельзя же говорить, что гражданский суд существует только для защиты частных прав "путем отмены незаконных или противоправовых действий частных лиц". Другая обмолвка г. Гессена состоит в утверждении, что таково определение адм. юстиции "соврем. доктриной госуд. права"; в совр. доктрине нашей науки не находится единого и общепризнанного определения адм. юстиции, а имеются лишь отдельные мнения отдельных ученых, и то приложенные не к общему, а к специальному госуд. праву отдельных же государств; это один из виднейших и важнейших пробелов нашей науки.

[3] Ср. Iellinek, System der subjectiven öffentl. Rechte, S. 341.

и процесс развития админ. юстиции; при наличии действительности и силы иных гарантий интересующий нас институт получал меньшее развитие и, наоборот, — не хватало других средств, тогда особенно сильно выдвигалась админ. юстиция; таким порядком, в каждом отдельном государстве история этого института самым тесным образом была связана с появлением и дальнейшим развитием прочих элементов правового государства, выраставшего во второй половине XIX в. из государства конституционного. Момента окончательной победы правового государства на континенте мы еще не достигли, а потому и роль админ. юстиции как известной гарантии прав гражданина также еще далеко не сыграна; совершенно прав и по сей день Лемайер, утверждавший в 1896 г., что дни админ. юстиции еще не сочтены[1]; наоборот, во многих, очень многих государствах админ. юстиция и админ. суды играют выдающуюся роль (таковы почти все германские государства, Австрия, Франция).

Итак, наше определение существа админ. юстиции приложимо ко всем государствам, имеющим этот институт в наше время. Существо ее едино для всех государств, но различны, конечно, ее отдельные конструкции и элементы, находясь в зависимости от других институтов каждого данного государства.

Разделение судебной и административной государственных функций

Долгое время в течение XIX столетия одними из существенных вопросов в этой области считались разграничение понятий судебной и административной (или исполнительной) властей и определение соответствующего места админ. юстиции. Идеал начала столетия заключался в возможно резком разграничении властей; но постепенно жизнь разрушала такие конструкции; на практике всегда и всюду строгое разграничение оказывалось невозможным; жизнью создавались правовые явления, не подходящие в такое прокрустово ложе. Тем не менее почти вплоть до конца века теоретики права стремились отыскать критерий для такого разделения и, в частности, для определения признаков

[1] Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dr. K. v. Lemayer, 1896 (первоначально напеч. в журнале Grünhut, 1895, XXII); это ответ Цорну: Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsarchiv herausg. von Schultzenstein u. Keil, Bd. II, 1894.

отличия суда (Justiz) от администрации (Verwaltung)[1] и в общем... не находили его.

Постепенно, однако, вопрос этот делается все более чисто-академическим, а затем в начале XX столетия начинает даже забрасываться; такое явление вполне понятно, раз появилось сомнение в возможности отыскания принципиального критерия различия суда от управления. Полагаем, мы не ошибемся, если припишем админ. юстиции роль одного из факторов, поколебавших прежнюю уверенность в принципиальном различии суда и управления[2]; админ. юстиция сразу же по своем появлении на свет Божий заняла положение на самой границе, между этими двумя властями, на самой разграничительной черте, и доставила этим теоретикам права первые практические затруднения в решении волновавшего их вопроса. Современные передовые государствоведы вследствие всего этого стали отказываться от розыска таких принципиальных и материальных критериев и довольствуются гораздо более естественными формальными определениями "властей"; так, напр., Аншюц, один из более молодых государствоведов, определяет судебную власть, как "подсудность и деятельность общих судов" ("Justiz ist Zuständigkeit und Tätigkeit der ordentlichen Gerichte")[3], а исполнительную власть — как все то,

[1] В частн., см. Laband, Das Staatsrecht des Deut. Reichs 2 Anfl., Bd. I, S. 676—677, Bd. II, S. 165 u. 343—346: Hänel, Studien, Bd. II, S. 271 и приводимую ими обоими литературу вопроса. Подробное и наглядное изложение литературы можно найти и у Prazak, Die principielle Abgrenzung der Competenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden, 1889, S. 6 u. f.; Iellinek, Das Recht des mod. Staates, 2 Aufl., S. 584 (см. также всю 18 главу); Sarwey, Das öffentl. Recht. 1880, S. 92 u. f.; Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz; Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Tübingen, 1908, S. 513. Названная литература, однако, далеко не исчерпывает всех авторов, занимавшихся этим вопросом; почти всякий труд в области общего госуд. права касается его в той или другой форме. Ср. цитируемую и Еллинека и Сарвея литературу. Гуссаковский, Админ. юстиция, журнал м-ва юстиции, декабрь 1906 г.

[2] Мы, конечно, не хотим этим отрицать ту первенствующую роль, которую в этом же отношении сыграли труды Гнейста, разяснившие германским юристам, что в самой Англии, откуда Монтескье считал, что почерпнул свое учение о разделении властей, такого разделения почти совсем не существует.

[3] Verwaltungsrecht, Justiz und Verwaltung; im Bd. II, Abt. 8 der Kultur der Gegenwart, herausg. von Hinneberg, 1906, S. 339 (рус. перевод см. в журнале м-ва юстиции, № 6 и 7, июнь и сент., 1907 г.).

что остается за государственной властью после вычета законодательной и судебной функций, или, другими словами: управление, говорит он, есть действующая государственная власть ("Die Verwaltung ist die handelnde Staatsgewalt"[1]. Центр тяжести юридич. конструкций госуд. властей этим перенесен в другую область; такая перемена отвечает гораздо более и историческому процессу выделения и обособления "властей" в государстве, так как "исполнительная власть" или управление действительно составляет в XIX столетии, когда этот процесс обособления закончился, тот остаток, который остался за выделением двух других функций, законодательной и судебной.

Для определения существа админ. юстиции в том виде, в котором мы его представили выше, безразлично, к какой "власти" мы будем причислять этот институт — судебной или административной; вышеприведенные факты из истории этого института в различных странах показывают, что в одних государствах админ. юстиция есть функция судебной власти, в других она является функцией администрации, в третьих (напр., в Италии) были времена, когда она принадлежала к области одной власти (до 1865 г. — администрации), и времена, когда она передавалась другой власти (после 1865 г. — судебной), и, наконец, наступал момент, когда она принадлежала обеим властям одновременно (с учреждением суд.-адм. джунт); согласно прежним германским теориям итальян. адм. юстиция должна была каждый раз менять и свое существо; согласно нашему взгляду, существо ее оставалось все время одно и то же, несмотря на эти перемены; она была и продолжает оставаться в Италии, как и в других государствах, гарантией правам гражданина от посягательств на них со стороны админ. органов.

Основные законы или конституция государства могут поручать эту функцию какому угодно органу, существо ее от этого,

[1] В. ц. с., стр. 345 и 346. Подробнее о судьбе теории разделения властей см. ц. в. статью В. М. Гессена, появившуюся в сборнике: Полит. строй соврем. государств, Т. I, 1905 г., "Теория правового государства»; также, Jellinek, Das Recht des modernen Staates. 1900, Bd. I, S. 452 u. f. и приводимую им обильную литературу; во 2-м издании Еллинек дает свое определение на стр. 559; ср. также Sarwey, Das öffentl. Recht, S. 83 u. f. und 112. Последний автор, на стр. 100, делает чрезвычайно меткое замечание, утверждая, что собственно *случай* определял в различных законодательствах разграничительную линию между компетенцией судов и администрации.

согласно нашему определению, не меняется[1]. Так обстоит дело с теорией; практически, однако, необходимо разрешить и другой вопрос: как осуществлять эту функцию в государстве?

Здесь могут быть три ответа: 1) либо посредством поручения ее общим судам (Англия, отчасти Италия, Голландия, Дания); 2) либо поручать ее общим адм. органам (Пруссия, Бавария, Вюртемберг); 3) либо, наконец, создавать специальные органы, так наз. адм. суды, стоящие вне администрации и вне судебной системы (Австрия).

В данном случае вопрос этот решается каждым государством по-своему и, как мы указывали выше, в зависимости от силы, числа и действительности других гарантий правам и свободе граждан от посягательств на них государственных представителей, адм. органов; кроме того, огромную роль играют и общее историческое развитие государства и та стадия этого процесса, в которой данный народ находится.

Только существованием подобных достаточных других гарантий объясняем мы передачу функций админ. юстиции общим судам; эксперимент такой передачи может не удаться, следовательно, в том случае, когда названных прочих гарантий окажется недостаточно, а вовсе не потому, как то силились доказать некоторые теоретики[2], что такой перенос функций админ. юстиции не свойствен существу последней. Таким образом, вопрос о том, какими органами должна быть в данном государстве осуществляемая админ. юстиция, является для нас вопросом частным и чистопрактическим; ответить на него нельзя a priori, а лишь a posteriori, сообразив общее положение данного государственного строя, соотношения различных его политических и социальных сил, оценив гарантии, существующие уже для индивида, их действительность и т.д. и т.д.

Однако в теории, в особенности германской, вопрос этот и до сих пор пытаются разрешить a priori, принципиально.

Присмотримся ближе к перечисленным трем возможным от-

[1] Тогда как Лабанд и некоторые др. юристы, благодаря принятым ими конструкциям, не могли объяснить именно этого постоянства существа адм. юстиции и принуждены были иногда вовсе отрицать ее существование. Ср. в. н. с. Труды Лабанда и Генеля; также, v. Gerber, Grundzüge des Deut. Staatsrechts; v. Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I.

[2] К ним можно причислить, напр., Берлинского профессора Мейера (E. v. Meier).

ветам на интересующий нас вопрос; каждый из них представлен в науке самостоятельной теорией. Начнем со второго; он кажется нам наименее совершенным; теория, его защищающая, которую мы для краткости назовем "прусской", несомненно, уже отживает свой век даже в самой Пруссии, являясь лишь представительницей переходного времени. Объясняется такое ее положение весьма просто; поручение органам администрации разбирательства правовых споров, в которых та же администрация является заинтересованной стороной, не может обеспечивать справедливости и беспристрастности решений в полной мере, какими бы гарантиями процессуальными ни были обставлены эти разбирательства. С другой стороны, нет сомнения, что подавляющее большинство государств, на пути своего развития из полицейского в государство правовое проходили через такую стадию, на которой теперь еще находится Пруссия (отчасти и Россия), когда админ. юстиция осуществляется органами самой администрации; мы видели выше, что основной ошибкой прусских госуд. деятелей было переоценивание в 70-х и 80-х гг. принципов самоуправления, органам которого, между прочим, оказались порученными и функции админ. юстиции.

История последней (в частности, напр., во Франции) ясно выделяет один очень важный процесс — в своем развитии этот институт имеет идеалом постепенное, но неизбежное отмежевание от активного управления (ср., напр., с нападками современной франц. литературы на недостатки положения советов префектур)[1]; чем более органы, ведающие функции админ. юстиции, обособляются и отстраняются от дела активного управления, тем более обе стороны от этого выигрывают; история госуд. совета во Франции доказывает это положение самым наглядным образом; другим примером могут служить органы, ведающие адм. юстицию в Пруссии; по свидетельству беспристрастных немцев, главным недостатком деятельности прусск. адм. юстиции является именно такое соединение в одних руках дел и самоуправления, и полиции, и админ. юстиции. Да иначе и быть не может; даже чисто технически мы имеем в данном отношении две несоединимые деятельности: в одном случае — активное действование (Verwaltung und Handeln), в другом — особый вид правоговорения (Rechtsprechung und Rechtspflege); зада-

[1] В немецкой литературе (в особ. прусской) имеется не один защитник обратного мнения (Ср. O. Müller, S. 82—83), что объясняется своеобразной конструкцией прус. адм. юстиции.

ча полицейского агента весьма далеко отстоит от задачи адм. судьи; но, главным образом, повторяем, при таком соединении этих двух различных областей, в силу вещей, не могут быть обеспечены ни судейская справедливость, ни беспристрастность, ни даже независимость от влияний администрации; именно последнее обстоятельство, напр., выставляется упреком деятельности франц. советов префектур, находящихся под ферулой префектов; то же самое сказывается и на положении прусских органов адм. юстиции, в слабейшей мере и на итал. джунте, и на других подобных примерах вручения законом суд.-адм. функций адм. органам. Такое соединение коренным образом противоречит вышеустановленному нами существу админ. юстиции. Потому именно прусской юридической науке приходится искать этот принцип в другом месте, вследствие чего ей ничего не остается, как настаивать на различии производства дел в одних и тех же органах. Мы же считаем такую стадию положения админ. юстиции лишь переходною, а вместе с тем и показателем, что такое государство еще не достигло всей чистоты и высоты принципов правового государства. Для нас нет никакого сомнения, что какова бы ни была дальнейшая судьба админ. юстиции, одно можно утверждать с уверенностью — развитие админ. юстиции имеет одним из своих идеалов *полное свое освобождение и отграничение от активного управления*.

Таковы роль и значение разобранной теории; сложнее обстоит вопрос с двумя прочими. Уже давно сражаются представители науки за решение следующего вопроса: раз выделив админ. юстицию из среды администрации и обособив ее от активного управления, каким органам поручить ее ведение, судебным ли или специальным, вновь создаваемым для сей цели?

