

# **АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ**

**Конец XIX – начало XX века**

## **ХРЕСТОМАТИЯ**

**Ч а с т ь 2**

Издательство  
Воронежского государственного университета  
2004

ББК 67.7

С 77

*Составитель, автор вступительной статьи —  
доктор юридических наук, профессор,  
заведующий кафедрой административного,  
муниципального и финансового права  
Воронежского государственного университета  
Ю. Н. С т а р и л о в*

Административная юстиция: Конец XIX — начало XX века:  
С 77 Хрестоматия. — Ч. 2 /Сост. и вступит. ст. Ю. Н. Стари-  
лова. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2004. —  
368 с. ISBN 5-9273-0399-4

Хрестоматия содержит печатающиеся полностью и в сокращении труды в области административной юстиции видных ученых: Н. О. Куплеваского, Н. И. Лазаревского, К. Лемайера, В. А. Рязановского, В. Кобалевского, М. Д. Загряцкова.

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

ISBN 5-9273-0399-4

© Старилов Ю. Н., составление,  
вступительная статья, 2004

© Издательство Воронежского  
государственного университета, 2004

# СОДЕРЖАНИЕ

От составителя .....	4
<b>КУПЛЕВАСКИЙ Н. О. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ .....</b>	<b>8</b>
I. Административная юстиция во Франции .....	8
Предисловие .....	8
Введение .....	16
VI. Процесс .....	30
<b>ЛАЗАРЕВСКИЙ Н. И. ЛЕКЦИИ ПО РУССКОМУ ГОСУДАРСТВЕННОМУ ПРАВУ .....</b>	<b>43</b>
TOM I. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО	
Глава вторая. Законодательная, судебная и исполнительная власть по современным учениям .....	43
§ 1. Законодательная власть .....	43
§ 2. Судебная власть .....	55
§ 3. Исполнительная, или административная, власть .....	62
<b>ЛЕМАЙЕР К. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ (ПОНЯТИЕ ОХРАНЫ СУБЪЕКТИВНЫХ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВ В СВЯЗИ С РАЗВИТИЕМ ВОЗЗРЕНИЙ НА ГОСУДАРСТВО) .....</b>	<b>73</b>
Предисловие .....	73
Вступление .....	73
Глава I .....	80
Глава II .....	86
Глава III .....	93
Глава IV .....	109
<b>РЯЗАНОВСКИЙ В. А. ЕДИНСТВО ПРОЦЕССА (Памяти А. А. Симолина) .....</b>	<b>123</b>
<b>КОБАЛЕВСКИЙ В. СОВЕТСКОЕ АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО .....</b>	<b>179</b>
Часть первая (Общая) .....	179
Глава III. Субъективные публичные права и обязанности в административном праве .....	179
Часть третья (Процессуальная) .....	191
Глава IX. Охрана революционной законности .....	191
<b>ЗАГРЯЦКОВ М. Д. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ И ПРАВО ЖАЛОБЫ В ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ .....</b>	<b>225</b>
Предисловие .....	225
Часть первая. Административная юстиция .....	226
Глава I. Теория .....	226
Глава II. Органы административной юстиции (общие принципы организации) .....	241
Глава III. Компетенция органов административной юстиции и свободное усмотрение .....	272
Часть вторая. Право жалобы .....	295
Глава I. Теория и виды жалобы, административный процесс, юридические свойства решения .....	293
Глава II. Право жалобы в советском законодательстве .....	317
Приложение. Положение о судах по административным делам .....	354

## О Т СОСТАВИТЕЛЯ

Во второй части хрестоматии по административной юстиции содержатся труды Н. О. Куплеваского, Н. И. Лазаревского, К. Лемайера, В. А. Рязановского, В. Кобалевского и М. Д. Загряцкова, опубликованные в России как до Октябрьской революции 1917 г., так и после нее. Поэтому анализ проблем становления административной юстиции в России в начале XX в. дает возможность увидеть новые тенденции в научном осмыслении административной юстиции после коренного изменения политического строя, системы законодательства, да и самой правовой культуры. Можно сделать вывод о том, что активная доктринальная разработка административно-юстиционной проблемы заканчивается в России на рубеже 30-х гг. прошлого столетия. Поэтому весьма интересны теоретические положения работы М. Д. Загряцкова «Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве», вышедшей в 1925 г.

Одной из общих характерных черт теоретического обоснования необходимости судебной защиты субъективных публичных прав, которая выделялась авторами, — это необходимость создания правового государства, т.е. именно распространение правовой государственности на сферу организации важнейших сфер общественных отношений провозглашалось важнейшим и необходимым условием создания административных судов.

Правильная организация административной юстиции считалась Н. О. Куплевским одним из важнейших условий обеспечения «неприкосновенности принадлежащих каждому прав», достижения управления на «точном основании законов»<sup>1</sup>. Автор исследует вопросы организации административной юстиции в западноевропейских странах. При этом обращает внимание читателя на то, что сам термин «административная юстиция» является не вполне удачным, так как слово «юстиция» включает в себя и уголовную юстицию, а слово «административная» наводит на мысль, что в качестве судьи действуют административные органы<sup>2</sup>.

Теоретические рассуждения Н. И. Лазаревского, посвященные изучению законодательной, судебной и административной власти, дают возможность увидеть место и значимость админис-

<sup>1</sup> Административная юстиция: Конец XIX — начало XX века: Хрестоматия. Ч. 2 / Сост. и вступит. ст. Ю. Н. Старилова. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2004. С. 10.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 20.

тративной юстиции в системе разделения государственной власти, а также специальное предназначение этого института в государственном механизме. Автор разграничивает административную деятельность и работу суда и пытается найти здесь соответствующие преимущества: «Перед судом каждый чувствует себя хозяином своего права, а перед администрацией каждый ждет ее милости»<sup>3</sup>.

Книга К. Лемайера «Административная юстиция» была написана по поводу 25-летия административного суда, президентом которого являлся сам автор. Это научное произведение посвящено изучению истории развития системы защиты права индивида, в том числе и в тех областях, которые относятся к публичному праву. Анализируя труды многочисленных ученых-современников, К. Лемайер обосновывает вывод о том, субъективные публичные права индивида «могут быть защищаемы и против государства. Здесь начало той цепи развития, которая в последней своей стадии завершается созданием системы правовой защиты для субъективных прав, имеющей назначение блюсти и охранять эти права даже и от государственной власти»<sup>4</sup>.

Труд В. А. Рязановского «Единство процесса», первоначально опубликованный в 1921 г., был переиздан в России в 1996 г. и в течение нескольких последних лет очень часто используется многочисленными российскими учеными, изучающими проблемы процессуального права. Автором рассматриваются основные точки зрения на виды юридического процесса, принципы судебного процесса и делается вывод о том, что «тенденции развития современного процесса (как в области судоустройства, так и судопроизводства) ведут к объединению различных его видов и к созданию единого процессуального или судебного права»<sup>5</sup>.

В изданной в 1929 г. книге В. Кобалевского «Советское административное право» институт административной юстиции рассматривается в главе «Охрана революционной законности» среди таких способов обеспечения законности, как административная жалоба, ответственность должностных лиц, надзор прокуратуры. Административную юстицию В. Кобалевский объясняет как «особый вид судебной деятельности, направленный к защите субъективных публичных прав и интересов граждан путем отмены, а в известных случаях и путем изменения... неправомерных актов управления»<sup>6</sup>. Автор отмечает, что административная юсти-

<sup>3</sup> Там же. С. 71.

<sup>4</sup> Там же. С. 122.

<sup>5</sup> Там же. С. 178.

<sup>6</sup> Там же. С. 215.