Justizstaat

Существует очень много ученых, считающих, что само существо админ. юстиции (в таком случае обыкновенно определяемое как своего рода правоговорение, Rechtsprechung) не допускает поручения ее ведения общим судам. Аргументы, здесь употребляемые, сводятся главным образом к трем пунктам: во-первых, говорят нам, адм. юстиция имеет дело с админ. спорами и админ. правом, а таковое иногда существенно отличается от гражданского и уголовного права, с которыми имеют дело об-

щие суды, ergo судьи не являются достаточно подготовленными, не всегда достаточно знакомы даже с областью админ. права[1]. Во-вторых, указывается, что общие суды не только не знакомы с админ. правом, но и с админ. практикой, с вопросами факта; судьи зачастую не знакомы вовсе с той обстановкой, в которой происходит админ. деятельность, так как администрация или управление вообще "является более форумом для вопросов факта, чем для вопросов права"; в данном случае находит себе дальнейшее развитие приведенное нами выше определение управления, как "деятельности государства" (Handeln der Staatsgewalt), в области, в которой менее всего применим юридический метод логических дедукций; примерами тому приводится разрешение антрепренеру ставить пьесу, надзор за санитарными условиями постройки домов в городе, издание различных полицейских постановлений; во всех этих случаях юридические знания отступают совершенно на задний план, а требуются прежде всего знания фактической обстановки данного дела, подробностей, обыкновенно мелких и незначительных, известной административной и чисто технической области — и все эти сведения недоступны судье, живущему далеко от фактического мира, в области своих отвлеченных логических понятий[2]. Наконец, в-третьих, утверждается, что поручение админ. юстиции

[1] См. Гнейст, О. Майер, Е. Мейер; также H. v. Schuize, Preussisches Staatsrecht, Bd. II, S. 652. Справедливые возражения против такого взгляда находим мы у O. Müller'a (S. 108 u. f.), указывающего, что и общие судьи зачастую принуждены применять нормы адм. права и что общие суды весьма нередко имеют дело с чисто админ. актами; нет области права, с которой судья не должен бы быть знаком, заключает названный автор.

[2] См. Аншюц, Е. Мейер и др. Как раз во время писания этих строк вновь появилась защита обособления администр. деятельности от юридики; проф. Пилоти (R. Piloty, Würzburg) напечатал статью Juristen und Juristen (Frankfurter Zeitung, 23 Juni 1909, № 172, Er. Morgenbl.), в которой направляет свою филиппику на доказание, насколько для Германии вредно исключительно юридическое образование ее бюрократии; юристы, говорит он, могут быть прекрасными судьями, но будут плохими администраторами, ввиду совершенной противоположности принципов деятельности этих двух родов госуд. органов. Но Пилоти не идет так далеко, чтобы утверждать, что адм. юстиция принадлежит ко второму, не первому роду деятельности; наоборот, хотя он прямо и не высказывается по этому вопросу, можно предполагать, что адм. суды он приравнивает в этом отношении не к администрации, а к общим судам.

общим судам значило бы подчинение администрации судебной власти, или, др. словами, лишение администрации ее самостоятельности[1]; таким образом переносилась бы вся ответственность управления на судей; админ. органы не только лишились бы своей самостоятельности, но и интереса к делу, так как стали бы считать себя безответственными (!) и потеряли бы престиж в глазах общества, которое полагалось бы исключительно на власть судебную; не лучше ли, спрашивают сторонники этого аргумента, и не проще ли соединить в таком случае воедино в одних руках и суд и управление и сделать из местного судьи, Amtsrichter'a, прежнего полицейского, Amtsmann'a, уничтожив таким образом единым ударом созданное последним столетием с таким трудом разделение властей, управления и суда[2]?

Не трудно при даже поверхностном взгляде на эти рассуждения увидеть, что все они носят явный отпечаток политики, а не принципов, и разбиваются уже одним тем соображением, что все англо-саксонские государства не только живут, но и благоденствуют в высшей мере даже, чем континентальные европейские государства, без такого разделения властей и с предоставленной их судьям возможностью соединять в своих руках разбирательство всяких судебных или административных правовых споров и исков.

Из трех приведенных аргументов, конечно, последний является политически наиболее важным. Его обоснование можно найти в том историческом процессе, который развивался в Европе непосредственно после революций, обособляя и усиливая администрацию за счет всех прочих политических и социальных элементов государства. В особенности ярко это выступает в истории Франции, где более полустолетия все усилия как практиков, государственных деятелей, так и теоретиков права направлены были на защиту администрации от прочих "властей" и на создание ей преимущественного положения; и по сей день еще можно найти не один пережиток этой эпохи, а к числу их мы относим и данное рассуждение, столь красноречиво опровергаемое историей админ. юстиции Италии.

Немного бóльшего значения для нас первые два аргумента,

[1] См., напр., Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 91.

[2] Такова точка зрения французской науки; за ней следуют в данном случае и большинство германских юристов. В частн., см. изложение этих теорий у O. Mayer, Theorie des Franz. Verwaltungsrechts, Einleitung.

по существу своему стоящие весьма близко друг к другу; но и они, оговоримся тут же, носят практический, а не теоретический характер. На практике, действительно, может оказаться более удобным создать такую специализацию некоторых судей, создать, другими словами, специальных админ. судей; никто не станет отрицать, что админ. иски во многом отличаются от исков гражданских, что они имеют своим основанием две различные области правовой жизни государства[1], вследствие чего такая специализация некоторых судей может оказаться только полезной; правда, нам могут на сие возразить, что и общие судьи или по крайней мере некоторое их число также могут специализироваться; но первый метод, создание особых судов, проще, естественнее, практичнее... в некоторых случаях. Таковыми случаями мы считаем те государства, в которых, как во Франции, админ. право исторически получило особо интенсивное развитие; французское адм. право технически столь детально и мелочно разработано, что знакомство с ним, с его закоулками и извилинами, в наше время требует, конечно, специализации. Процесс выделения админ. судов в самостоятельную и отдельную от судов общих группу мы таким образом сравниваем, напр., с обособлением торговых или коммерческих судов. Те же государства, в которых админ. право не получило особого развития, могут обходиться и без специальных админ. судов.

Исторически нам представляется следующая картина: некоторые государства в течение XIX в., переживая процесс перерождения полицейского государства в государство правовое, аномально развили и усилили свою администрацию, вследствие чего, в свою очередь, особенно развилось технически админ. право; в этих государствах при окончательном переходе на положение государства правового практичнее всего оказывалось создание специальных админ. судов; другие же государства сумели обойти этот факт внемерного усиления администрации и вследствие этого не развили технически своего админ. права и могли обходиться и без специальных админ. судов.

Думается, в этом историческом процессе кроется одно очень важное для интересующего нас института следствие — админ. юстиция является, может быть, институтом государственного права временным. Сие разрешится, однако, лишь всемогущим Хроносом.

Рассуждения эти подтверждают один чрезвычайно важный

[1] Ср. в. н. ст. проф. Пилоти во Франкф. газете, от 23 июня 1909 г.

факт — админ. иск должен подлежать рассмотрению суда, а не админ. органа, или другими словами, админ. юстиция должна находиться в руках органа, которому была бы обеспечена судейская самостоятельность и независимость. Практические же соображения госуд. устройства и социального и исторического развития каждого отдельного государства уже определяют далее подробности организации этого органа, будь то общий суд, специальное отделение общего суда или специальный суд.

Судоустройство

Вышеизложенное дает нам право прибавить еще один признак к определению админ. юстиции; она всегда должна быть правоговорением, iurisdictio, чем и отличается от активного управления[1]. В тех случаях, когда функции адм. юстиции находятся в руках органов активного управления, трудно провести разграничительную черту между их административными актами и правоговорением (по выражению нем. юристов Verwaltungsdecretur und Rechtsprechung).

Далее, организация такого суд.-админ. органа может быть основана на одном из трех только что приведенных принципов, и каждый из них имеет своих представителей и на практике, и в теории: общие суды компетентны в делах адм. юстиции в Англии, Италии, Дании и т.д.; особые специальные суды существуют в Австрии и германских государствах (верхние админ. суды); специальные отделения общих админ. органов имеются во Франции и Италии. Заметим здесь же, последняя категория суд.-адм. органов носит характер переходный; исторически в таких государствах постепенно выделялись из среды административных органов (а не судебных, что важно) специальные отделения, которые незаметно превращались в независимые судебные инстанции; самый характерный пример тому представляет, конечно, французский государственный совет, история которого повторена была и итальянским госуд. советом. Практика этих учреждений нагляднее всего доказывает, что админ. юстиция может быть обеспечена лишь деятельностью органа, пользующегося положением органа судебного, что по всему своему существу она является “юстицией”, правоговорением, а не управлением. Это же положение доказывается и контрастом, существующим в деятельности суд.-адм. органов большинства государств, между органами низшими и органами высшими; тогда как последние уже почти

[1] Другого мнения Бернацик (Rechtsprechung...); см. ниже.

всюду стали пользоваться гарантиями судейской самостоятельности, первые далеко не всюду приобрели себе таковые гарантии, откуда и проистекают недостатки их деятельности; вспомним лишь франц. советы префектур.

Присматриваясь ближе к принципам организации адм. судов, мы видим, что в подавляющем большинстве случаев они действуют коллегиально; единоличные адм. суды являются редкими исключениями; такой факт объясняется опять-таки лишь исторически, так как принципиально не имеется возражений против единоличных админ. судей первой, низшей инстанции; обособляясь из среды общих админ. органов, суд.-адм. органы получали, как первую судейскую гарантию, коллегиальность состава; так, низшие инстанции адм. юстиции в Саксонии (закон 1900 г.) отличаются именно этим признаком коллегиальности от общеадм. органов.

Иное дело — высшие инстанции адм. судов; здесь коллегиальность представляется нам столь же неизбежно необходимой, как коллегиальность высших инстанций в общих судах; ее необходимость мы обосновываем на тех же принципиальных доводах, уже достаточно подробно выясненных в теории гражданского судоустройства.

Почти все государства, за исключением Австрии и маленького Саксен-Кобург-Гота, имеют несколько инстанций админ. судов. Наиболее подходящей представляется система двух инстанций, низших и верхнего адм. судов; третья инстанция является излишней и имеется по преимуществу в тех государствах (как в Пруссии), где админ. юстиция соединена с функциями самоуправления и отвечает тройственной системе органов последнего. Две инстанции совершенно достаточны для ведения всего дела адм. юстиции, но при этом, как увидим ниже, верхняя инстанция всегда носит сложный характер; она является и кассационным, и апелляционным, а зачастую и ревизионным судом по отношению к низшим адм. судам и, кроме того, судит нередко и в качестве суда первой и последней инстанции.

Другими вопросами организации адм. судов являются способ назначения адм. судей и вопрос участия в суде постороннего не профессионально судейского элемента (так наз. Laienelement). Что касается первого, то в науке наших дней господствует единодушное признание необходимости его полнейшего уравнения со способом назначения судей вообще, с представлением, другими словами, админ. судьям всех судейских гарантий независимости; именно отсутствие таковых является самым темным и

несимпатичным пятном французской адм. юстиции; адм. судьи, как и прочие судьи, должны назначаться пожизненно, пользоваться несменяемостью и подсудностью одним лишь судам; администрация, министры, политика, партии — все в равной мере должны быть отстранены самым решительным образом от влияния на адм. судей[1]; только этим путем может быть установлена беспристрастность решений адм. суда, так как не надо забывать — администрация везде является заинтересованной в деле стороной. Образцовым в этом отношении можно считать закон о прусском верхнем адм. суде, положение членов которого отождествлено с положением членов имперского суда (Reichsgericht, § 128, G. V. G.); члены в. а. суда могут быть смещаемы или лишаемы жалованья лишь постановлением общего собрания верхнего суда; для членов в. а. суда Пруссии действуют также общие принципы дисциплинарного права судебной профессии (так наз. Dienstpragmatik und Disziplinarrecht der Richter[2]). Спорным остается только один вопрос в этой области: откуда следует брать вновь назначаемых адм. судей, из класса ли должностных лиц по профессии, чиновников, бюрократов, администраторов, или из класса судейского, из числа профессиональных судей? Интересно при этом отметить, что оба взгляда защищаются одним и тем же соображением! Одни говорят: необходимо назначать адм. судей из числа профессиональных администраторов, сиречь брать их из класса чиновников, потому что лишь последние знакомы с методами администрации, административным правом, обстановкой деятельности адм. органов и т.д.; судьи в этой области были бы некомпетентны и односторонни. Предпочтительно назначать адм. судей из числа профессиональных судей, говорят другие, потому что только последние знакомы с порядком судоговорения, только они вполне освоились с логическими и юридическими методами судейского дела, наконец, только они одни могут быть беспристрастными судьями в делах, в которых заинтересована сама администрация, тогда как профессиональ-

[1] Еще менее допустимо начальственное отношение органов управления к адм. судам, хотя, к несчастию, и по сей день такие примеры встречаются часто (напр., франц. советы преф.), но подобное отношение убийственно действует на админ. юстицию. Ср. с курьезным взглядом на судейскую независимость админ. судей О. Мюллера. стр. 114.

[2] Ярким примером может служить также система австрийских адм. судов; между имперским судом и верх. адм. судом существует целая пропасть именно благодаря тому, что первый не вполне независим от политики, а второй пользуется такою независимостью (см. выше).

ные чиновники всегда останутся пристрастными к своим прежним коллегам.

Некоторые государства вышли из этого затруднения, определив в законе, что половина судей адм. суда назначается из профессиональных чиновников, другая — из профессиональных судей (см. выше, Германия). Может быть, последний способ назначения представляется наиболее справедливым, так как нельзя не признать цитированные выше мнения сторонников обеих теорий заслуживающими внимания и содержащими долю истины; хотя, в общем, мы полагаем, это вопрос практики и факта, а не принципиального решения a priori; в одном государстве более подходящими являются судебные деятели, в другом — чиновники, в зависимости от исторически сложившихся условий и социального положения обоих классов должностных лиц. Думается, однако, профессиональный административный элемент имеет некоторые преимущества, ввиду его знакомства с системой админ. права и практикой админ. органов, беспристрастность же легко достигается обеспечением адм. судьям независимого и несменяемого положения.