ция не получила в советском государстве такого развития, как на Западе; «взамен административной юстиции советское право со-здало не известные Западной Европе институты в виде прокурор-ского надзора и не правильных действий администрации перед органами рабоче-крестьянской инспекции»<sup>7</sup>. Кроме общетеорети-ческих рассуждений на тему административной юстиции в книге содержится материал об организации учреждений, деятельность ко-торых отдаленно напоминала административно-юстиционные пра-воотношения, сложившиеся в советской России к концу 20-х гг. прошлого столетия. В. Кобалевский констатирует, что мысль о создании системы административных судов была оставлена, так как «...охрана революционной законности... преследует по совет-скому праву в первую очередь обеспечение революционного пра-вопорядка, отодвигая на второй план элемент личного правопри-тязания, столь присущий административному иску»<sup>8</sup>.

Особенно глубоко и концептуально вопросы административ-ной юстиции рассматривались М. Д. Загряцковым в книге «Ад-министративная юстиция и право жалобы в теории и законода-тельстве». Несмотря на то, что эта работа начинается словами «административная жалоба является одним из лучших методов практического осуществления в жизни революционной законно-сти»<sup>9</sup>, автор считает «административную юстицию одним из ин-ститутов, обеспечивающих господство права»<sup>10</sup> и понимает под этим институтом «особый порядок рассмотрения жалоб на не-закономерные административные акты, осуществляемые с уча-стием жалобщика как стороны и имеющие своим последствием отмену или исправление этих актов»<sup>11</sup>. М. Д. Загряцков ставит весьма интересные вопросы: «Нет ли глубокого противоречия в самом существе института? Не противоречит ли началу разграни-чения функций идея административной юстиции? Может ли быть юстиция административной или, по крайней мере, должна ли она быть такой? Не должна ли своеобразная природа пуб-лично-правовых отношений вызвать к жизни и особый порядок рассмотрения споров, возникающих в этой области?»<sup>12</sup>. Отвечая на эти и другие вопросы, М. Д. Загряцков анализирует не толь-

<sup>7</sup> Административная юстиция: Конец XIX — начало XX века: Хре-стоматия. Ч. 2 / Сост. и вступит. ст. Ю. Н. Старилова. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2004. С. 220.

<sup>8</sup> Там же. С. 220.

<sup>9</sup> Там же. С. 225.

<sup>10</sup> Там же. С. 228.

<sup>11</sup> Там же. С. 240.

<sup>12</sup> Там же. С. 228, 231.

ко зарубежные модели административного судопроизводства, но и указывает на специфику «русской школы в теории административной юстиции»<sup>13</sup>. Автором высказывается идея о том, что процессуальное правовое развитие базируется на признании гражданина равноправной стороной по отношению к государству. По мнению М. Д. Загряцкова, «последовательное развитие принципа равноправности граждан и государства, как субъектов публичных прав и, наконец, к созданию административных судов, действующих со всей роскошью процессуальных форм»<sup>14</sup>. Автор считал второстепенным вопрос о возможном создании специальных судов для рассмотрения судебно-административных дел или об их оставлении в ведении судов общей юрисдикции. В работе М. Д. Загряцкова рассматриваются общие принципы организации органов административной юстиции во Франции, Германии (Пруссии), Англии и России, а также компетенция органов административной юстиции и их роль в осуществлении правового контроля над свободным усмотрением администрации. Вторая часть книги указанного автора посвящена рассмотрению вопросов теории жалобы и административному процессу. В ней исследуются такие способы защиты прав и интересов граждан, как представление, жалоба, формальная жалоба и административный иск.

Заканчивается вторая часть хрестоматии публикацией принятого Временным правительством 30 мая 1917 г. Положением о судах по административным делам. Этот документ можно рассматривать как совершенно конкретный позитивный результат теоретической дискуссии вокруг института административной юстиции.

Публикация настоящей хрестоматии по административной юстиции будет способствовать комплексному пониманию историко-правового развития представлений об административном судопроизводстве и осмыслинию процессов, происходящих в настоящее время в теории и практике государственного строительства России, проведения административной и судебной реформ.

*Заведующий кафедрой административного,  
муниципального и финансового права  
Воронежского государственного университета,  
доктор юридических наук,  
профессор Ю. Н. Старилов*

---

<sup>13</sup> Там же. С. 233.

<sup>14</sup> Там же. 236—237.

Н. О. КУПЛЕВАСКИЙ

АДМИНИСТРАТИВНАЯ  
ЮСТИЦИЯ  
В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ

I

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ ВО ФРАНЦИИ

ПРЕДИСЛОВИЕ

Медленно, с тяжелыми остановками, иногда даже с попятными движениями, наше отечество вырабатывает новый тип, тип правового государства, в котором само общество принимает участие в государственной деятельности, в котором уважается личность и соблюдаются законность во всех многообразных отношениях граждан между собою и к правительству.

Сословность и бюрократизм — вот две самые крупные черты, характеризующие наше прошлое государственное устройство. Сословное устройство у нас никогда не препятствовало преобладанию бюрократии, иначе говоря — полицейскому характеру государства, так как ни одно сословие не выработалось у нас в корпорацию, имеющую политическое значение. Сословия росли и организовались вместе с ростом монархической власти и под могучим влиянием последней. До половины XVIII века они носили вполне тяглый характер, различаясь по роду повинностей и служб, которые они должны были наследственно отбывать в пользу государства. С половины XVIII века дворянство, духовенство и некоторые разряды городских обывателей перестают быть тяглыми, делаются сословиями или разрядами привилегированными; некоторые из них получают самоуправление. Дворянство получает некоторое значение не только в своих сословных учреждениях, но и в местных учреждениях, простирающих свою деятельность на все сословия — в суде и полицейских должностях. Несмотря на это, сословное устройство, а иногда и сословное самоуправление, характер государственного устройства остается не только сословным, но и полицейским. Масса крестьянского населения находилась вполне в бесправном состоянии, сословие белого духовенства не имело самоуправления. Дворянское и городское самоуправление носило очень местный характер, имело небольшой круг деятельности и находилось под влиянием

всесильной администрации. Суд, основанный в значительной степени на сословных началах, находился также в большой зависимости от администрации. Почти вся деятельность государства совершалась правительственными учреждениями, на организацию которых и обращалось особенное внимание Петром Великим, Екатериной II и Александром I. Непосредственное участие общества в деятельности государственных учреждений было очень незначительно. То же еще в большей степени можно сказать о косвенном участии общества в государственном управлении, участии посредством прессы и публичности суда. В своей законодательной, правительственной и судебной деятельности правительство, наконец, стало до того особняком от общества, что объявило соучастие его посредством прессы ненужным. Так, ст. 12 цензурного устава 1828 г. говорит следующее: воспрещается пропускать в печать всякие рассуждения о потребностях и средствах к улучшению какой-либо отрасли государственного хозяйства и вообще о всяких мерах, относящихся к кругу действий правительства. Таково наше прошлое.

Попытки стать на другой путь встречаются еще в царствование Екатерины II и в первую половину царствования Александра I, но только в настоящее царствование сделаны первые решительные шаги на этом пути. С первой половины 60-х годов русское государство перестанавливается на новое основание, начинает устраиваться на началах бессословности, т.е. гражданского равноправия и равно обязанности, и участия самого общества в государственной деятельности. Мы живем в переходную эпоху, в которой есть еще много элементов оставленного нами прошедшего и благотворные зачатки будущего. Новый предпринятый путь преобразований далек и труден и необходимо много доброй воли со стороны правительства и самого общества, чтобы обойти препятствия и дойти до своей крайней, этической цели — образовать деятельность на пользу государства, сознавшую свое достоинство и уважаемую другими личность гражданина, пользующееся авторитетом правительство, сильное и уважаемое в его международных отношениях государство, с достижением чего сравнительно легко достается и все остальное.

Крестьянская реформа, прекращение сословной организации белого духовенства, отмена телесного наказания, как уголовной кары для лиц непривилегированного сословия, введение всеобщей воинской повинности, введение земского и городского самоуправления, отделение суда от администрации и положенные в основание судебных уставов начала бессословности, участия присяжных, устности, публичности и состязания сторон, вре-

менный закон о печати 1865 г. — все это и многое другое, отчасти проведенное в жизнь, отчасти только намеченное, подвергающееся колебаниям и сомнениям в современном водовороте неустановившихся отношений и борющихся интересов — все это является ценным приобретением русского общества в настоящее царствование, основанием будущего развития русского государства.