Более трудным является решение второго вопроса — насколько допустимо участие в деятельности админ. судов непрофессионального элемента (Laien); мы полагаем, что решение его должно быть приравнено к участию в том же государстве, уделенному "частному" или непрофессиональному элементу в суде гражданском. Для высших адм. судов мы решаем его отрицательно, ввиду того что верхний адм. суд больше всего имеет дело с правом и юридическими конструкциями; при наличности гарантий судейской независимости высшему адм. суду не требуется такого корректива, как участие непрофессиональных судей в постановке его определений и решений; чем более данный верхний адм. суд специализируется, тем более может только выигрывать практика адм. юстиции; ведь и с назначением адм. судей из числа прочих судей предполагается, что они затем уже специализируются окончательно на админ. праве и что таковая специализация их облегчается их прежней судейской деятельностью; как и в высших инстанциях гражданского суда, так и в высших инстанциях суда административного, участие непрофессионального элемента не только не нужно, но и вредно; нельзя себе представить успешной деятельности такого элемента, напр., в составе гражд. кассационного суда. Иначе, однако, дело обстоит с низшими инстанциями; во многих, очень многих отношениях участие постороннего непрофессионального элемента в

низших адм. судах может представляться желательным; в нем справедливо можно видеть и контроль общества, и помощь экспертов, и корректив непрофессионалов возможной односторонности судей, и даже увеличение независимости адм. суда от правител. и политич. влияний и, наконец, увеличение и укрепление доверия населения к деятельности и беспристрастности этих судов; другими словами, теория в данном отношении повторяет большинство доводов, приводимых в защиту принципов самоуправления, во-первых, и в доказательство пользы участия присяжных и экспертов в гражданском процессе, во-вторых. В некоторых государствах (напр., нек. германских) участие такого непрофессионального элемента является даже главной (если не исключительной!) гарантией самостоятельности и беспристрастности низших адм. судов, которые иначе ничем не разнились бы от простых адм. органов; правда, против участия этого элемента (Laien) в Германии возражают, что они незнакомы с техникой адм. права и деятельностью администрации и таким образом своим участием только тормозят деятельность адм. судов[1], но таковые недостатки во сто крат окупаются вышеприведенными соображениями пользы их участия; низший суд входит иногда в оценку мельчайших фактов админ. деятельности, он должен определять мелочи податного обложения, таксации имущества или доходов, выяснять подробности других повинностей (напр., воинской), призрения бедных и т.д., и т.д. — во всех этих и т.п. случаях участие непрофессионального элемента в составе суда может оказываться весьма и весьма полезным. Особенно же выпукло роль такого элемента выступала в первые времена по учреждении новой системы адм. судов и значительно облегчала установление доверия к ним общественного мнения; такова именно была роль непрофессиональных судей в прусских и гессенских админ. судах в 80-х и 90-х гг. прошлого века.

Административный процесс

Обратимся теперь к административному процессу. Нет никакого сомнения, и это признается как друзьями, так и недругами админ. юстиции, что источником и образцом построений

[1] Ср. полемику ф. Бисмарка с Браунберенсом; v. Bismarck, Die Preuss. Verwaltungsrechtspflege und ihre Reform, Hartmann'sche Zeitschrift für Gesetzg. u. Praxis, 1879, Bd. V; Braunbehrens, Betrachtungen über die Verwaltungsrechtspflege in Preussen, Danzig, 1878.

админ. процесса послужил процесс гражданский[1]; столетние принципы последнего были применены ко вновь родившемуся в XIX в. админ. процессу; в равной мере сие относится и к Франции, и к Италии, и к Германии и к Австрии. Да иначе и быть не могло, если принять во внимание, с одной стороны, их духовное сродство[2], с другой же, — теоретическую разработанность процесса гражданского. Этим объясняется, что многие принципы обоих процессов совершенно тождественны, другие весьма похожи друг на друга[3].

Стороны

Начнем с положения сторон[4]. Сходство с гражданск. процессом состоит здесь в том, что и в адм. процессе имеются две спорящих о праве стороны, различием же является тот факт, что в последнем одною из сторон *всегда* представляется интерес публичный, право публичное, другою же — также *всегда* являются интересы и права частные; в подавляющем большинстве случаев первые представляются адм. органом, действующим при этом не как частное лицо, а именно в качестве государственного органа; на практике почти всегда бывает, что частное лицо является

[1] Ср. M. von Brauchitsch, Die neuen Preuss. Verwaltungsgesetze, herausg. von Studt und Braunbehrens. Чрезвычайно подробно, хотя только применительно к одному лишь прусскому праву изложены принципы адм. процесса у Friedrichs'a, Die Besonderheiten des Preuss. Verwaltungsstreitverfahren im Verhältniss zu den Verfahren, welche über andere Rechtsstreitigkeiten stattfinden und ihre Berechtigung; im Verwaltungsarchiv (von Schultzenstein u. Keil), Bd. VI, 1898, S. 358 u. f. Также Schultzenstein, Die neuen Deut. Prozessgesetze und das Preuss. Verwaltungsstreitverfahren, im Vervaltungsarchiv, Bd. VII, 1899, S. 263 u, f.

[2] Что бы ни говорили по этому поводу пруссаки! Ср. O. Müller, S. 101.

[3] Признаками сходства могут, напр., служить основания, на которых построено участие сторон в адм. и гражд. процессах, представительство сторон при отсутствии признаков дее- или правоспособности, роль, играемая в процессах законными сроками, участие третьих лиц, свидетелей, экспертов, да и самое существо исков гражданского и административного. Самою же главною разницей является, конечно, участие публичного элемента в адм. иске и адм. процессе; в адм. процессе последний всегда налицо, тогда как в гражд. процессе он появляется лишь редкими исключениями.

[4] В нашу задачу не может, конечно, входить подробное исследование админ. процесса, тем более что каждое государство имет свои индивидуальные особенности; мы будем довольствоваться установлением главнейших и общих европ. государствам принципов этого процесса.

истцом, админ. орган ответчиком, но это, конечно, не исключает возможности и обратного соотношения сторон, в котором частное лицо будет ответчиком, а адм. орган истцом. Большинство государств допускает поверенных при разбирательстве адм. исков, франц. же госуд. совет даже обязательно требует для большинства дел участия в админ. процессе особых адвокатов (состоящих при госуд. совете). Затем возможно участие в адм. процессе и более двух сторон, когда, напр., админ. акт одновременно задел различные права целой группы граждан, каждый из коих вчиняет самостоятельный иск или участвует в предъявлении одного общего иска; чаще всего такие случаи встречаются по поводу полицейских обязательных постановлений (касательно, напр., санитарн., строител., водяной, общей полиции).

Истец и ответчик должны быть в адм. иске, конечно, точно определены, дабы суд точно знал, кем и против кого иск вчиняется[1].

Особо важным является при этом вопрос о положении органов самоуправления. В середине XIX века, когда в Европе господствовала теория противоположения органов самоуправления, как частно-правовых институтов, органам публично-государственным, первые могли являться стороною ищущей у или отвечающей перед админ. органом, адм. же иск между частным лицом и органом самоуправления был невозможен; все их взаимные правовые отношения подлежали компетенции гражд. суда и регулировались гражд. правом; наоборот, когда во второй по-

[1] Ср. Tezner, Die Deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, S. 38. G. Anschütz, Die im Jahre 1896 veröffentlichte Rechtsprechung des Kön. Preuss. Oberverwaltungsgerichts, S. 403, im Verwaltungsarchiv (von Schultzenstein und Keil), Bd. V, 1897. Löning, Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, im Verwaltungsarchiv, Bd. VII, S. 41 u. f. v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtbarkeit und die öffentlichen Rechte, im Verwaltungsarchiv, Bd. Ill, 1895, S. 217 u. f. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 113 u. f. Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze, im Verwaltungsarchiv, Bd. XII, 1904.

Граждан. процесс послужил адм. процессу образцом и в вопросах легитимации сторон; за недостатком места мы лишены однако возможности входить в подробности этой области; хорошо разработан вопрос у Ленина, Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, im Verwaltungsarchiv, Bd. VII, S. 59 u. f.

Об участии третьих лиц в адм. процесс см. Kunze, Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, im Verwaltungsarchiv, Bd. I, S. 198; но Кунце имеет в виду лишь прусское право.

ловине XIX столетия органы самоуправления были признаны органами публичными, государственными, возможен стал и адм. иск между ними и частным лицом; обязател. постановление сельской или городской общины может явиться предметом админ. иска в такой же мере, как и обязател. постановление госуд. полицейского органа. С другой стороны, адм. иск невозможен общим порядком между обществом, корпорацией и т. п. и частным лицом. Исключительно с этой же точки зрения может обсуждаться и положение церкви; в одних государствах органы церкви потеряли свой публично-правовой характер, а потому и не могут являться стороной в адм. процессе против частного лица; наоборот, их участие против госуд. органа теперь этим же стало допустимым; в других государствах, в которых церковь является публичною властью, участницей или частью, так сказать, самого государства, возможен адм. иск между церк. органом и частным лицом, но невозможен между церковью и государством.

Спорным является положение дисциплинарной власти; в каком виде допустим адм. иск в делах дисциплинарных? Нам представляется, что участие сторон и в данном случае определяется только что сказанным: одною стороной должно быть частное лицо (безразлично, физическое ли или юридическое), другою — адм. орган, представитель государства или публичной власти; таким образом, когда осуществляется дисципл. власть публичным органом, возможен по ее поводу и адм. иск частного лица к нему; когда же эта власть принадлежит частно-правовой корпорации, возможен адм. иск между ней и государством, но не между ней и частным лицом; наконец, когда частно-правовой характер дисципл. власти вовсе отрицается каким-либо законодательством, возможен адм. иск частного лица к такому органу, обладающему дисц. властью и vice versa, но последний не может предъявить такового государству или другому адм. органу.

Итак, основным положением для нас является участие в адм. процессе с одной стороны частного лица, физического или юридического, с другой же, публичного или адм. органа, представителя госуд. публ. власти.

Как замечено было выше, обыкновенно публичные право и интерес представляются в адм. процессе адм. органом; возможно, однако, что публичное право уполномочивает известным публ.-правовым притязанием частное лицо; в таких случаях адм.-суд. спор будет иметь место между двумя частными лицами, но правопритязания одного будут основаны на праве публичном, правопритязания другого — на праве частном, причем первая

сторона тогда уподобляется в своем положении адм. органу; таков, напр., иск, возникающий из общего полицейского постановления, установившего известные правомочия частного лица, школьной повинностью, постройкой дорог, церквей, школ, причем другою стороной является частное лицо, стоящее вне такого правомочия; объясняется возможность такого иска тем, что одна сторона в нем представляет не свой частный, а публичный, государственный интерес (какой-либо повинности, напр.)[1]. И в данном случае остается, следовательно, противоположение публичного и частного права и интереса, являющееся необходимым реквизитом адм. иска.

Не следует, однако, упускать из виду, что во многих случаях с адм. судами конкурируют и общие суды, в компетенции которых зачастую также входит и адм. иск; таким образом никоим образом нельзя утверждать исключительную компетенцию адм. судов в разбирательстве адм. исков; с одной стороны, ведение адм. судами исключительно только одних адм. исков является далеко еще не осуществленным идеалом; в большинстве государств еще сохранилась примесь функций активного управления в компетенции органов адм. юстиции; с другой же, как только что было сказано, очень часто и гражданские суды ведают админ. иски[2].

Публичный представитель

Положение частного лица, как стороны в адм. процессе, можно вполне отождествить с положением частного лица в процессе гражданском[3]. Положение же другой стороны, представителя публичной власти, неизбежно разнится, благодаря характеру этого особенного представительства; здесь возможны три случая: адм. орган-сторона участвует только письменно в процессе, представлением лишь письменно своих объяснений, сведений, документов и проч.; во-вторых, адм. орган м. б.

[1] Ср. Lemayer, Apologetische Studien, S. 77—79.

[2] Кроме того, может встречаться соединение гражданского с администр. иском в одном и том же деле, причем обыкновенно преимущество в подсудности отдается первому; см., напр., Sarwey, Das öffentl. Recht, S. 648—672. Франц. право особенно подробно разработало эти случаи; см. Laferriére, t. I, livre 3, p. 471,2 éd.

[3] Аналогично с гражд. процессом определяются в адм. процессе и судебные издержки; см., напр., Schultzenstein, Über Kostentragung und Kostenerstattung im Verwaltungsstreitverfahren, bei einer Streitgenossenschaft, im Verwaltungsarchiv. Bd. I, S. 88. u. f.

представлен в адм. суде лично одним из своих членов, законным представителем данного адм. органа и т. д.; в-третьих, интересы этой стороны могут быть представлены не самим адм. органом, а постоянным органом публичной власти, состоящим при адм. суде именно в качестве представителя всех публичных органов и всех публ. интересов данного государства; различные государства приняли ту или другую из этих трех систем, причем последний случай нашел себе еще и то видоизменение, что подобный общий представитель публ. интересов назначается либо ad hoc для защиты данного дела, либо постоянно состоит при данном суде[1]. Последнее положение имеет ту выгоду, что при нем адм. суду не приходится специально заботиться о назначении представителя административной стороны — он уже всегда и ex officio налицо, что также выгодно и в тех случаях, когда в центральном адм. суде обжалуется постановление какого-нибудь отдаленного адм. органа, который не в состоянии сам озаботиться своим представительством. История адм. юстиции знает примеры случаев, когда закон не принял вовсе во внимание такого официального представителя; к организации подобного представительства в таких случаях приступала практика самого адм. суда, восполняя этим пробел закона. Само собой понятно, что такой официальный орган, состоящий при адм. суде постоянно, получает свои инструкции не от отдельных адм. органов, а от их центрального начальства, т.е. высших центральных начальников отдельных ведомств — министров, так как нельзя упускать из виду, что адм. орган является стороной в процессе, представляющей не отдельных должностных лиц, а государственные публичные органы; таким образом, при системе децентрализации или самоуправления, инструкции для данного дела для админ. стороны дает высший местный орган, при централизационной же системе — высший центральный иерархический орган[2].