В согласие с этими новыми, внесенными в жизнь началами должна быть приведена и организация административных учреждений, а также их деятельность, т.е. управление в его различных отраслях, в особенности финансовое и полицейское управление.

По разрешении вопроса об организации законодательной деятельности, одною из важнейших задач всякого государственного устройства является *обеспечение права и законности в области управления*.

Обеспечение неприкословенности принадлежащих каждому прав, достижение управления “на точном основании законов” предполагает существование множества условий — надлежащие нравственные качества и достаточную степень общего и специального образования исполнителей закона, достаточную публичность правительственный действий, развитие прессы и т.д. Я отмечу только некоторые главнейшие:

1-е словие. Признание права и обязанности для должностных лиц законосообразного, а не слепого повиновения распоряжениям высших административных лиц и такая организация государственной службы, которая предоставляла бы должностному лицу достаточную степень самостоятельности и делала бы возможным исполнение этой обязанности.

2-е словие. Правильная организация министерской ответственности и общей всем должностным лицам уголовной, гражданской и дисциплинарной ответственности за преступления по должностям, или за такие поступки, которые, не составляя преступления, являются нарушением обязанностей должностного лица, роняют его нравственное достоинство.

3-е словие. Признак обязанности законосообразного повиновения частных лиц руководящим принципом в деятельности уголовных и полицейских судов при определении ими ответственности этих лиц за неисполнение незаконных требований администрации, а также за противодействие таким ее требованиям, которые не только незаконны, но и составляют преступное нарушение свободы и прав отдельных лиц.

#### 4-е условие. Правильная организация административной юстиции.

Под административною юстицией я разумею разрешение споров о праве, возникших между отдельным лицом физическим или юридическим (госпиталем, общиной, земством, церковью) и администрацией по поводу действий, упущений или требований последней в тех случаях, в которых администрация является представителем государственного авторитета (напр., полицейской, военной власти), а не представителем фиска, т.е. государства—собственника, продавца, покупателя и т.д. Сюда же относится и разрешение споров частных лиц между собою, если оспаривается при этом правительственный акт администрации. Наконец, к административной юстиции может быть отнесено и разрешение споров между государственными учреждениями о круге их деятельности и степени власти настолько, насколько эти учреждения поставлены друг к другу в самостоятельное положение, насколько их деятельность определена законом, как нечто не подлежащее изменению со стороны правительственной власти.

Со времени учреждения правительствуемого сената при Петре Великом мы имеем коллегиальное учреждение, которому поручен верховный надзор за законностью суда и управления. В настоящее время это есть независимое от министерств учреждение. Охранение законности в области уголовного и гражданского суда предоставлено кассационным департаментам сената и их общему собранию. Верховный надзор в области управления сосредоточен главным образом в 1-м департаменте сената и так называемом 1-м общем собрании его департаментов.

Правительствующий сенат, учрежденный Петром Великим, имел очень превратную судьбу.

При жизни своего основателя он был учреждением, в котором сосредоточивалось высшее управление, высший суд и контроль над всеми органами суда и администрации. По смерти Петра Великого отдельные органы управления, заведуемые сильными по своему влиянию при дворе лицами, выходят из-под контроля сената. Он даже низводится в ранг второстепенных учреждений и подчиняется сначала верховному тайному совету (при Екатерине I и Петре II), затем кабинету (при Анне Ивановне). При Елизавете Петровне он восстанавливается в своем первоначальном значении, но затем снова приходит в упадок и в царствование императора Павла сохраняет значение главным образом только высшего гражданского и уголовного суда, приводится к положению, в котором, по выражению сенатора Завадовского в записке, поданной императору Александру I, “мол-

чать было тяжко, говорить бедственно". В 1802 г. он снова восстановлен как "верховное место, которому в порядке суда, управления и исполнения подчинены все вообще места и управления империи". Сенат, однако, не получил в действительности того значения, которое предполагалось ему дать при его восстановлении. С учреждением министерств, государственного совета и в особенности кабинета министров явились учреждения, поставленные в более непосредственные отношения к верховной власти, чем правительственный сенат. Общий надзор сената за деятельностью министерств, заключающийся в ревизиях, поверке отчетностей и вообще в наблюдении за ходом управления, уменьшается и переходит главным образом к кабинету министров. Кроме того, государственный совет получил значение высшей инстанции относительно постановлений сената. К нему переходят дела, если в общем собрании сената не состоялось большинства 2/3 голосов, или если с решением общего собрания, хотя бы и единогласным, не согласился генерал-прокурор сената, министр юстиции.

Несмотря на то, что правительственный сенат не получил в действительности того высокого положения, которое предполагалось ему дать, на него до сих пор возложены некоторые обязанности по общему наблюдению за деятельностью органов управления и некоторые весьма мало развитые функции дисциплинарного суда, простирающего свою деятельность на низшие должности до губернаторов, а с Высочайшего утверждения — и на последних.

Гораздо полнее деятельность правительствующего сената как органа административной юстиции, но и в этом отношении он поставлен, как и вся система административной юстиции, в очень неудовлетворительное положение.

По общему правилу, административная юстиция предоставлена у нас в низших инстанциях тем же органам, как и администрация, — различным уездным и губернским административным лицам и установлениям и министерствам. Только в высшей инстанции административная юстиция представлена органу, стоящему в стороне от министерств — правительствующему сенату. Не только в низших инстанциях, но и в самом сенате все спорные дела ведутся письменно, не публично и без всяких процессуальных форм. Не указаны ни сроки для подачи жалоб, ни способы исследования дела, напр., оценки фактических обстоятельств посредством осмотра мест, допроса свидетелей, поверки документов, заключений экспертов, ни способы и сроки для обжалования решений. Дела проходят длинную иерархическую

лестницу от властей уездных к властям губернским, от последних в министерства и в правительственный сенат, а иногда и дальше — в государственный совет. При таком способе производства и решения дел, кроме других недостатков, неизбежны тягостные проволочки и еще более тягостное влияние канцелярий. Самое положение правительственно-го сената едва ли соответствует высоте той задачи, которая на него возложена. Во-1-х, закон не обеспечивает надлежащую высоту образовательного ценза и полную независимость служебного положения членов сената от различных случайных влияний, т.е. не обеспечивает условий, особенно необходимых органу, специальная задача которого — поддержание законности в управлении. Во-2-х, решения правительственно-го сената, как мы видели, не всегда окончательны. В-3-х, существуют значительные отрасли управления, разросшиеся иногда до размеров министерств, как, напр., III, отделение Собственной Его Императорского Величества канцелярии, изъятые от его контроля.

Чтобы представить себе всю невыгоду такого состояния административной юстиции, достаточно вспомнить, что взимание громадной массы налогов, приложение громадного множества полицейских мер совершается без всякого сколько-нибудь правильного разбирательства спорных случаев.

В некоторых недавно возникших отраслях управления невыгоды соединения администрации и административной юстиции смягчаются тем, что в них как администрация, так и соединенная с нею административная юстиция предоставляются учреждениям смешанного состава, состоящим из должностных лиц правительской администрации и должностных лиц самоуправления. Таковы, напр., уездные и губернские по крестьянским делам присутствия, уездные городские и губернские (областные) присутствия по отправлению воинской повинности, губернские по городским делам присутствия. В положении о земских учреждениях, в положении о губернских и уездных по крестьянским делам учреждениях, в городовом положении и в уставе о воинской повинности обращается большее, чем прежде, внимание на административную юстицию. В положении о земских учреждениях указаны обществам и установлениям способы и сроки обжалования постановлений земских учреждений. В остальных положениях эти способы и сроки обжалования указаны и для отдельных лиц. Во всех этих законоположениях сокращается число судебных инстанций, так как жалобы на постановления местных учреждений идут в правит. Сенат, минуя министерства. В положении о губернских и уездных по крестьянским

делам учреждениях процессуальные правила изложены с некоторою подробностью и допущена в низших двух инстанциях публичность (ст. 57 и 117 указ. положения). Но деятельность этих новых учреждений составляет только незначительную часть всей правительственной деятельности. Преобразование административной юстиции, установление немногих низших инстанций с коллегиальным и имеющим независимое положение персоналом, преобразование 1-го департамента правительствуемого сената в высший административный суд, занимающий в области управления такое же положение, какое занимают кассационные департаменты в области суда, введение публичности и определенного процесса или, лучше сказать, нескольких процессов сообразно различным родам дел управления, имеющим свои особенности, является неотложною потребностью настоящего времени.