[1] Прусское адм. право чрезвычайно разнообразно определяет эти вопросы, зная все приведенные нами случаи представительства публ. интересов. Ср. Eccius, Die Parteien im Verwaltungsstreitverfahren des Preuss. Rechts, Hartmann'sche Zeits., Bd. III; v. Massow. Das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen; Kunze, Die Beiladung im Verwaltungsstreit-verfahren, Verwaltungsarchiv, Bd. I; v. Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren vor dem Kreisausschuss. Ср. также Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskratf, § 14.

[2] Такого рода общий орган, в виде особой системы прокуратуры, предлагался в 70-х годах для прусск. адм. судов, но учрежден не был; см. Sten. Ber. des Preuss. Landtags 1875, Abgeordnetenhaus, Anlagen, Bd. I, S. 281. См. § 42 баварскаго закона об адм. судах и ср. комментарии к нему Сарвея, S. 713 и Зейдель, Staatsrecht... II, S. 482.

Чем больше находит себе применение в админ. судах принцип устности, тем, конечно, большая потребность чувствуется в подобных представителях-прокурорах ex officio при адм. судах[1].

Административный иск

Сторона, начинающая процесс в админ. суде, как и в суде гражданском, вчиняет иск. Из этого следует, что адм. суд никогда не должен начинать дела ex officio[2]. С другой стороны, для наличности иска должно существовать нарушение или предположение о нарушении права или правоохраненного интереса[3]. Искание в адм. суде защиты от такого нарушения правоохраненного интереса и составляет сущность админ. процесса[4]. Мы и в данном случае видим, что адм. процесс стоит весьма близко к процессу гражданскому[5].

Исторически адм. иск развивался из жалобы, начальственной

[1] Подробнее о положении сторон в адм. процессе см. Sarwey, статьи об адм. юстиции, напечатанные в Würtemberger Arhiv für Recht und Rechtsverwaltung, Bd. 14, 15, 17 u. 18.

[2] Так как в большинстве государств адм. юстиция вырастала из функций начальственного надзора, то исторически и по сие время у многих адм. судов сохранилось право начинать суд.-адм. дело, ex officio — это тот случай, который в русском праве называется возбуждением дела в порядке надзора (напр., I деп. сената); но само собой понятно, что таковая функция адм. суда не может считаться функцией адм. юстиции, а лишь историческим пережитком одной из функций начальственного надзора.

[3] Спорным может представиться юрид. характер протеста начальственного или надзирающего органа против действий органов низших или самоуправления; но здесь мы имеем лишь переходную форму начальств. или правительств. надзора, а не функцию адм. юстиции.

[4] Этим наш взгляд, согласный с франц. теорией адм. юстиции, разнится от теории 2-й половины XIX в., господствовавшей в Пруссии, с легкой руки Гнейста; согласно последней задача защиты субъект. прав граждан посредством адм. юстиции является лишь второстепенной, как и в уголовном праве и процессе; на первом же плане должна стоять защита публичного права, т.е. права и интересов государства и его законов; такое воззрение основывается на столь любезной Пруссии идее всемогущества современного государства-левиафана и переоценке его интересов в ущерб интересам граждан; этот же идеал отзывался и на теориях уголовного права. Ср. также Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, in den Annalen des Deut. Reichs, herausg. von Hirth, 1884, S. 378 u. f.

[5] Признаком различия является гл. образом "публичный элемент" админ. иска, всегда имеющийся налицо; см. ниже.

и инстанционной; постепенно и незаметно вырастал он из подобной жалобы; этот процесс завершился в момент создания в государстве админ. суда; через него прошли все государства, в которых в настоящее время имеются адм. суды; жалобу инстанционную и по начальству знало уже полицейское государство, как известное средство защиты гражданина от администрации; затем постепенно жалоба получает особые формы, процессуальные гарантии, обособляется от жалобы по начальству, передается ведению специальных органов и наконец превращается в судебно-админ. иск, причем образцом его юридической конструкции служат построения гражданского процесса.

Первоначально, в особенности в полицейском государстве, жалоба носит характер просьбы о милости, даже в том случае, когда имеется нарушение адм. органом права частного лица; при этом безразлично было, жаловалось ли лицо на нарушение его права или только интереса; затем с течением времени защищается все определеннее право частного лица, чем ставятся известные рамки деятельности адм. органов, и наконец эта правоохрана получает уже совершенно ясную форму в создании органов, стоящих на страже правоохраненных интересов граждан и вне администрации — это и есть админ. суды. Отличие современного админ. иска от жалобы инстанционной, по начальству, заключается, стало быть, не только в прибегании к защите специальных, вне администрации стоящих, органов, но и в том, что адм. иск предполагает нарушение правоохраненного интереса, а жалоба по начальству может предполагать нарушение всякого интереса и может содержать не только просьбу о восстановлении права, но и милости, и защиты неправоохраненного интереса[1].

Само собою понятно, что мы не можем провести никакого разграничения в правоохраненных интересах; согласно нашей конструкции всякий правоохраненный интерес, всякое право, каково бы оно ни было, может быть предметом админ. иска,

[1] Примером может служить податное законодательство, устанавливающее известные льготные условия; ссылка на наличность такой льготы может быть предметом адм. иска, ссылка же на другие обстоятельства, в законе не упомянутые, с просьбой их уравнения с законными льготами, может быть предметом лишь жалобы. Но и по сей день в большинстве законодательств не установилось строгого различия терминов “иск” и “жалоба”, Klage und Beschwerde. Такое смешение этих терминов господствует даже в австрийском праве, знающем наряду с этими двумя терминами еще Berufung.

и, наоборот, неправоохраненный интерес таковым быть не может; что же является в данном случае правом, правоохраненным интересом, и что нет, т.е. правонеохраненным интересом, может решаться исключительно на основании законодательства каждого отдельного государства; в одном государстве разграничительная линия между правом и интересом проводится в одном месте, в другом — в ином направлении; так, франц. право признает политические права (так наз. "свободы") субъективным правом франц. граждан, прусское же законодательство отрицает их личный характер[1].

[1] Löning (Verwaltungsrecht, S. 796) определяет иск и жалобу немного иначе; иск, по его мнению, является средством защиты правопорядка, жалоба же — средством отмены противозаконных и нецелесообразных адм. актов (Verfügungen); таким образом, иск дополняет жалобу в тех случах, когда последней недостаточно для охраны правопорядка. Sarvey (S. 112) полагает, что иск защищает субъект. права граждан, а жалоба лишь их интересы; это последнее определение подходить гораздо ближе к центру тяжести вопроса. Наоборот, Гнейст вовсе отрицает различие этих двух понятий и выводит необходимое логическое следствие такому смешению их — отрицая и различие между адм. юстицией и управлением; для него первая есть лишь особая, более действительная (verstärkte) деятельность администрации. Последнее определение сводится к отрицанию всего значения адм. юстиции, исторического, политического и теоретического; результатом же этой теории и являются недостатки современной прусской системы. Прекрасно опровергает Гнейста, на основании теории франц. ад. юстиции, Ленинг, в своей статье Die französ. Verwaltungsgerichtsbarkeit, III, in der Hartmann'schen Zeitschrift für Gesetzg. u. Praxis, 1880, Bd. VI, S. 184—188. Во франц. праве различается, соответственно понятиям иска и жалобы, la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse (последнее слово особенно картинно отражает данное различие); первая юрисдикция имеет своим предметом les droits lesés, вторая же — les interêts froissés. Ср. O. Mayer, Theorie des franz. Verw.-recht, S. 102 u. F. См. об этом же вопросе, Iellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 123. Против него выступал Tezner, System der subject. öffentl. Rechte von Iellinek, in der Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart, herausg. von Grünhut, Bd. XXI, Wien. 1894, S. 120 u. f., 142, u. f. Первый старавшийся определить существо публичного правоохраняемого интереса был Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, in den Annalen des Deut. Reichs, 1884, herausg. von Hirth, S. 321 u. f.; см. приведенную этим автором обильную литературу. Позднее Fuisting, im Verwaltungsarchiv, Bd. IV, S. 301 u. f.; Neumann, Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren-und Steurwesen, in den Annalen des Deut. Reichs, 1886, S. 357,

Админ. иск устанавливает пределы данного судебного разбирательства[1]; он указывает суду границы данного дела, так сказать, индивидуализируя его[2]. Метод индивидуализации адм. иска совершенно подобен соответствующим принципам гражданского процесса; иск должен указать суду то право, нарушение которого предполагается, суд же затем определяет, существует ли данное право и имеется ли его нарушение в данном случае. Дело суда заключается, во-первых, в проверке фактов и доказательств[3], а во-вторых, в применении к ним закона и выяснения

Neumann, Die Steuer und das öffentliche Interesse, 1887; Max Layer, Principien des Enteignungsrechtes, 1902, S. 176 u. f. (Staats- u. Völkerrechtl. Abhandlungen, herausg. von Iellinek u. Anschütz, III); Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, in den Staatsr. Abhandlungen, in der Festgabe für P. Laband, Tübingen, 1908, S.3 u. f. Несколько особо стоит мнение Коркунова (см. его Очерк теорий адм. юстиции, журнал гражд. и угол, права 1885 г., кн. 9, ноябрь, стр. 28), основывающего различие иска от жалобы на "свойствах и последствиях правонарушения", хотя эта мысль им только намечается, но не развивается подробно.

[1] Nemo judex sine actore; quod non est in actis, non est in mundo (об ограничении этого принципа в адм. процесс см. ниже); ne eat judex ultra petita partium (последнее, однако, признается далеко не всеми законодательствами; оно отсутствует, напр., в Баварии и Саксонии). Löning утверждает, что адм. суды связаны двояко: во-первых, содержанием иска, во-вторых же, законом установленными для них рамками компетенции; Verwaltungsarchiv, Bd. VII, S. 54; объясняется такое справедливое замечание тем, что современные законодательства далеко не все адм. иски вручают ведению адм. судов, оставляя многое в руках самой администрации и передавая некоторые адм. иски ведению общих судов.

[2] Следует заметить, что в одних законодательствах иск может вчиняться параллельно с жалобой по начальству, в других — один исключает другую, в третьих, наконец, вчинение иска возможно только, когда инстанционное обжалование по начальству уже исчерпано и доведено до высшей возможной инстанции. Последний принцип обосновывается тем соображением, что только после решения по делу высшей адм. инстанцией можно считать адм. акт окончательно установленным и, значит, только тогда можно его опротестовывать в суд.

[3] В способе оценки доказательств и фактов дела адм. суд свободнее суда гражданского, так как он может сам добывать доказательства и факты, в чем сказывается публичный элемент адм. иска; некоторые авторы справедливо видели в данном отношении скорее сходство адм. суда с судом уголовным и процессом каноническим, также не связанными доказательствами, приводимыми сторонами.

этим путем, имеется ли в данном деле правоохраненный интерес или нет и нарушен ли таковой.

Что же касается следствий адм. иска, то здесь мы находим в различных законодательствах большое разнообразие принципов; общим началом является лишь одно: в случае адм. суд найдет наличность правонарушения, он восстановляет нарушенное право; но способы восстановления весьма различны; в одних законодательствах админ. суд лишь отменяет адм. акт, бывший источником правонарушения, предоставляя остальное усмотрению администрации; в других он может заменять такой акт новым; наконец, в-третьих, он даже не имеет права отменять адм. акт, а лишь указывает администрации на происшедшее правонарушение.

Принципы административного процесса

Вышеуказанная задача адм. суда осуществляется весьма различными процессуальными средствами; даже основной принцип движения процесса не находит себе единого и общего определения; так, в одних государствах господствует следственный, в других состязательный метод, в третьих — метод смешанный, наконец, имеются и защитники инквизиционного принципа[1]. С нашей точки зрения общей теории админ. процесса можно говорить лишь об идеалах; предпочтение мы отдаем, конечно, принципу состязательности перед всеми прочими.

Нам представляется, что процессуальные принципы, следственный и инквизиционный, являются отзвуком ранних времен истории админ. юстиции, когда на первом плане стояли интересы публичные, государственные, все равно защиты ли администрации как таковой (франц. право) или публичного права (öffentl. Recht прусского права), вследствие чего админ. процесс неизбежно уподоблялся скорее уголовному, чем гражданскому процессу. Мы едва ли ошибемся, если поставим историю перехода теорий адм. процесса к состязательному принципу в зависимость от развития новой идеи преобладания в адм. юстиции

[1] Защитником последнего является, напр., M. Eccius; ср. разнообразие мнений: Gneist, v. Bismarck (защитники следств. метода), v. Stengel, Löning, Sarwey (S. 719 u. f.) (защитники состязат. принципа), и т.д. Такие же споры и разногласия находим мы и во французской науке.

идеи защиты частных прав. Чем развитее является данное админ. процессуальное право, напр., в функционировании высших адм. судов, тем больше находит себе применение состязательное начало[1].

Но существует и один важный отличительный признак адм. процесса; адм. суд, общим правилом, вовсе не связан необходимостью личного участия спорящих сторон при рассмотрении дела; так наз. заочные решения находят себе несравненно более широкое и частое применение в административном, чем в гражданском процессе; такое положение является необходимым следствием участия в админ. иске элемента публичного, который и отличает его от гражданского иска. Рядом с этим и в тесной с ним связи находится и другой признак различия двух процессов, адм. и гражд., состоящий в способе добывания фактов в подтверждение или опровержение иска; тогда, как в гражданском процессе имеют значение исключительно только те факты, которые приводятся сторонами, в адм. процессе суд гораздо более свободен в оценке и в подыскании фактов, что объясняется также публичным его элементом. Вследствие указанного различия, админ. процесс в юрид. литературе иногда сравнивался со старым каноническим процессом и правом и уголовными судами; в особенности часто примером приводятся брачные процессы канонического права[2].

Принцип инквизиционного производства мы считаем неприменимым к админ. процессу по той причине, что положили основой оного иск; у адм. судьи нет обязанности ex officio начинать обсуждение правомерности данного админ. акта; когда отсутствует иск, нет и адм. разбирательства.

Весьма тесным образом связан с только что упомянутыми принципами другой основной принцип адм. процесса, также, впрочем, не находящий себе общего признания, ни в теории, ни на практике; мы имеем в виду устность. Чем большее рас-

[1] Сравнение применения состязательного принципа во франц. и прусск. праве можно найти у Ленинга, Die franz. Verwaltungsgerichtbarkeit, III, Zeitschr. für Ges. u. Prax, Bd. VI. S. l00 u. f.

[2] См., напр., Zorn, S. 115; Schulte (Kirchenrecht, 3. Aufl., S. 498); Stengel, Wörterb. d. Verw.-R., II, S. 715; Löning, Verw.-R., S. 824, oder Hartmann'sche Zeitschr., VI. S. 312; Bernatzik, Rechtsprechung, S.56: и др. Ср. также бавар., австр. и франц. законодательства, касательно адм. процесса. О франц. праве, в особ., см. Laferrière, I, p. 328 et s.

пространение находит себе принцип состязательности в админ. процессе, тем eo ipso все более распространяется и начало устности. Большею частью последнее уже водворилось (хотя и не без исключений) в верхних адм. судах; в большинстве же низших адм. судов и по сей день еще господствует противоположное начало письменности. Да и в верхних адм. судах, как только что было замечено, письменность никоим образом нельзя считать не только вытесненною, но даже и вымирающею. Этому сильно способствуют два обстоятельства; во-первых, вышеуказанное частое применение заочных решений, во-вторых, и тот факт, что далеко не во всех государствах и не во всех адм. судах принят институт официальных представителей админ. стороны, а в таких случаях, админ. органам только слишком часто приходится прибегать в своей защите к письменному методу изложения своих прав и интересов. Благодаря публично-правовым особенностям адм. процесса, мы сомневаемся, чтобы в нем принцип устности нашел себе когда-либо и в будущем такое же широкое применение, как в процессе гражданском; мы полагаем письменность, в адм. процессе будет всегда играть гораздо бóльшую роль, чем в гражданском суде[1]. Очень часто принцип устности поставлен в законодательствах в зависимость от частной воли и желания сторон.

Наконец, принцип гласности должен находить себе применение и в адм. процессе наравне и в сходной мере с процессами гражд. и уголовным; чем больше гласности, тем действительнее контроль общественного мнения над деятельностью администрации; мы имеем в данном случае одно из самых могущественных политических средств надзора за администрацией. Интереснее всего отметить, что противники гласности в адм. процессе имеют в виду именно этот фактор (напр., Цорн) и ратуют за ограничение гласности во имя поддержки престижа власти; эта песенка слишком хорошо известна русским гражданам, чтобы на ней приходилось долго останавливаться. Принцип гласности необходим адм. процессу в той же мере, как и процессу уголовному и, думается, даже в большей мере, чем процессу гражданскому, принимая во внимание публичный элемент адм. иска. Почти во всех законодательствах он признается

[1] Благодаря этому некоторые законодательства вовсе отрицают применимость принципа устности к админ. процессу. Франц. право признает устность процесса в гос. совете в весьма ограниченном размере; см. Laferriére, I, p. 331.

довольно полно, и к чести адм. судов следует добавить, что ими он поддерживается еще в более полной мере. Результат же этот следует приписать тому моменту и факту, когда адм. суды, в частности высшие, обособились от администрации и заняли независимое вне ее положение.

Что касается института отвода судей, то в адм. процессе применяются те же принципы, как в процессе гражданском; адм. судье также запрещено судить дело, в котором он лично заинтересован или в котором участвуют его родственники или близкие ему лица. Следует, однако, заметить, что законодательства (даже французское)[1] весьма недостаточны в этом отношении; большинство из них обходит вопрос даже совершенным молчанием, вследствие чего данному принципу пришлось развиваться путем судебной практики.

Наконец, решения адм. судов вступают в силу совершенно тождественным образом с решениями гражд. судов. Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis acceptit[2].

Следует еще отметить, что в подавляющем большинстве законодательств суд.-адм. споры в области податного обложения производятся в адм. судах особым порядком, со значительными процессуальными упрощениями. Объясняется это обстоятельство несколькими соображениями; некоторые законодатели нашли эти споры наименее важными, другие считали их наибольшими количественно и наименьшими качественно; наконец, третьи в этой области сохраняли порядки, установившиеся в

[1] См. Löning, Franz. Verwaltungsgerichtsbarkeit, III, Zeitsch. für Gesetzg. u. Pr., Bd. VI, S. 194 u. f. Для прусского права см., напр., O. Müller, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege, S. 114 u. f.

[2] Для нас нет никакого сомнения, что идеалом правового значения приговоров адм. судов должен быть принцип гражд. права, что и адм. суд jus facit inter partes, а не inter omnes, как то силятся доказать Гнейст и его слишком усердные ученики, вроде Цорна. Наше построение адм. процесса и в этом отношении уподобляет его частному, а не публичному праву (противного мнения Bernatzik, Rechtsprechung, S. 189 u. f.; Zorn, Kritische Studien, S. 124 u. f. и нек. др.). Немного иначе решает практика большинства адм. судов вопрос о приостановке исполнения адм. акта, оспариваемого вчиненным адм. иском; большинство этих судов такой приостановки не допускает, предоставляя лишь гражданину, в случае уважения его иска, право на соответствующее вознаграждение; австрийский, прусский и баварский законы, напр., весьма категоричны в этом отношении; мы имеем в данном случае лишний пример воздействия на адм. процесс его публично-правового элемента. Также, Франция, Laferrière, I, p. 333.

эпоху, когда адм. юстиции еще не существовало; суд.-адм. функции появлялись впервые именно в этой области, вследствие чего в таких вопросах почти повсюду успела сложиться довольно прочная традиция. Подобные отступления мы находим во франц. праве, и в праве германском и австрийском.

Таковы главные принципы адм. процесса; в общем, можно заметить, что эти начала и по наше время еще недостаточно точно регулированы законодательствами, вследствие чего многое, очень многое приходится восполнять судебной практике; именно в последнем отношении некоторые высшие адм. суды (французский госуд. советъ, австрийский и прусский высшие адм. суды) играют выдающуюся роль в установлении основ и принципов админ. процесса.

Компетенция административных судов

Нам необходимо теперь рассмотреть вопрос о компетенции административных судов. Здесь в первую голову, конечно, приходится обратить внимание на два чрезвычайно важных положения; мы имеем в виду разграничительные линии между админ. юстицией и администрацией, с одной стороны, и общими судами, с другой. Мы уже не раз указывали, что по причинам историческим и политическим на практике всех без исключения европейских государств, знающих данный институт, таких строгих и определенных линий разграничения не проводится. Разрешение вышеназванных положений мы, следовательно, можем получить лишь отвлеченно-теоретическое, указав тот идеал, к которому стремятся, в их историческом развитии, отдельные законодательства. Отсутствие ясно определенных разграничительных линий вызывает господство смешения в компетенции адм. судов самых разнообразных функций, иногда вовсе не принадлежащих даже к области адм. юстиции; с другой стороны, во многих государствах существуют судебно-админ. функции, которые и по сие время не соединены еще в едином ведомстве адм. судов, а находятся в руках органов активного управления. Все это как нельзя более затрудняет разрешение вопроса, об определении компетенции адм. судов вообще[1].

Пределы ведомства адм. юстиции мы определяем согласно вышеизложенному нашему принципу существа этого института. Мы можем, таким образом, установить идеальное положение: раз существует система самостоятельных админ. судов, в их исключительном ведении должно быть сосредоточено рассмотрение

[1] Ср. Sarwey, Das öffentl. Recht, S. 107, 112, 405 u. f.

админ. исков. Но, как сказано, этот идеал еще очень далек от осуществления в европейских государствах.

История последнего полустолетия, однако уже, настолько двинула вперед разработку, практическую и теоретическую, институтов адм. юстиции, что вопрос этот начинает понемногу разъясняться.

Нам следует отметить два важных процесса в этом отношении; с одной стороны, выделились из ведомства адм. юстиции некоторые прежде тесно с нею связанные функции, образовав самостоятельные правовые институты; такова история финансового контроля, создавшая особые учреждения в роде франц. Cour des comptes, таков процесс выделения в особое ведомство "конфликтов" или споров о компетенции (пререкания) между судами и администрацией, очень часто также сопровождаемый созданием специальных учреждений (напр., франц. Tribunal des conflits). С другой стороны, в самом ведомстве адм. юстиции стали все более определяться отдельные функции.

Начнем с последнего процесса; во главе систем адм. судов стоит, конечно, французская, как самая старшая по времени; уже одно это обстоятельство достаточно для объяснения гораздо бóльшей разработанности институтов франц. адм. права в сравнении с другими законодательствами. Франц. система в наше время делит ведомство адм. судов на четыре категории функций: 1. le contentieux de pleine juridiction, состоящий в ведении вопросов факта и права, в равной мере; 2. le contentieux de l'annulation, заключающий в себе ведение вопросов лишь одного права; сюда входит знаменитый франц. институт recours pour excés de pouvoir, составляющий справедливую гордость французов; 3. le contentieux de 1'interprétation, подразумевающий одно только толкование адм. актов, и 4. le contentieux de la repression, содержаний в себе весьма значительный уголовный элемент. Такое деление французского права, выросшее и объяснимое лишь исторически, нуждается в существенной теоретической поправке; начать с того, что последняя функция, репрессивная, вовсе не подходит под ведомство адм. юстиции; мы уже упомянули, какими историческими факторами объясняется ее включение в компетенцию адм. судов; само собою понятно, что репрессивный, уголовный элемент вовсе чужд админ. юстиции, согласно нашему определению, и подлежит исключению из этой области[1].

[1] Прусское законодательство весьма последовательно устраняет вовсе всякий уголовный элемент из ведения адм. судов; ср. Anschütz. S. 364. Впрочем, и в Пруссии были сделаны попытки присвоения адм. судам репрессивных функций, в виде права налагать "полицейские наказания", но таковые попытки успеха не имели; подробнее см. Schultzenstein, Über Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit, im Verwaltungsarchiv, Bd. XI, 1903, S. 149 u. f.

Немного иначе решается вопрос о дисциплинарной власти адм. судов; ограждая судейскую самостоятельность, подавляющее большинство законодательств, предоставляет ведению самих судов дисциплинарный надзор за судьями, сосредоточивая его обыкновенно в руках высшей судебной инстанции; но само собою понятно, что, напр., дисципл. надзор за гражданскими судьями не имеет ничего общего с ведомством гражданского суда, представляя собою лишь политический элемент организации судебных мест; именно в таком виде переняла этот институт и адм. юстиция; и в этой области законодательства обыкновенно вручают, в целях обеспечения самостоятельности положения адм. судей, дисципл. надзор за ними высшему адм. суду государства; и в данном случае, стало быть, мы не имеем функции ведомства адм. юстиции, хотя и признаем, в отличие от предыдущей функции, политическую необходимость ее сохранения в компетенции адм. судов.

Что же касается выделения толкования законов и адм. актов (l'interprétation) в самостоятельную функцию, то мы отказываемся принять теоретические доказательства тому франц. права; да и сами франц. юристы, по-видимому, колеблются в этом отношении[1]. Действительно, весьма трудно найти принципиальные основания выделения толкования адм. актов в самостоятельную функцию; историческое происхождение contentieux de l'interprétation находит себе объяснение во франц. теории строгого разделения властей, так как чаще всего выступает в форме преюдициального решения; когда общий суд, напр., встретит сомнение в толковании закона или админ. распоряжения, то обращается в адм. суд с просьбой разъяснить смысл данного акта и выяснить, насколько могут быть им ограничены или нарушаемы частные права и интересы[2]; таким образом, это вспомогательная функция, являющаяся скорее подвидом одной из главных функций адм. судов, существо которой также определяется надзором за закономерностью актов администрации. Другим подвидом является иск о превышении власти (recours pour excès de pouvoir); и в данном случае мы имеем тот же надзор за закономерностью актов администрации; иск этот лишь предполагает частный случай, превышение адм. органом своей законом установленной компетенции или власти[3]; рассматривая такой иск,

[1] Ср., напр., Laferrière, I, p. 19.

[2] Чаще всего подобные примеры встречаются в делах о подрядах и контрактах казны.

[3] Подробнее об истории и литературе этого иска см. у O. Mayer, Theorie des französ. Verwaltungsrechts, 1886, S. 137—147.

адм. суд устанавливает точные границы компетенции данного адм. органа и гарантирует таким образом гражданину его свободу, права и интересы от незаконного вмешательства администрации[1]; и здесь для наличия иска должны существовать, с одной стороны, адм. акт, с другой же, предположение о нарушенном частном праве, с тем лишь дополнением, что самое нарушение состоялось вследствие превышения власти со стороны адм. органа.

Итак, доводы наши сводятся к признанию во франц. праве всего двух главных функций адм. судов, принадлежащих, по своему существу, к области админ. юстиции; pleine juridiction, предполагающая судебное рассмотрение вопросов и факта, и права, и вторая функция (de l'annulation, de l'interprétation et pour excés de pouvoir)[2], имеющая в виду рассмотрение одних вопросов права. Если мы сведем, таким образом, ведомство франц. адм. судов к этим двум функциям адм. юстиции, то увидим, что и теория германского и австрийского права весьма близко подходит к тому же определению; затем окажется, что и итальянское и др. европейские законодательства стоят весьма близко к этому же определению. Действительно, в одних случаях, адм. суды выступают лишь в качестве органов надзора за закономерностью актов администрации, в других, ими разбираются адм. иски и адм.-суд. споры по существу. Германское право (как и австрийское) обозначило эти две функции терминами: Cassatorische Entscheidungsgewalt (для первой) und meritorische Gewalt (для второй)[3]. На практике всех государств, за исключением

[1] В конструкции этого иска яснее всего выступает различие, установленное франц. правом между droit lesé et interît froissé. Ср. с приводимой О. Майером литературой: Ducrocq, Serrigny, Cabantous, Foucart и др.