Само правительство сознalo недостаточность настоящего положения административной юстиции. В позднейших законоположениях, как я уже упомянул, оно обратило на нее внимание. Кроме того, несколько лет тому назад правительство образовало комиссию под председательством сенатора Любощинского для разработки вопроса об организации административных судов.

Полная реформа административной юстиции возможна только по разрешении более общего и трудного вопроса, отмеченного еще Екатериною II и Сперанским, вопроса об отношении административного распоряжения к закону или, по выражению Екатерины II, о согласовании указа с уложением (наказ, гл. III ст. 21). Только по разрешении вопроса — какие отношения должны быть регламентированы законом, т.е. постановлением, выработанными путем определенного законодательного процесса, какие, напротив, могут быть определены высшими административными распоряжениями, только тогда, когда будет установлено различие в юридической силе между законом и административным распоряжением, реформа административной юстиции может быть доведена до конца. Вопрос об устройстве административной юстиции не теряет, однако, и в настоящее время своего важного значения относительно так называемого у нас подчиненного управления, совершающегося как на основании законов, изданных при участии государственного совета, так и на основании административных распоряжений, изданных без такого участия.

В нашей юридической литературе, недавно начавшей свое существование, бедной поэтому научными монографиями из области частного и уголовного права, еще более бедной в области публичного права, вопрос об организации административ-

ной юстиции едва затронут. На него обратил особенное внимание профессор Градовский в своих “Началах русского государственного права” и в статье, помещенной в 1 томе Сборника государственных знаний “Закон и административное распоряжение”. Его же коснулся Коркунов в рецензии курсов Андреевского, Романовича-Славатинского и Градовского, помещенной в III томе того же Сборника. Практическая важность этого вопроса была одною из причин, побудивших профессора Ковалевского обратиться к занятиям по истории административной юстиции и издать “Историю юрисдикции налогов во Франции”.

Если мы добавим к этому напечатанную мною в Киевских университетских известиях за 1877 г. лекцию и краткое указание в Журнале уголовного и гражданского права за 1878 г., кн. 5—6, на реферат по этому вопросу, читанный Коркуновым в петербургском юридическом обществе, то вот и все, что есть в нашей литературе, относящееся к административной юстиции.

Ввиду сознанной самим правительством недостаточности у нас средств для поддержания права и закона в области управления и потребности в преобразованиях приобретает чрезвычайно важное практическое значение знакомство с организацией административной юстиции в Западной Европе, с различными системами этой организации, с условиями, при которых каждая из них возникла и существует, с последствиями, к которым эти системы приводили, наконец, с их юридической техникой.

Сознание необходимости преобразований в области административной юстиции и желание по мере сил способствовать правильному направлению этих преобразований побудило меня обратиться к изучению устройства административной юстиции в западной Европе. Предлагаемая в настоящее время читателям книга есть только часть более широко задуманного труда, обнимающего административную юстицию в главнейших государствах западной Европы — во Франции, Бельгии, Италии, Англии, Германии и Австрии.

Неблагоприятные условия, которыми обставлены занятия в провинциальном городе, сделали эту книгу несвободною от некоторых недостатков, которых я не мог устраниТЬ, несмотря на полное их сознание. Вследствие бедности находящихся под рукою научных пособий я не мог, напр., подвергнуть настолько обстоятельному, как желал бы, исследованию отношения различных политических партий во Франции к тесно связанным между собою вопросам об административной централизации или децентрализации и административной юстиции. Даже при простом описании мне иногда недоставало научных пособий, кото-

рые могли бы содействовать разъяснению некоторых довольно существенных подробностей устройства во Франции административной юстиции. Особенно я сожалею о том, что не мог воспользоваться книгою Adolf'a Chauveau *Code d'instruction administrative*.

Каковы бы ни были сознаваемые или несознаваемые мною недостатки книги, предлагаемой читателям, я тем с большею охотой готов выслушать все замечания компетентных лиц, что имею возможность воспользоваться ими в будущем при продолжении книги или даже, может быть, при новом более полном ее издании.

## ВВЕДЕНИЕ

Путем долгой исторической борьбы с абсолютизмом королей народы западной Европы, раньше всего в Англии, а со временем Великой французской революции и на континенте, перешли к представительному государственному устройству с различною степенью участия населения в политической деятельности. Это участие населения принимает различные формы и сообщает тому или другому государству характер республики, конституционной монархии парламентской (с преобладанием в управлении представительства), или дуалистической (с преобладанием в управлении королевской власти). В основание организации представительства положены в одних государствах более в других менее демократические начала. Вместе с тем утверждаются некоторые основные принципы законодательства и управления, признанные необходимыми условиями материального, умственного и нравственного развития народов — принцип личной неприкосновенности, религиозной свободы, свободы научного исследования, свободы печати, ассоциаций, петиций, независимость суда от администрации, публичность процесса, участие на суде присяжных и т.д. Принципы эти, с теми или другими ограничениями, выражены во множестве законов, а иногда, в виде общих положений, занесены в основной закон страны — конституционную хартию.

Никто не станет в настоящее время отрицать, что политическое устройство (конституция) данного народа почертает свою силу в убеждениях и энергии этого народа, что прочность политической формы государства зависит от окрепости или шаткости бытовых отношений между классами общества и от того, насколько она этим бытовым отношениям соответствует. Признавать это не значит, однако, признавать, что политическое устройство страны есть такой продукт исторических условий,

который мы можем только созерцать и пассивно воспринимать. Напротив, необходимо признать, что сознательная деятельность, направленная на организацию государственных отношений, принимающая в соображение особенности данного народа, в высокой степени плодотворна и способна увеличить уровень его материального и умственного развития, чувство собственного достоинства и политической свободы — этих необходимых условий общественного прогресса в современных цивилизованных государствах.

Организация представительства и установление основных принципов политической свободы есть первая задача, на которую обращается особенное внимание при переходе государства из его абсолютной полицейской формы, при которой все делается силой бюрократии, в форму современного представительного устройства, при которой значительная часть государственной деятельности совершается при живом участии самого общества. Нельзя, однако же, думать, что организация правительенных или судебных учреждений есть такая задача, которая может быть выполнена лучше или хуже без особенного подрыва общего политического строя данной страны. Только весь состав государственных учреждений, гармонически действующих, проникнутых одною мыслью, может обеспечить правильную, в духе данного государственного устройства, деятельность учреждений, неприкосновенность прав граждан и прочность установленной формы государственного устройства. На организацию уголовного и гражданского суда, впрочем, обращалось достаточное внимание публицистами и законодателями нашего столетия, да и сравнительно меньше было препятствий к правильной постановке этих учреждений. Этого нельзя сказать относительно правительенных учреждений, та или другая организация которых в большей степени влияет на положение королевской власти в государстве и отношения ее к палатам. Между тем правильная или неправильная постановка правительенных учреждений имеет такое же важное значение как относительно отдельных лиц, так и относительно представительства. Мало могут значить палаты, небольшую цену будут иметь существенные права граждан, если правительенной (исполнительной) власти предоставлено такое широкое и бесконтрольное влияние в управлении, что она держит в полной от себя зависимости все интересы населения и может его принудить посыпать в палаты таких лиц, каких само пожелает. За примерами ходить недалеко. Недавно окончившая свое существование французская империя с своими официальными кандидатурами была именно таким конституционным го-

сударством, в котором политические права населения в действительности сводились к праву избирать в законодательный корпус таких представителей, каких укажет ему администрация. Ответственность министров, государственная служба, местное самоуправление, система разрешения споров в области управления между частными лицами и администрацией — все это государственные отношения, которые могут быть таким образом организованы, что права отдельных лиц будут призраками прав, а конституция останется красноречивым, но бесплодным выражением политических желаний нации.