[2] Имеется, впрочем, форма последнего иска, принадлежащая к первой группе функций, также предполагающая рассмотрение дела по существу, а не только кассационным порядком; это, так наз., вопрос о détournement de pouvoir.

[3] Наиболее ярко теория этих двух функций развита была в эпоху, когда в Австрии создавался верхний адм. суд; теоретики, наравне с практиками-законодателями, подняли тогда этот важнейший вопрос, быть ли новому адм. суду простой кассационной инстанцией или более того? Против второго положения возражали, конечно, что оно подорвет авторитет, значение, свободу действия и т.д., и т.д. австрийской администрации. Ср. P. Keller, Bedenken gegen die Anträge der Regierung zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, 1874, и ответ ему Lemayer'a, Zur Frage der Activirung des Verwaltungsgerichtshofes, Grünchut'sche Zeitschrift, Bd. I.

Австрии[1], адм. суды не могли удержаться в более тесных рамках одного кассационного принципа; повсюду, кроме Австрии, ведомство этих судов вышло далеко за пределы кассац. разбирательств суд.-адм. споров и исков.

По отношению к инстанциям адм. судов, функции их распределяются следующим образом: низшие адм. суды в подавляющем большинстве случаев не решают дел окончательно; объясняется такой факт опять-таки исторически, отсутствием доверия к низшим судам, несамостоятельностью их положения, связями с активной администрацией и т.д. Вследствие этого общим порядком повсюду и по всем делам допускается апелляция на их решения в высшую инстанцию (обыкновенно, как мы видели, существуют только две инстанции адм. судов); деятельность же высших инстанций проявляется в четырех формах, как апелляционная, ревизионная, кассационная и первой инстанции[2].

Что же касается предметов, которые могут подлежать разбирательству адм. судов, то тут мы встречаем чрезвычайное разнообразие. Некоторые законодательства, как, напр., французское, слагались в этом отношении исторически, причем подробности вырабатывались судебно-админ. практикой; последняя в настоящее время различает две категории дел, подлежащих ведению адм. судов: одни подлежат их ведению по своей природе или сущности (par leur nature), другие — вследствие определения закона (par la détermination de la loi); французские юристы часто заявляют, что эти два признака совершенно достаточны для определения всей области адм. юстиции; однако при ближайшем рассмотрении ведомства франц. адм. судов сразу бросается в глаза его разношерстность и пестрота; эти признаки настолько неопределенны, что не дают возможности определить ведомство адм. юстиции не только a priori, но и для французского права в частности; приходится волей-неволей прибегать к подробному разбору франц. суд.-адм. практики; так, напр., теоретически нет никакого основания различать дела, возникающие из прямого и другие, вытекающие из косвенного обложения, а между тем адм. иск по поводу первых вчиняется в адм. суде, иск же по поводу вторых — в суде общем; это далеко не единственный пример; еще

[1] В австрийской теории существует крупное разногласие на счет целесообразности такого ограничения верх. адм. суда; защитниками его являются Lemayer, Kissling, Pann и др., противниками— Koller, Grünwald, Schmitt и др.

[2] Термины мы эти заимствуем из гражданского процесса, без изменения их значения.

более тонкое и только исторически объясняемое различие находим мы в подсудности дел, касающихся субъективных публичных прав (напр., les droits civils, les questions d'état et de capacité civile и нек. др.)[1]; далее, франц. адм. суды ведают чрезвычайно много исков, вытекающих из фискальных отношений государства, из тех дел, в которых государство участвует в качестве частного предпринимателя; как известно, эта область (du domaine public) составляет одну из самых разработанных частей франц. админ. права; но и в ней мы не находим никаких принципиальных разграничительных линий, которые могли бы определить a priori подсудность дела или иска админ. суду.

Немного лучше обстоит вопрос в германских государствах; в большинстве из них, как и в Австрии, изданы были особые законы о подсудности адм. судов (Zuständligkeitsgesetze, или Z. G.; для Пруссии, напр., от 1 авг. 1883 г.), в которых законодатель постарался определить возможно точно ведомства этих органов. Но при ближайшем рассмотрении и эти законы являются далеко не исчерпывающими; практика адм. судов повсюду вышла за их пределы. Система таких законов может быть двоякая, либо перечисления дел, подсудных адм. суду (напр., прусский и баденский законы), либо общего определения (т. наз. Generalklausel, напр., австр. закон), либо наконец обоих методов одновременно (напр., вюртемб. и сакс. законы); само собою понятно, что на практике первый метод, перечисления, оказывался самым недостаточным, третий же является в виде переходного или временного способа, при котором частенько можно найти затаенную мысль законодателя об ограничении, хотя бы предметном адм. судов. Общая формула, однако, имеет свои недостатки, состоящие главным образом в трудности подыскать заранее такие выражения и формулировку, которые вполне отвечали бы требованиям суд.-адм. практики; преимущество же такого метода вполне очевидно состоит в несоизмеримо большей свободе действия адм. судов; недаром к нему принуждены были прибегнуть с течением времени даже те государства, которые первоначально думали держаться исключительно энумерационной системы; так, Пруссия законом 30 июля 1883 г. допустила общее определение для всех дел, касающихся полицейских (местных и уезд-

[1] Ср. с перечислением у Laferiérre, I, livre III. Весьма интересную картину компетенции фр. адм. судов дает Ленинг, Die franz. Verwaltungsgerichtsbarkeit, II, in der Hartmann'schen Zeitschr. für Ges. u. Pr., Bd. VI, 1880, S. 12 u. 193.

ных органов) постановлений, а законами 24 июня 1891 г. и 14 июля 1893 г. — другую общую формулу, относительно дел прямого обложения (подоходного и дополнительного налогов); то же самое случилось и в Бадене, где полицейские постановления и дела по прямому обложению также переданы были общей формулой ведомству адм. судов. Кроме того, в отличие от Франции, в германских государствах вовсе не подсудны адм. судам: во-первых, дела фискальные (дела, в которых государство вы-ступает частноправовым контрагентом, подлежат всегда ведению общих судов, согласно § 4 введения к закону о гражд. судопроизводстве; Einf.-Ges. z. Z. P. O.), во-вторых, дела, содержащие уголовный элемент, также подсудные исключительно общим судам.

Итак, и германское законодательство, хотя гораздо более определенное и систематизированное, чем законодательство французское, не дает нам материала для общего критерия о компетенции адм. судов или для общего определения ведомства адм. юстиции; мы можем, следовательно, выставить не более как pia desideria этой области. Идеалом была бы, конечно, подсудность адм. судам исключительно одних адм. исков; другим идеалом было бы отстранение от ведения таких исков всяких других органов государства, если не признана будет для данного государства более желательной передача и этих исков, наравне со всякими другими, ведению общих судов; стало быть, требуется во всяком случае отстранение органов администрации от ведения адм. исков.

Пределы административного иска

Затем остается другой весьма важный вопрос — насколько допустим адм. иск, в каких пределах следует установить право гражданина вчинять иски вследствие действий администрации, другими словами, каковы должны быть юридические границы адм. иска. Вопрос этот о пределах адм. иска самым тесным образом связан с другим — каковы пределы свободы действия (или согласно техническому термину “дискреционной власти”) администрации.

Отношение законодательств к этим вопросам весьма различно, но в общем может быть подведено под три категории случаев: в одних закон прямо запрещает администрации некоторые действия, предоставляя этим самым гражданам возможность иска о восстановлении нарушенных администрациею подобных норм закона (таков, напр., франц. иск pour excès de pouvoir), в дру-

гих случаях закон не ясен, оставляя вопрос о свободе действий администрации в тумане; тогда выступает роль адм. суда, как толкователя и закона и административного распоряжения, определяющего, с одной стороны, границы деятельности администрации, с другой же, правоохраненность интересов частных лиц; и наконец, в-третьих, возможен случай, когда закон прямо устанавливает для данного случая свободу действия (или дискреционную власть) администрации (немцы называют это das freie Ermessen der Verwaltung, французы же — le pouvoir discrectionnaire de l'administration).

Именно этот последний вопрос о дискрец. власти администрации являлся наиболее часто камнем преткновения в теориях адм. юстиции[1]. В исторической же перспективе он нам представляется гораздо более простым, раз от него отделить его политический элемент. На заре истории адм. юстиции, как зако-

[1] Нем. литература характерно назвала этот вопрос quaestio diabolica. Касательно этого животрепещущего вопроса см. Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1888 (первоначально в Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIX, S. 326); Bernatzik, Grünhuts Zeits., Bd. XVIII, S. 148; Lemayer, Apologetische Studien, S. 94 u. f. (первон. также у Grünhuts, Bd. XX, 1895); Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in den Staatsrechtlichen Abhandlungen in der Festgabe für P. Laband, Bd. II, Tübingen, 1908, S. 446 u. f.; Prazak im Archiv für öff. Recht, Bd. IV, S. 582; Madeyski, Studien zur Rechtsprechung des österr. Reichsgerichts; O. Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, Archiv für öff. Recht, Bd. 21, S. 1 u. f.; Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse, in den Staatsr. Abhandlungen in der Festgabe für P. Laband, Bd. II, 1908, S. 3 u. f.; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, 2. Aufl.. 1895; Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preussen, 1901; O. Mayer, критика книги Бернацика, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. I, S. 721; Iellinek, System der subject, öffentl. Rechte, S. 189 u. f.; Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, § 4, S. 36 u. f.; Tezner., Die deut. Theorien der Verwaltungsrechtspflege, S. 221 u. f.; Iellinek, Das Recht des mod. Staates, S. 564 u. f.; v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, 2. Aufl. 1906, Bd. I, S. 590, Bd. III, S. 412; O. Mayer, Deut. Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 164 u. f.

И в русском праве вопрос этот является чрезвычайно важным (подробнее см. выше гл. о сенате). В русской литературе см. интересные статьи Н. П. Лазаревского, Право 1900 г., № 41 и 42, "Административное усмотрение", М. Лозина-Лозинского, Право 1901 г., № 3 и 4, "Поверка дискрец. распоряжений адм. судами", и ответ на эти последние статьи Лазаревского, в № 12 Права того же года.

нодатель, так и практик-администратор, а за ними и ученый-юрист, как мы видели, сильно боялись в чем-либо ограничить свободу действий администрации; им казалось, что чем такая свобода шире, тем лучше обеспечено было "благо" государства, на деле же — "интересы" правящих классов. Именно такая точка зрения и привела в Европе к созданию могущественной административной власти. Между тем, как мы уже не раз указывали, главнейшей политической задачей института адм. юстиции и была борьба с этим ростом могущества администрации; силою необходимости, благодаря этому институту адм. юстиции пришлось столкнуться и с принципом свободы действия (дискрец. власти) администрации; чем шире развивался первый, тем более стеснялась последняя[1]; с течением времени рамки дискрец. власти органов администрации становились все уже и уже. Исчезнуть совсем из адм. права это начало свободы действия адм. органов, однако, никогда не может; как уже давно установлено наукой адм. права, с этой свободой действия слишком тесно связано все существо адм. власти, задачей которой является не только "исполнение законов", как то думали в XIX столетии, но и творческая деятельность во многих областях общественной жизни. Последнее обстоятельство приводит некоторых ученых[2] даже к совершенному отрицанию возможности каких бы то ни было рамок или ограничений дискрец. власти администрации; само собою понятно, что такая крайность является скрытным отрицанием правового контроля многих (гл. образом политических) актов администрации и потому, с нашей точки зрения, совершенно неприемлема.

Итак, для нас нет сомнения, что одной из главнейших задач адм. юстиции является и в данном случае judicium finium regundorum[3]; адм. суд, своими решениями, устанавливает границу между полномочиями администрации и правами гражданина.

---

[1] Ср. Н. Лазаревский, Админ. усмотрение, Право, № 41, 1900 г., стр. 1904.

[2] Напр., Zorn, Kritische Studien, S. 143.

[3] Аналог. определение см. у Лемайера, Apologet. Studien, стр. 94. Своеобразное определение дает Еллинек (Das Recht des mod. Staates, S. 568); он устанавливает два признака дискрец. власти: 1) наличие права инициативы адм. органа и 2) определение законом его компетенции "правами", а не обязанностями; полагаем, что это определение совершенно верно, как описание внешнего положения дела, но не дает нам объяснения сущности дискрец. власти и отношения к ней адм. юстиции.

Было время, когда теория государственного права думала найти признак различия между судебной и административной функциями в названной дискреционной власти, приписывая таковую, как отличительный признак исполнительной власти. Последующая литература конца XIX столетия доказала, однако, что и судье уделяется всеми законодательствами и притом довольно-таки обширная свобода действий и определений[1]; с другой стороны, институты правового государства, как сказано, все более ограничивали правовыми рамками дискрец. власть админ. органов; таким образом в результате оказалось, что дискрец. власть всех государственных органов, как административных, так и судебных, по существу своему одна и та же; и в том и в другом случаях она определяется рамками, поставленными ей данным законодательством[2]; таковые рамки, однако, весьма часто определяются современным государством довольно-таки широко[3].

Именно в последнем факте и лежит опасность для правового государства; если рамки дискрец. власти администрации слишком широки и неопределенны, то исчезает для гражданина существеннейшая гарантия правового государства, отличающая его от государства полицейского, гарантия, заключающаяся в том, что деятельность администрации всегда и во всех случаях определяется и ограничивается ясными и точными правовыми рамками или нормами.

Соображения эти дают нам путеводную нить для определения отношений адм. юстиции к принципу дискрец. власти администрации. Вопрос этот на практике и в теории расчленяется на две части, с нашей принципиальной точки зрения, впрочем, теснейшим образом между собой связанные. С одной стороны, стоит вопрос об определении внешних пределов дискр. власти, где она начинается или кончается, с другой же — необходимо знать, может ли и в какой степени адм. суд преступать эти пределы и входить на территорию самой дискр. власти, т.е. вторгаться в ту область, которая данным законодательством отведена “свободе действия” администрации.

Первоначально оба вопроса разрешались отрицательно; ад-

---

[1] Ср. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, и приводимую им литературу; у нас, напр., Бугаевский, Право, № 41, 1909 г.

[2] Ср. Anschütz, Preus. Verwaltungsblätter, 22, S. 85.

[3] Ср. с теориями так наз. государств, социализма и выводами, к которым пришел проф. Новгородцев в своей недавно изданной книге “Кризис современ. правосознания”.

министрация была в обоих отношениях забронирована от вмешательства кого-либо постороннего; она сама определяла пределы своей деятельности, сама была судьей своей дискр. власти и ревниво защищала свою свободу действий от всякого постороннего контроля. Но, как мы видели, с течением времени обстоятельства изменились. В первом отношении можно считать установившиеся окончательно доктрину и практику адм. судов, признающие за адм. судами несомненное право обсуждать и разрешать вопрос о пределах и дискрец. власти, устанавливая этим ее внешние границы, определяя, где она начинается и кончается[1]; даже прусский верх.-админ. суд признает за собой таковое право; против этой доктрины восстают и по сей день только некоторые германские ученые старой школы, считающие, что контроль пределов дискрец. власти администрации принадлежит исключительно одной последней; но взгляд этот несомненно отживает свой век, являясь только известным пережитком прежних времен[2].

Не столь определенно разрешается второй вопрос, насколько адм. суд имеет право вмешиваться в самые пределы Sancta Sanctissima деятельности администрации, ее дискрец. полномочия. Здесь мы имеем несколько доктрин, пользующихся признанием теории и практики адм. юстиции в различных государствах; вопрос этот сводится собственно к тому, имеет ли адм. суд право проверять не только законность адм. актов, но и их внутренний смысл, цели и мотивы, которые преследовала администрация при их издании. В данном случае имеются, во-первых, две крайности, а во-вторых, учения, стоящие посреди их; франц. адм. право и практика гос. совета признают за адм. судом право проверять те цели, которые администрация имела в виду при издании данного адм. акта, отменяя таковой, если цель не соответствовала закону (le but de la loi) (так наз., annulement pour *détournement* de pouvoir, в отличие от annulement pour excès de pouvoir)[3]; противоположной крайней доктриной является начало

---

[1] Ср. Stier-Somlo, Das freif Ermessen in Rechtsprechung u. Verwaltung in den Staatsrechtl. Abhandlungen, in der Festgabe für P. Laband, Bd. II, 1908, S. 504; Fleiner, Einzelrecht u. öffentliches Interesse (в том же сборнике), Bd. II, S. 7 u. f.

[2] Интересную параллель в этом отношении составляют взгляды Цорна, с одной стороны, и более молодых ученых, Штир-Сомло и Флейнера, — с другой.

[3] Laferrière, t. I, 1. III. ch. 3, 2 éd., 1896. См. также Лазаревский, Правовой контроль над дискрец. полномочиями администрации, Право 1901 г. .№ 12; в короткой и ясной форме изложена у автора эта доктрина франц. права и выяснены значения терминов “détournement de pouvoir” и “le but de la loi”.

австрийского права[1]; в большинстве германских государств господствует средняя точка зрения, допускающая исключения из теории австрийской в пользу теории французской. Доводы защитников австрийской доктрины[2] сводятся к указанному уже стремлению оградить администрацию от вмешательств посторонних ей органов; по мнению этих юристов, одно правительство в качестве главы администрации имеет право определять цели и политику последней; "за неправильное пользование дискр. полномочиями адм. органы отвечают перед высшим правительством".., а частные лица могут искать удовлетворения лишь жалобой по начальству, "par voie gracieuse"[3]; der O. V. G. Hof behandelt nur die kahle Gesetz-Frage, говорят австрийцы. Однако даже австр. суд не в состоянии держаться таких узких рамок, будучи на практике принужден их преступать[4]; законы же и суды других государств по той же причине откровенно признали исключения из такого строгого правила[5]; и чем дальше идет время, тем эти исключения становятся обильнее и обширнее.

Чаще всего дискрец. полномочия встречаются в праве полицейском[6], а иногда и в податном законодательстве в случаях, когда последнее устанавливает лишь максимум и минимум обложения[7]; это две весьма существенные области, затрагивающие самые живые интересы граждан и нуждающиеся в действительной и прочной охране; отстранение судебного контроля за действиями администрации в этих областях представляется нам вслед-

[1] Закон 1875 г. запрещает австр. админ. суду входить в рассмотрение таких вопросов. Таково же постановление вюртембергского закона.

[2] Таковыми являются, напр., Tezner, Zorn, а у нас М. Лозина-Лозинский ("Проверка дискрец. распоряжений адм. судами", Право 1901 г., № 3 и 4).

[3] Ср. М. Лозина-Лозинский, Право 1901 г., № 3, стр. 132—133.

[4] Сам М. Лозина-Лозинский, защитник австр. теории, принужден был признать этот факт; ср. Право 1901 г., № 4, стр. 180. Попытку подробного определения того, в каких случаях и каким образом австр. адм. суд может принимать к своему обсуждению вопрос о дискрец. актах администрации, можно найти у Exel, Das Verfahren vor dem österr. Verwaltungsgerichtshof.

[5] Ср. прусское и баварское право (напр., баварск. закон 8 авг. 1878 г., ст. 31).

[6] Ср. Fleiner, S. 9 und 13.

[7] В этих пределах рамок закона администрация свободна облагать гражданина; по австр. доктрине след. последнему предоставлялось бы лишь право искать судебной защиты для проверки соблюдения адм. органом этих рамок.

ствие этого и опасным и несправедливым по отношению к гражданам. Те два факта, с одной стороны, что ни одно законодательство и даже практика австр. адм. суда не смогли удержаться в узких рамках австрийской доктрины, с другой же, что чем дальше развивается институт адм. юстиции, тем ближе он подходит в данной области к теории французской о détournement du pouvoir, служат нам сильнейшим подтверждением нашему утверждению, что контролю админ. судов по принципу и согласно существу современной админ. юстиции должны подлежать всякие адм. акты, в том числе, следовательно, и дискреционные распоряжения администрации, и не только с точки зрения внешнего их соответствия закону, но и соответствия внутреннего, цели закона (во французском смысле этого термина). При определении вопроса, не нарушено ли данным админ. актом право гражданина, адм. суд не должен быть стесняем какими-либо искусственными рамками, за пределами которых администрация могла бы считать себя свободной от судебного контроля ее действий. Практика франц. гос. совета, несомненно, ближе всего подходит к этому идеалу.

Публичный элемент административного иска

Перейдем теперь к определению, каков тот "публичный элемент" админ. иска, о котором нам приходилось упоминать выше[1]. Его наличие определяется тем фактом, что в качестве одной из сторон в адм. процессе, как мы видели, необходимо участвует администрация или админ. орган. Адм. юстиция, имеющая своею главною задачей охрану субъективных прав, косвенно служит и поддержке объективного публичного права; здесь нам важно отметить два признака: во-первых, в отличие от прежних времен (напр., первой половины XIX века) такая поддержка объективного права или государственного правопорядка отступила совершенно на задний план, уступив место защите субъективных прав, но не исчезнув окончательно[2]; во-вторых, мы полагаем, что самое объективное публичное право или "государственный правопорядок" существует не само по себе, а лишь для возможно лучшего обеспечения интересов данного народа: оно существует, другими словами, для граждан, а не наоборот; институты объект. публ. права или государствен. правопорядка

[1] Ср. Н. Палиенко, Сущность адм. юстиции и основные черты ее организации в европейских государствах, Киевские университетские известия, декабрь, 1898 г., год 38.

[2] Противного мнения Tezner, Die deut. Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, S. 111—112; также Zorn, Kritische Studien.

также имеют своей основой лишь интересы граждан. Адм. юстиция, имея своей задачей защиту прав и интересов граждан, составляет вместе с тем одно из общих звеньев данного госуд. правопорядка, один из институтов, из которых слагается данное государство; а таковой факт ставит адм. юстицию в зависимость от всей системы правопорядка или институтов данного государства. Эта зависимость и есть, по нашему глубокому убеждению, то, что французы называют "*l'intérêt de la loi*", другими словами, это есть участие в поддержании данного правопорядка, участие в данной системе правовых органов и институтов. Из такого положения адм. юстиции и ее органов вытекает вышеназванное важное следствие — ее "публичный элемент", в отличие от гражданского или частного права, имеющего в виду одни лишь субъективные права и интересы граждан. Этим же элементом определяются и признаки различия двух процессов, административного и гражданского, и объясняется живучесть в админ. процессе тех остатков, которые в наши дни еще свидетельствуют о прежнем преобладании публичного элемента над частным.

Проявляется же этот "публичный элемент" весьма различно. Сюда относится, во-первых, положение, занимаемое почти повсеместно в суд.-адм. делах начальственными иерархическими органами, которые в большинстве государств имеют право опротестовывать решения низших адм. судов перед адм. судами высших инстанций, по причине предполагаемого нарушения закона или превышения власти. Во-вторых, такой же характер носит право протеста адм. органов против предполагаемых незаконными решений и постановлений органов самоуправления, т. е. порядок админ. надзора, осуществляемый путем передачи данного дела ведению адм. суда. В-третьих, сюда относится протест председателя коллегиального органа или представителя правительства против решения этого органа, вследствие чего дело опять-таки передается на разрешение адм. суда. Европейские законодательства знают тысячи тому подобных и весьма разнообразных примеров, когда передача данного дела ведению адм. суда имеет в виду не столько нарушение частного права, сколько охрану публичного правопорядка, "dans l'intérêt de la loi". Далее, этот же публичный элемент сказывается и в принципах адм. процесса; так, напр., как мы видели, адм. суд свободнее в своих отношениях к фактам и доказательствам, чем суд гражданский; адм. суд может добывать доказательства помимо сторон; далее, этот же элемент сказывается и в широком допущении заочных решений; а часто (во многих государствах) и письменности, вместо устности. Но и в этом отношении можно

подметить некоторую эволюцию в направлении все большего приравнения адм. процесса к принципам процесса гражданского; так, напр., старая прусская школа юристов давала предпочтение куда большему преобладанию публичного элемента в адм. процессе, чем молодая германская школа; было время, когда некоторые ученые считали, что адм. суду даже вовсе не надлежит придерживаться рамок иска, но практических результатов такое учение не имело. Однако, повторяем, роль публичного элемента в адм. процессе в наше время сильно сужена, но исчезнуть вовсе этот элемент никогда не сможет по вышеуказанным причинам; в известной доле он всегда останется присущим адм. процессу.

Приговор административного суда

Нам остается упомянуть о последнем вопросе, касающемся адм. процесса, о правовой силе решений и приговоров адм. судов. Весьма долгое время в науке существовал спор, признавать ли вообще деятельность адм. судов правоговорением (Rechtsprechung)[1] и присваивать ли их решениям правовую силу судебных приговоров. И в этом отношении опять-таки сказалось давление публичных интересов, другими словами, давление государства над гражданином; и здесь, стало быть, находит себе отражение тот же процесс эволюции адм. иска по пути ко все большему уравнению с иском гражданским.

Современных юристов можно разделить по отношению к последнему вопросу на три группы. С одной стороны стоят представители крайнего отрицания, как, напр., Цорн[2], вовсе не признающие правовой силы за приговорами адм. судов, так как таковая, по их мнению, могла бы только недолжным образом стеснять свободу действия администрации; с другой стороны стоят представители противоположной крайности, с Бернациком во главе, присваивающие всякому административному акту, а не только приговорам адм. судов, значение "правоговорения" juris dictio. И наконец, между ними, как между двумя полюсами, находится большинство ученых, признающих правовую силу за приговорами адм. судов, но с известными ограничениями[3]; пра-

[1] Термин Rechtsprechung, правоговорение определен в подробностях у Бернацика, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1888, S. 64.

[2] Kritische Studien, im Verwaltungsarchiv, Bd. III.

[3] Сюда относятся, напр., O. Müller, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege; O. Mayer, Deut. Verwaltungsrecht. Bd. I; Lemayer, Apolog. Studien; O. Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, im Archiv für öffentl. Recht, herausg. von Laband, Bd. 21, S. 1 u. f., 1907; Tezner, Die deut. Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, S. 109. Note 113.

вильное положение занял, по нашему мнению, проф. Ленинг[1], признающий лишь решения адм. судов правоговорением, юрисдикцией, но отрицающий таковое значение за актами админ. органов; одним адм. судам, стало быть (кроме судов общих, конечно), присвоено juris dictio (в отличие от учения Бернацика); зато всякий приговор админ. суда является правоговорением (в отличие от Мюллера, Майера и др.). Ленинг, однако, делает важную оговорку, справедливо указывая, что не всякий акт адм. суда является приговором и, стало быть, не всякое его действие может считаться правоговорением.

Еще весьма недавно вопрос этот был предметом ожесточенного спора между германскими учеными; дело в том, что его поставили на программу 26 съезда юристов (26 Deut. Juristentag) и докладчиками должны были выступить Цорн, Бернацик и Шульценштейн; по-видимому, нарочно были избраны представители трех вышеназванных направлений нашей науки; Цорн, однако, не явился на съезд и борьба сосредоточилась между двумя другими докладчиками, к которым присоединился Отто Майер; победило учение Ленинга и Шульценштейна, принятое почти единогласно, несмотря на ярую оппозицию их противников[2]. Такой исход спора, собственно говоря, неудивителен, так как на съезде участвовали по преимуществу юристы-практики, которым чрезвычайно ясно должны были представляться все вредные следствия теорий, отрицающих правовую силу за решениями адм. судов; не трудно в последних найти давление интересов администрации над интересами граждан, тогда как современная адм. юстиция направлена как раз в противную сторону, т.е. в защиту частных прав от нарушений со стороны адм. органов.