Предлагаемая читателям книга посвящена рассмотрению одного из вопросов государственного устройства, имеющего важное значение как с точки зрения обеспечения прав отдельного лица, так с точки зрения неприкосновенности прав законодательной власти, неприкосновенности конституции, именно — рассмотрению устройства во Франции юстиции в спорах между отдельными лицами и администрацией, возникающих по поводу употребления последнею своей правительственной власти.

Юстиция, состоящая в наказании виновных и в разрешении споров о правах и обязанностях, составляла всегда одну из главнейших забот государства. Права и обязанности, нарушение которых или спор о которых требует вмешательства органов юстиции, могут относиться как к области частного права, так и к области права публичного (право выборов, налоговая повинность, воинская повинность и т.д.).

Как во времена королевского абсолютизма, так и в настоящем столетии наибольшее защитой пользовались права в тех случаях, когда нарушения исходили от частных лиц. Деятельность уголовных и гражданских судов обставлена в настоящее время различного рода гарантиями правильности и беспристрастия в отправлении правосудия, гарантиями, заключающимися в независимом положении персонала суда, участии присяжных, устности, публичности и правильном процессе.

Не признанные законом права могут быть нарушаемы не только частными лицами, но и самими органами государства. Конечно, и в этих случаях необходима защита прав, как от умышленно незаконных, предпринятых с преступными целями, действий представителей власти, так и от действий, совершенных без такого преступного умысла, только вследствие заблуждения административного лица относительно границ принадлежащей ему деятельности. И в этих случаях необходимы различного рода гарантии правильности и беспристрастия в деятельности органов, предназначенных оказывать защиту. Вопрос только в том, как

организовать эту защиту, кому ее предоставить и как согласовать ее с необходимою свободой, независимостью и авторитетом правительственной власти.

Необходимость в организации надлежащей защиты прав от пристрастных или просто неправильных действий административной власти делается все более и более настоятельною по мере того, как увеличивается область государственного управления, по мере того, как появляются новые, сложные задачи для деятельности государства. Развитие прессы, школ, ассоциаций, крупного фабричного производства, торговли, железных дорог, банков, увеличение городского населения, увеличение пролетариата — все это обуславливает необходимость множества новых законов, касающихся народного образования, народного здравия, общественного призрения, общественной безопасности и т.д. Все эти законы указывают правительственной власти известное поле деятельности, формы и направление этой деятельности, часто предоставляют ей свободу действовать по своему усмотрению сообразно обстоятельствам, но вместе с тем эти же законы предоставляют отдельным лицам множество определенных прав, налагают на них множество точно обозначенных обязанностей, существование и пределы которых не могут быть поставлены в зависимость от одностороннего и бесконтрольного толкования органов правительственной власти.

Юстиция по делам, возникающим по поводу актов правительственной власти, как и в делах, возникающих между частными лицами, может быть двух родов. Во-1-х, юстиция уголовная — в тех случаях, в которых дело идет не только о прекращении незаконных действий, но и о наказании виновных в злоупотреблении властью. Сюда же могут быть причислены и дела о наказании частных лиц, виновных в сопротивлении законным распоряжениям администрации. Во-2-х, юстиция, не имеющая уголовного характера, аналогична обыкновенной гражданской юстиции. При сложности отношений, в которых правительству приходится действовать, при множестве прав, с которыми ему приходится сталкиваться, при множестве законов, с которыми ему приходится сообразоваться, часто могут возбуждаться споры, не имеющие ничего общего с уголовным процессом, споры между отдельным лицом физическим или юридическим (общиной, госпиталем, ассоциацией), с одной стороны, и администрацией — с другой, споры, в основании которых лежит не недобросовестное действие отдельного лица или администрации, а различное понимание с обеих сторон своих прав, различная оценка фактов, подавших повод к спору, различное толкование

относящихся сюда законов или распоряжений. Задача предстоящего в таких случаях суда состоит не в наказании той или другой стороны, а в определении для данного частного случая границы деятельности администрации и частного лица, в признании законности требования администрации, или же, напротив, в отмене того административного приказания, которое оказалось в коллизии с законными правами частного лица, в восстановлении нарушенного права или в определении за него вознаграждения. Такие споры могут возникать, действительны возникали и возникают во всех отраслях управления, по поводу незаконного взимания налогов, неправильной раскладки дорожной, подводной или квартирной повинности, неправильной записи в военную службу или удержания под знаменами более положенного срока, по поводу закрытия школ, конфискации книг, газет, почтовых пакетов или посылок, конфискации в таможнях товаров, по поводу нарушения избирательных прав и т.д. Споры эти могут возбуждаться или между частным лицом и администрацией непосредственно, или же между частным лицом и другим частным лицом, действующим на основании постановления администрации.

По своим целям и средствам уголовная юстиция глубоко различается от юстиции, состоящей только в разрешении споров о правах и обязанностях. Последнего рода юстицию, насколько она относится к спорам, возникшим по поводу правительственной деятельности администрации, мы будем, по примеру других, называть административной юстицией (*juridiction administrative, Administrativ-Justiz*) или юстицией в делах управления (*Verwaltungsrechtspflege*). Только административная юстиция в этом смысле слова будет предметом нашего рассмотрения.

Собственно говоря, “административная юстиция” есть термин не вполне удачный, так как, во-1-х, грамматическое значение слова “юстиция” обнимает и уголовную юстицию; во-2-х, слово “административная” наводит на мысль, что это такой род юстиции, в котором, в качестве судьи, действуют административные органы. В последнем смысле этот термин и понимался иногда в Германии, особенно в первой половине нынешнего столетия. Даже после отделения суда от администрации в большинстве германских государств некоторая часть обыкновенной гражданской и судебно-полицейской юстиции была оставлена в руках администрации. Административной юстицией поэтому часто называли ту юстицию по спорам из области частного права и по взысканиям за полицейские проступки, “которая должна была бы принадлежать обыкновенным судам, но в действии

тельности предоставлена администрации". Несмотря на это, я думаю, можно без вреда оставить термин "административная юстиция", так как, после надлежащего разъяснения, он едва ли в настоящее время может повести к какой-нибудь путанице по-нитий.

Необходимость защиты прав против неправильных действий представителей власти создавалась всегда, и даже в абсолютных монархиях принимались с этой целью различные меры, но эта защита была организована недостаточным образом и часто не представляла стройной системы. Главнейшее средство защиты составлял надзор короля и высших административных органов за деятельностью низших. Административные учреждения соединяли в своих руках и собственно администрацию, и разбирательство споров по поводу действий административной власти, т.е. административную юстицию. Но иногда, в виде исключения, существовали и особые административные суды, как, напр., *cours des aides*, в области прямых налогов, во Франции и *Kammerjustizdeputationen*, в области финансового и полицейского управления, в Пруссии<sup>1</sup>. Также в виде исключения административная юстиция по некоторым делам (по делам о некоторых косвенных налогах во Франции) предоставлялась обычным судам. Господствующим правилом, однако, оставалось не только соединение администрации и административной юстиции, но и в значительной степени соединение администрации и обычной гражданской и уголовной юстиции.

Менее всего была надежна эта защита прав в тех отраслях управления, которые находились в заведывании единоличных органов, интендантов, комиссаров, министров и тому подобных лиц. Единоличные органы разрешали спорные дела, как и дела чисто административные, без всяких процессуальных форм, без надлежащего выслушания сторон и свидетелей, по докладам своих канцелярий. Разрешение споров зависело, таким образом, не только от личных взглядов, симпатий и антипатий административного лица, но и от личных взглядов и корыстных расчетов канцеляристов, от которых зависело представить дело в том или другом виде. Больше обеспечений представлялось частному лицу в отраслях управления, находившихся в заведывании коллегий, которые существовали и во Франции, но в особенности были многочисленны в Германии и составляли в последней преобладающую систему управления до начала нынешнего столетия.

---

<sup>1</sup> О прусских *Kammerjustizdeputationen* см. у *Schulze*, Das preussische Staatsrecht, 1-er B. S. 239.

Коллегиальное обсуждение дела, процессуальные формы, подобные судебным, сохранившиеся в этих коллегиях, до известной степени обеспечивали права частных лиц, хотя и здесь отсутствие публичности, письменное производство и другие несовершенства процесса предоставляли также некоторое влияние канцеляриям и неблагоприятно отзывались на правах сторон.

Последним приблизившим для жалующихся был король, который иногда разрешал дело по своему личному усмотрению, по докладу министров или приближенных лиц, но часто передавал жалобу на предварительное рассмотрение совета из высших сановников, носившего название государственного совета, тайного совета, совета министров или какое-нибудь иное название. Но даже при рассмотрении дел этими коллегиальными учреждениями, даже такими, в которых, как, напр., в французском государственном совете, выработался более или менее определенный процесс, защита прав могла быть только очень несовершенна. Стремление королей к личному управлению и суду, возможность подрывать силу закона, изданного в виде общего правила, постановлениями королей, изданными для частного случая, или отдельными решениями по судебному делу, влияние министров, куртизанок и других придворных лиц, пользовавшихся доверием короля, отсутствие независимости в положении членов высшего совета — все это мешало однообразию в применении законов к отдельным лицам, правильности и беспристрастию правосудия.

С возникновением представительных учреждений, с появлением резкого различия в юридической силе между законом, изданным с участием представительства, и административным распоряжением, изданным без такого участия, вопрос об организации охраны прав против незаконных действий администрации усложнился, так как даже высшая правительственная власть, королевская, будучи только одним из факторов законодательной власти, сама может издавать распоряжения, противоречащие праву и закону, и тем дать повод или к спору со стороны тех лиц, чье право нарушено, или даже к привлечению к ответственности уголовной или дисциплинарной, не короля, конечно, но всех его советников и исполнителей. Вместе с усложнением этого вопроса он приобретает и большую важность, так как здесь заходит дело не только о защите прав отдельного лица, но вместе с тем и о надлежащем соотношении властей законодательной и правительственной, о том регуляторе, который должен поддержать это соотношение и вводить административную власть в над-

лежащие границы в каждом частном случае нарушения этой границы.

Если мы рассмотрим административную юстицию в XIX в. в главнейших государствах западной Европы, как до введения конституций, так и после их введения, то мы заметим несколько существенных различий в ее состоянии, несколько типов ее организации<sup>1</sup>.

1. Административная юстиция принадлежит самой администрации — министрам и различным зависимым от министерства, большую частью единоличным, органам. Формы, производства и решения административных дел и дел судебных при этом не различаются. В настоящее время такое, можно сказать неорганизованное, состояние административной юстиции в большинстве конституционных государств перестало существовать как общее правило. Соединение в руках министров и других административных органов администрации и административной юстиции остается, правда, до некоторой степени и теперь, но при существовании в настоящее время в этих государствах других, более совершенных систем административной юстиции, оно имеет второстепенное, иногда маловажное значение.

Разрешение споров единоличными органами, без всяких судебных форм, по докладам канцелярий, в первую половину настоящего столетия не только не прекращается, но даже во многих государствах усиливается. Система коллегий в начале нынешнего столетия почти везде на континенте заменяется устроеными по французскому образцу министерствами, с министром во главе и поставленными в зависимость от министерства органами в низших инстанциях, органами также большую частью единоличными. При этом, в большинстве государств, при этих единоличных органах не были созданы советы наподобие французских советов префектуры, специальное назначение которых — быть органами административной юстиции. Не везде существовал и государственный совет с судебным значением. В таком виде, напр., находилась административная юстиция в Пруссии, начиная с реформ Штейна и Гарденберга (1808—1818) до самых 70-х годов. Министр является не только администратором, но и высшей инстанцией по делам административной юстиции. Го-

<sup>1</sup> Главнейшими источниками для ознакомления с административной юстицией могут служить: для Англии известные сочинения *Gneist'a*, для Бельгии — *de Fooz, Droit administratif belge*, для Италии — *Dubois, Le contentieux administratif en Italie*, для Австрии — *Pann, Die Verwaltungs-Justiz in Oesterreich*, для Франции и Германии — сочинения, указанные далее в моей книге.

сударственный совет, учрежденный в 1817 г., обратившийся в 48 г. в периодически, по мере надобности, собираемую комиссию с неопределенным составом членов и снова восстановленный в 1852 г., во все время своего существования имел значение (совещательное) только в вопросах законодательства и при издании общих административных распоряжений; он не имел судебных функций. Споры о компетенции между судом и администрацией (конфликты) разрешались администрацией властю до 1847 г., когда был учрежден особый *Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte*, состоявший из 6 лиц административного и 5 лиц судебного ведомства.

В таком же состоянии находилась административная юстиция в большинстве других германских государств и во многих государствах итальянского полуострова — в Сардинии до 1842 г., в Модене до 1852, в папской области и ломбардо-венецианском королевстве до присоединения их к итальянскому королевству. Она находилась в таком положении не только в абсолютных монархиях, но и в некоторых конституционных — в той же Пруссии после конституции 1850 г. и великому герцогству баденскому, которое еще в 1818 г. перешло в разряд конституционных государств. В этом последнем до самого 1863 г., когда последовали коренные реформы в администрации и административной юстиции, дела административной юстиции сосредоточивались в министерствах, конфликты между судом и администрацией разрешались советом министров (*Staatsministerium*), и никакого учреждения в роде государственного совета не существовало вовсе.

2. Типичный характер представляет система административной юстиции во Франции. Основания этой системы в значительной степени существовали еще в дореволюционный период. Она была улучшена во времена консульства и первой империи и достигла своего полного развития во времена Людовика-Филиппа и второй империи. Сущность этой системы состоит в следующем. Административная юстиция рассматривается как принадлежность административной власти, но в самой администрации произведено отделение администрации управляющей (*administration active*) от администрации судящей или административных судов (*tribunaux administratifs*). Большая часть административной юстиции принадлежит двум инстанциям административного суда, устроенным в среде самой администрации — советам префектуры и государственному совету. Эти суды действуют коллегиально, публично, с соблюдением главных процессуальных форм, при участии на суде адвокатов и прокуратуры. Но суды эти не пользуются независимым от администрации поло-

жением. Совет префектуры состоит из советников, зависимых в своем положении от администрации, имеющих кроме судебных и другие занятия административные, и, кроме того, имеет своим председателем префекта, главное административное лицо департамента. Государственный совет до реформы, произведенной в 1872 г., состоял из лиц, назначаемых и увольняемых главою правительства и, кроме того, не имел права постановлять свое собственное решение. Он приготовлял только проект декрета для императора, которому одному принадлежало решение. Конфликты между судом и администрацией разрешались государственным советом. Таким образом административная юстиция во Франции принадлежала и до некоторой степени и теперь принадлежит самой администрации, но администрации, действующей в ином составе (коллегиально) и в других формах. Такую организацию административных судов, конечно, можно рассматривать как прогресс сравнительно с тем ее состоянием, в каком мы находим ее во всех абсолютных немецких государствах первой половины нашего века и в некоторых конституционных. Она представляет собою попытку дать более действительную защиту правам отдельных лиц, с сохранением всей силы правительенной власти, всех тех средств влияния, которые сообщают ей преобладающее, сравнительно с законодательными палатами, значение в государстве. Французская система, в большей или меньшей полноте, была введена и в других государствах, немецких и итальянских, — в Баварии и Вюртемберге, в которых в 1818—1819 гг. устроены государственные советы, действовавшие по образцу французского государственного совета, в Неаполитанском королевстве, Парме и Сардинии (в 1859 г.). Наиболее полно воспроизводил французскую систему административных судов сардинский закон, 1859 г., выработанный министерством Rattazzi. Этот закон учредил государственный совет в столице и правительственные советы, наподобие французских советов префектуры, в губерниях. Во всех упомянутых государствах французская система административных судов в настоящее время уже утратила свое значение. В самой Франции, после падения второй империи, сделаны значительные от нее отступления. Государственный совет, действующий по судебным делам, в настоящее время есть независимое от правительства учреждение.