Не всякий приговор адм. суда влечет за собой исполнение, экзекуцию. К категории подобных приговоров относятся главным образом те, которыми отклоняются или отвергаются адм. иски,

---

[1] Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, S. 1—90, im Verwaltungsarchiv (von Schultzenstein und Keil), Bd. VII, 1899; также G. Meyer, Lehrbuch des Deut. Verwaltungsrecht, Bd. I; Halbey, Gemeindeverfassungs- und Verwaltungsrecht, Bd. I; Schultzenstein, im Verwaltungsarchiv, Bd. IV; v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte. im Verwaltungsarchiv, Bd. III, 1895, S. 222 u. f.

[2] Подробнее см. O. Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, im Archiv für öff. Recht, Bd. 21. 1907; эта статья Майера является горячею отповедью его противникам-победителям на 26 съезде юристов, но едва ли может считаться очень доказательною. Также Verhandlungen des XXVI Deut. Juristentags, Bd. 1 u. 2.

хотя бы, напр., вследствие неподсудности; самый иск при этом не рассматривается судом, который не касается, следовательно, и правовых претензий истца.

Далее, раз приговор адм. суда отменяет решение или постановление какого-либо адм. органа, то этим самым данное решение или постановление считается как бы не существовавшим, уничтоженным (nul et non avenue); то же самое относится и к выборам; раз выборы кассированы адм. судом, они признаются как бы не имевшими места; если, напр., упраздняется какое-либо противозаконное общество, то опять-таки приговор адм. суда влечет за собою признание несуществования такого общества.

В этих отношениях адм. органы не находятся в каком-либо подчинении у адм. судов; наоборот, они служебно независимы, занимая лишь положение стороны в процессе; для них вследствие этого приговор адм. суда с правовой точки зрения столь же обязателен, как и для всякого гражданина[1]. При отмене постановления адм. органа восстановляется судом status quo ante, совершенно аналогично следствиям гражданского приговора, при уничтожении правонарушения.

Справедливо замечает Ленинг, что противная этому точка зрения не только Цорна, но и Лемайера, утверждающих, в разных выражениях, возможность отмены или изменения правовой силы приговора адм. суда "в видах публичных интересов" (öffentl. Interesse) — имеет ту же цель, как и отрицание за адм. судами права рассматривать вопрос о дискрец. распоряжениях адм. органов, что, собственно, сводится к сильному ограничению значения адм. юстиции. Ведь именно надзор за адм. органами с точки зрения ненарушения субъект. прав граждан и составляет задачу адм. юстиции[2]; но как мы уже не раз указывали, и по сей день адм. судам все еще создаются разные препоны и все сие во имя свободы действий и авторитета администрации.

Таким образом, по-нашему, всякий приговор адм. суда, законно состоявшийся и окончательный, творит право для адм. органов совершенно в равной мере, как и для частных лиц, и, стало быть, своим содержанием связывает администрацию[3]. По-

[1] Ср. Löning, Rechtskraft verwaltungsger. Urteile, S. 35 u. f.

[2] Ср Sarwey, Das öffentliche Recht, 1880, S. 92.

[3] К такому результату, как мы уже упоминали, пришел и 26 съезд герм. юристов, приняв подавляющим большинством голосов след. резолюцию: "Правовая сила приговоров адм. судов должна быть принципиально признана и именно в том значении, что эти приговоры связывают государство". Ср. также Schultzenstein, Rechtskraft und reformatio in pejus, S. 378.

строение наше в данном случае тождественно соответствующим принципам гражданского процесса[1].

Сходство это мы распространяем, впрочем, и далее. Так, всякий приговор адм. суда может быть отменен лишь, когда впоследствии откроются новые факты, а не по мотивам целесообразности. И в данном случае действует, по нашему мнению, в полной силе и согласно принципам граждан. процесса начало non bis in idem[2]; так, напр., если бы полиция запретила постановку театр. пьесы, опасаясь народных беспорядков, а адм. суд таковое постановление отменил бы, как незаконное, антрепренер мог бы пьесу поставить; но если при этом действительно произошли бы беспорядки, то адм. суд мог бы вновь рассматривать то же самое дело (по которому уже имелся бы судебный приговор), но не по причине нарушения публичных интересов, а вследствие возникновения нового факта (беспорядков толпы).

Итак, в конструкции теории о правовой силе приговоров адм. судов, админ. процесс должен по возможности близко подходить к конструкциям процесса гражданского; только таким образом может быть действительно обеспечено гражданам полное и свободное пользование их субъективными правами.

Пререкания или конфликты

Мы уже выше упомянули, что во второй половине XIX в. из общей области адм. юстиции выделились некоторые ветви надзора за администрацией. Таким путем, с одной стороны, выделился окончательно финансовый контроль, с другой же, порядок разрешения "конфликтов" или споров о подсудности. Нам приходится остановиться здесь на последних ввиду все еще сохраняющейся в некоторых государствах связи этого вопроса с адм. юстицией.

Вырос этот институт параллельно и как бы из адм. юстиции в ту эпоху, когда государственный строй имел одною из своих задач охрану самостоятельности админ. власти, обеспечения ее от вмешательства других властей.

Под "конфликтом" или спором о подсудности (или компе-

[1] Ср. Schultzenstein, Rechtskraft und reformatio in pejus im Preuss. Verwaltungsstreitverfahren, in Verwaltungsarchiv, Bd. XI, 1903, S. 367; Bernatzik, доклад, напечат. в Verhandlungen des XXVI Deut. Juristentags, Bd. 2, S. 32 u. f.

[2] Ср. Pradier-Fodéré. Précis de droit administratif, 1872, p. 677. Надо вообще сказать, что французская наука адм. права гораздо раньше немецкой восприняла упомянутые выше идеалы адм. процесса.

тенции)[1] понимают спор между судебным и админ. органом о подсудности им одного и того же дела[2], а в настоящее время к этому присоединяется и спор о таковой же подсудности между общим и админ. судом. Конфликт может быть двоякий, положительный и отрицательный[3].

В первом случае адм. орган и суд одновременно считают одно и то же дело себе подсудным, во втором же и админ. орган, и суд в равной мере отказываются принять к рассмотрению данное дело или иск (во фран. праве такой спор называется conflit d'attribution, в отличие от conflit de juridiction). Следует, однако, заметить, что таковой спор о подсудности возможен только в тех государствах, строй которых основан на теории разделения властей; в других государствах, как, напр., в Англии, где такого отделения администрации от суда не проведено, не может существовать и этого института, так как судебная власть "суверенно" решает, кому подсудно данное дело, ей ли или админ. органам. Это обстоятельство лишний раз доказывает нам, что институт этот вырос на одной почве с админ. юстицией, чем и объясняется их долго существовавшая взаимная связь. Последняя, стало быть, по-нашему, носит политический и исторический характер, теоретической же связи не имеется, ввиду основного различия существа этих двух институтов. Институт "конфликтов" гораздо теснее связан с публичным правом, чем адм. юстиция; главное практическое следствие этого положения сказывается на порядке возбуждения конфликтов или споров о подсудности; тогда как отрицательный конфликт возбуж-

[1] В этом же смысле в русском праве и законодательстве употребляется термин "пререкание".

[2] Мы вовсе опускаем вопрос о конфликте между адм. органами или между судебными органами, как выходящее из рамок нашего исследования.

[3] *Литература:* v. Sarwey, Verwaltungsrechtspflege, S. 673; Droop, Der Rechtsweg in Preussen, 1899, S. 105; O. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikte in Preussen; его же, Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, 1897; Löning, im Verwaltungsarchiv, Bd. Ill, S. 158; E. v. Meier. in der Encycl. der Rechtswissenschaft. herausg. von Kohler, Bd. II, S. 755; Tezner, Handbuch des Österr. Administrativverfahrens, 1896, S, 71; Lemayer, Kompetenzkonflikt im Österr. Staatswörterbuche; Laferrière, Traité de la Juridiction administrative, 2 éd., I, p. 21, Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 147. Также в. н. с. Serrigny. I; Dufour, II: Chauveau, III; Boulatignier dans le dictionnaire d'administration (conflit); de Blanche; Sarwey, Das öffentliche Recht, S. 673 u. f.

дается самим заинтересованным, ищущим, но не находящим органа для рассмотрения своего дела, конфликт положительный по большинству законодательств возбуждается только госуд. органами и преимущественно лишь органами административными, а не судебными, в каковом случае опять сказывается история возникновения этого института, в защиту пресловутой самостоятельности адм. власти.

Историческое развитие этого института сводится к постепенному выделению этой области в течение второй и третьей четвертей минувшего века в ведомство самостоятельных органов. В полицейском государстве в большинстве случаев разрешение таких споров подлежало ведению главы государства; в переходное конституционное время также весьма часто эта функция присваивалась главе государства[1]; таково положение вопроса во Франции в 1800—1848 и 1852—1872 гг., в Пруссии в 1828—1847 гг., в Вюртемберге в 1819—1879 гг., в Австрии до 1867 г., в Баварии до 1850 г., в Италии в 1865—1877 гг. Но нахождение такой функции в руках админ. власти предоставляло ей огромное преимущество, и едва ли справедливое, перед властью судебной; с течением времени, когда развивался процесс борьбы против всемогущества администрации, эта функция стала отниматься от администрации и передаваться в другие руки. В одних государствах она была передана законодательным органам (таково положение вещей в некоторых швейцарских кантонах), в других — в руки судебных органов [напр., в Италии в 1877 г. (кассационному суду в Риме), в Бельгии, согласно § 106 Конституции 1831 г. (также кассационному суду)[2], наконец, в России с 1864 г.] в третьих же были учреждены самостоятельные органы для ведения подобных споров. Последняя система в состоянии лучше обеспечивать беспристрастное разрешение таких споров о подсудности, не давая вместе с тем преимущества одной госуд. власти или одному органу перед другими властями и органами того же государства.

[1] Разница состояла лишь в том, что в последнем случае споры эти разрешались высшей адм. инстанцией (напр., госуд. советом) и подносились к утверждению главы государства.

[2] Германские юристы указывают, что такой порядок не противоречил бы конституциям герм. государств, так как § 17 Einf. Ges. z. G. V. G. общим образом определяет, что разрешение конфликтов может быть передано имперскому суду; но этим разрешением воспользовался только Бремен, согласно постановлению от 26 сент. 1879 г.; См. Anschütz, Kultur der Gegenwart; Bd. II, Abt. 8, S. 384.

Но само собою разумеется, эти специальные органы должны обладать полнейшей самостоятельностью, для успешного исполнения своей задачи; самостоятельность же обеспечивается только предоставлением им положения органа судебного, судейских гарантий несменяемости, независимости и т.д.; иначе получилось бы прежнее положение зависимости от какого-нибудь органа или учреждения и вытекающее отсюда преимущество последних, которого именно желательно избегнуть. Мысль эта воспринята всеми государствами, учредившими специальные органы для разрешения конфликтов, и отразилась даже в наименовании этих органов "судами" (во Франции он называется Tribunal, в Германии Gerichtshof и т. д.).

Такие "суды" существуют в Пруссии с 1847 г. (8 авг.), в Баварии с 1850 г. (28 мая); во Франции такой орган существовал с 1848 по 1852 г. и затем был окончательно восстановлен в 1872 г. (24 мая). Общими принципами их составления являются: во-первых, предоставление их членам судейских гарантий независимости, во-вторых, составление их по преимуществу, в равной мере из членов судейской корпорации и профессиональных чиновников, дабы не было опять-таки преимущества одной из сторон, в-третьих, ограничение компетенции этого органа исключительно одними спорами о подсудности, возникающими между судом и адм. органом.

Определяя сущность только что разобранного института, мы следовательно принимаем франц. теорио, утверждающую, что "le conflit est un véritable acte de puissance publique"[1]; публичный элемент института сказывается в том, что "c"est un acte d'une autorité et non celui d'une partie", а равно и в том, что положительный конфликт возбуждается не сторонами, а госуд. органом, в чем сказывается цель существования этого института — ограждения взаимной компетенции различных госуд. органов.

ТЕЗИСЫ К ДИССЕРТАЦИИ БАРОНА С. А. КОРФА "АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ"

1

Власть надзора находилась в XVIII в., и на практике и в теории, в неопределенном положении; даже Екатерина II не относилась к ней сознательно и не уделила ей достаточного вни-

[1] Laferrière, I, p. 22.

мания: надзор за законностью тесно соединялся и соприкасался с функциями активного управления.

2

Власть надзора сената ослаблялась и подрывалась положением и полномочиями генерал-прокурора; надзор же прокурорский заслонялся властью губернатора и генерал-губернатора; даже более сознательное отношение к власти надзора, которое мы находим, напр., у Державина, подтачивалось в своем значении активностью функций генерал-прокурора.

3

В мировоззрении молодых конституционалистов Александровского царствования, Сперанского в том числе, функции власти надзора также не получили должного себе места; они были оттеснены на задний план реформами всего политического и государственного строя России: преобразователи искали гарантий гражданским правам и свободе человеческой личности в других областях.

4

В начале XIX столетия власть надзора дифференцируется: в царствование Николая I окончательно определяются, получая выпуклую форму, две функции власти надзора: надзор начальственный, иерархический, и надзор политический: надзор же пассивный, за законностью деятельности администрации, наоборот, постепенно угасает.

5

В середине XIX в. начинаются искания правительством путей и средств реформы губернского управления, ввиду выяснявшихся ярких противоречий административного строя с принципами реформ — крестьянской, земской и судебной.

6

Попытки подобной реформы, неоднократно повторявшиеся во второй половине мин. века, терпят, однако, неудачу: красною нитью через них проходит стремление к усилению власти губернатора.

7

Начиная с 60-х гг., мы замечаем умножение и усложнение судебно-административных функций органов нашей администрации: параллельно с этим растет число новых присутствий...