3. Другой тип представляет законодательство Бельгии, с 1831 г., и законодательство объединенной Италии, со времени закона 28 марта 1865 г. Административная юстиция в этих государствах вообще предоставлена обыкновенным судам, причем в Бельгии конфликты между судом и администрацией решаются

высшей инстанцией суда, а в Италии высшим административным учреждением — государственным советом. В некоторой степени приближались к этому типу законодательства прежних итальянских государств — Тосканы и Сардинии (1842—1859 гг.).

4. Совершенно иначе организована административная юстиция в Англии.

Наибольшая часть управления в Англии принадлежит не органам центрального управления, а органам самоуправления. При этом в области самоуправления нет разделения между судом и администрацией. Мировые судьи, действующие единолично или коллегиально, в составе малых, специальных и четвертных заседаний, соединяют в своих руках не только администрацию, но и административную юстицию и, кроме того, значительную часть обыкновенной гражданской и уголовной юстиции. Большая часть спорных дел из области управления решается коллегиально, с соблюдением определенных процессуальных форм. Публичность соблюдается даже на суде у отдельного мирового судьи.

Высшей инстанцией относительно решений мировых судей, как по уголовным и общим гражданским делам, так и по делам административной юстиции, являются королевские суды. Таким образом, в Англии административная юстиция принадлежит обыкновенным судам только в высшей инстанции. Споры о компетенции между судом и администрацией решаются теми же королевскими судами.

Только в некоторых отраслях управления, организованных или реформированных сравнительно в недавнее время, напр., в управлении бедными, народным здравием, в строительном управлении, все споры, возбуждающиеся по поводу административных мер, идут не в суд, а к высшему начальству, и в последней инстанции решаются большую частью министром внутренних дел. Контроль королевских судов за отправлением юстиции в этих делах почти не существует.

В некоторой степени приближаются к английскому типу новейшие судебно-административные учреждения в Германии. Начиная с 60-х годов, во многих германских государствах производятся коренные реформы правительственныйных учреждений, органов самоуправления и административной юстиции. Первым государством, выступившим на путь реформ в области административной юстиции, был Баден. В настоящее время она преобразована в Бадене (в 1863 г.), Пруссии (1872—76 гг.) или, точнее сказать, в старых восточных провинциях Пруссии, за исключением Познани, в Саксонии (1873 г.), Гессене (1874—75 гг.), Вюртемберге (1876 г.) и Баварии (1878 г.).

Общие черты преобразований в этих государствах состоят в том, что в низших инстанциях организуются коллегиальные органы, соединяющие в своих руках административную юстицию и некоторую в одних государствах более, в других менее обширную часть администрации (приложение полицейских мер к земледелию, промышленности, торговле, дела по управлению бедными, школами и т.д.). Эти коллегиальные органы поставлены в более или менее независимое положение от министерства. Они состоят из постоянных должностных лиц и, кроме того (за исключением Бюргемберга и Баварии), из местных жителей, несущих даровую и обязательную службу. Эти последние назначаются из кандидатов, избираемых местными собраниями. Для рассмотрения спорных дел установлен определенный устный и публичный процесс. В высшей инстанции административная юстиция отделена от администрации, но предоставлена не обыкновенным судам, а особым административным судам, состоящим из постоянных судей, имеющих высшее юридическое и административное образование.

Реформы эти не везде еще закончены. Так, в Саксонии организованы только две низшие коллегиальные инстанции (*Bezirksausschuss* и *Kreisausschuss*). Высшей инстанцией административного суда по-прежнему остаются министерства<sup>1</sup>.

Законодательства отдельных государств значительно разнятся в подробностях. Так, в одних государствах установлены три инстанции суда (Пруссия, Гессен, Саксония, Бавария), в других — две (Баден, Бюргемберг). В Пруссии суд отделяется от администрации уже во второй инстанции. Кроме того, существуют значительные различия относительно круга деятельности этих учреждений, процесса и способов разрешения конфликтов.

5. Особое положение относительно устройства административной юстиции занимает австрийская империя. Вследствие широкой автономии, принадлежащей различным областям, входящим в ее состав, оказалось слишком много затруднений для преобразования администрации и административной юстиции в низших инстанциях. Поэтому реформа административной юстиции в Австрии была ограничена тем, что учрежден (в 1875 г.) один высший административный суд (*Verwaltungsgerichtshof*), действие которого простирается на всю область по эту сторону Лейты. Он имеет значение кассационного суда относительно всех административных учреждений империи. Административный суд может, однако, не ограничиваясь одною кассацией администра-

---

<sup>1</sup> *Bernowitz*, Sachslisches Gesetz vom 21 April 1873.

тивного постановления, сам разрешить спор, если обстоятельства дела представлены на суд в достаточной полноте, но не иначе, как на основании фактов, установленных в высшей административной инстанции. Члены административного суда пользуются таким же независимым положением, как и члены обыкновенных судов, и назначаются пожизненно. Кроме этого административного суда в цислейтанской Австрии существует еще имперский суд (*Reichsgericht*), которому также принадлежит значительная часть административной юстиции. Имперский суд, установленный одним из основных законов, изданных 21 декабря 1867 г., разрешает споры о публичном праве, возникающие как между автономическими органами отдельных австрийских земель, так и между этими органами и центральным правительством. Кроме того, ему принадлежит разрешение споров о политических правах, гарантированных конституцией отдельным гражданам. Члены имперского суда также назначаются пожизненно. Назначение президента и его товарища принадлежит одному императору. Остальные члены также назначаются императором, но из кандидатов, представленных наполовину верхнею, наполовину нижнею палатой<sup>1</sup>. Как в административном, так и в имперском суде процесс — устный и публичный и ведется при участии адвокатов. Конфликты между административным судом (*Verwaltungsgerichtshof*) и администрацией разрешаются самим административным судом, конфликты между административным судом и обыкновенными судами разрешаются имперским судом, а конфликты между административным судом и судом имперским разрешаются особым сенатом, составляемым для каждого отдельного случая из 8 членов, по 4 от каждого из обоих судов.

Мы видели, как разнообразны те учреждения, которым предоставляется административная юстиция. Еще большее различие представляют законодательства различных стран относительно того, как велик объем этой юстиции и каким образом обыкновенная юстиция и юстиция административная поделены между обыкновенными судами, административными судами и самой администрацией. Объем административной юстиции не везде одинаков. Так, в некоторых государствах споры частного лица с фиском, т.е. с государством, выступающим в качестве собственника имущества, покупателя, продавца и т.д., предоставляются административным судам. Иногда административным

---

<sup>1</sup> Staatsgrundgesetz vom 21 December 1867. Über die Einsetzung eines Reichsgerichts. Текст основных законов, изданных 21 декабря 1867 г., можно найти у *Schulthess*, Europäischer Geschichtskalender 1867.

судам предоставляется также наложение взысканий за полицейские проступки. Иногда, наоборот, дела административной юстиции предоставляются обыкновенным судам. Так, напр., во Франции обыкновенные суды решают споры по поводу взимания администрацией косвенных налогов. Очень большие различия представляет отделение области административной юстиции от области администрации. В одних странахциальному лицу предоставляется в более широком размере, чем в других странах, право жалобы на действия администрации в суд (обыкновенный или административный). Так, в одних странах по поводу закрытия администрацией торговых или промышленных заведений частному лицу предоставляется право жалобы в суд, а других странах допускается только жалоба высшей администрации. То же самое можно сказать о различного рода отношениях государственной службы — о правах должностных лиц на жалованье, пенсию, титул, повышение в служебной иерархии и о многих других отношениях. Такие же различия существуют и в процессе по делам административной юстиции как между различными странами, так и между различными родами дел в одной и той же стране.

Устройство административной юстиции в различных странах находится в связи с политическими условиями этих стран, есть продукт современных факторов, в них действующих, и предшествовавшей их истории. Поэтому практически вопрос, возбужденный в настоящее время во многих государствах западной Европы — каким образом организовать административную юстицию, как и все общественные и государственные вопросы, не может быть решен одинаковым образом для всех времен и для всех народов. Ответ на этот вопрос может быть дан только по соображении всех особенностей положения данной страны. Так, на континенте Европы, где администрация представляет собою могущественную силу, повинующуюся одному импульсу из центра, отделение административной юстиции от администрации имеет большее значение, чем в Англии, где область самоуправления весьма широка, где поэтому вопрос о лучшей защите прав в области управления сводится к улучшениям в организации самоуправления. Вопрос об организации административной юстиции в России требует также специального рассмотрения русских политических и иных условий и своего специального разрешения. Несмотря, однако же, на то, что вопросы государственного устройства должны быть разрешаемы для каждого государства в отдельности, при общности культурной жизни европейских народов, при значительной общности возникающих потребностей

и средств для их удовлетворения, — опыт других государств может дать полезные указания. Конечно, расчет на то, что учреждения, существующие в одной стране, произведут те же результаты и в другой стране, с иными условиями, всегда оказывался и будет оказываться неверным. В выводах, основанных на изучении чужих стран, должны быть сделаны соответствующие поправки и изменения на основании знаний специальных особенностей той страны, для которой предназначаются наши практические построения. Только при обстоятельном знании условий данной страны может быть полезен и опыт других стран, только при таком знании возможно удачное разрешение выдвинутых жизнью общественных и государственных задач.

## VI ПРОЦЕСС

В систему французских административных судов входят два рода учреждений. Одни из них, как судебный государственный совет, совет префектуры, commissions spéciales в области публичных работ, начинают дела не иначе как по жалобе частного лица или заявлению администрации и по своей деятельности близко подходят к гражданским судам; другие, как напр. некоторые из специальных судов — счетная палата, ревизионный совет, государственный совет решающий appels comme d'abus, могут начинать дела ex officio и по характеру своей деятельности в большей или меньшей степени приближаются к административным учреждениям. Здесь мы рассмотрим процесс в учреждениях первого рода, т.е. в общих судебно-административных учреждениях.

В первые времена королевской Франции в административных судах, как и в парламентах, процесс был публичный, устный и состязательный. С перенесением спорных дел к интендантам и государственному совету устность, публичность и до известной степени состязательное начало утратились. С восстановлением государственного совета и устройством новых административных судов на этих судах установлен не новый процесс, получивший свою формулировку в code de procédure civile, а старый письменный, тайный и отчасти инквизиционный процесс, каковым он был формулирован в регламенте канцлера d'Aguesseau 1738 г.

Для административных судов процесс определен сколько-нибудь подробно только для государственного совета декретом 22 июля 1806 г., который есть ничто иное как воспроизведение регламента 1738 г. Процесс в советах префектуры не был регламентирован никаким законом до самого 1865 г., когда декретом

12 июля, чрезвычайно неполным, установлены некоторые процессуальные правила. Судебная практика восполнила до некоторой степени пробелы, применяя по аналогии к процессу в советах префектуры правила декрета 1806 г., изданные для государственного совета, или прилагая соответственные положения *code de proc. civ.*, насколько это согласимо с природою административных дел. Что касается министров, префектов, мэров и большинства специальных советов, то закон не устанавливает особых правил для деятельности их как *juges au contentieux*. Решения по спорным делам подготавливаются и издаются ими совершенно так же, как и решения по чисто административным делам.

Несмотря на допущение в государственном совете и советах префектуры публичности, адвокатуры и прокуратуры, все-таки письменность и некоторое присутствие инквизиционного начала остаются до сих пор чертами, отличающими процесс во французских административных судах от общего гражданского процесса. Административные суды решают споры, возникшие по поводу актов администрации. Но из этого не следует, чтобы в процессе всегда выступала администрация в качестве одной из сторон. Если по поводу акта, изданного администрациою властью, возникает спор между двумя или более частными лицами, то и эти споры, в которых сторонами являются только частные лица, решаются административными судами<sup>1</sup>.

Так как администрация для издаваемых ею мер обыкновенно имеет право принуждения (*main garnis*) и не обращается к суду, то она обыкновенно является в роли ответчика. Только в некоторых случаях, напр. в делах о *contraventions*, она не действует непосредственно, а обращается с требованиями о взыскании с частного лица в совет префектуры. Жалоба частного лица не останавливает действий администрации<sup>2</sup>.

В советах префектуры дело начинается подачею письменного прошения (*requête*), для которого не предписано никакой формы; суд назначает докладчика. Предварительная подготовка (инструкция дела) находится не в руках сторон как в общегражданских французских судах, где стороны или, лучше сказать, их адвокаты обмениваются состязательными бумагами без ведома суда, а в руках докладчика, который действует по указаниям и под контролем совета префектуры (*sous l'autorité du cl. de*

<sup>1</sup> *Laferrière*, Cours de droit public et adm. 4-me éd. t. II, p. 734.

<sup>2</sup> Les recours formés contre les décisions des autorités administratives contueront à n'être suspensives. Loi 4 mai 1872, art. 24.

*préfecture*)<sup>1</sup>; через него ведутся сношения между сторонами, он определяет, смотря по обстоятельствам, сроки для ответа и реплики. Никакой закон не определяет действий суда относительно собирания доказательств — осмотра мест, документов, опроса свидетелей, относительно экспертизы. Только некоторые отдельные законы, напр. законы о прямых налогах, или публичных работах, говорят, иногда очень подробно, об экспертизе и устанавливают чрезвычайно различные способы ее производства. Так, в одних случаях требуется три эксперта, в других два, в третьих достаточно и одного; в одних случаях третий эксперт, приглашенный за разногласием двух, назначенных прежде, обязан пристать к одному из мнений, высказанных последними, в других — он может высказать самостоятельное мнение. По заключении предварительного исследования, докладчик составляет рапорт с проектом разрешения дела и назначается день для публичного судебного заседания. Стороны извещаются о дне заседания только в том случае, если они выразили желание представить устные объяснения (*observations orales*)<sup>2</sup>. Публичное заседание открывается чтением доклада, за которым следуют устные объяснения сторон (если они раньше выразили желание их дать), заключение прокурора (*commissaire du gouvernement*) и, наконец, мотивированное решение совета префектуры.

Несмотря на чтение доклада, замечания сторон и заключения прокуратуры, главный характер процесса — письменность. Дело решается главным образом на основании письменных документов<sup>3</sup>.

Способы обжалования решений совета префектуры те же, как и в общем гражданском процессе, с некоторыми видоизменениями относительно возражений на заочное решение (*Jugement par défaut*) и просьбе о пересмотре решений (*révision*), видоизменениями, установленными декретом 1806 г. для государственного совета, но применяемыми и в советах префектуры.

Хотя все судебные заседания совета префектуры (за исключением дел счетных) публичны и по всем делам допускаются устные объяснения самих сторон или их поверенных, но на практике громадная масса дел решается без устных объяснений. По статистическим данным 1868 г., из 322,711 дел, разбиравшихся в публичных заседаниях, 311,897 решались без устных объясне-

<sup>1</sup> Décret 12 juillet 1865, art. 3.

<sup>2</sup> Décret 12 juillet 1865, art. 12. *Chauveau, Journal du droit adm.* 2-me série, t. III, p. 330.

<sup>3</sup> R. Darest, p. 655. *Laferrière, Cours de droit publ. et adm.* t. II, p. 754.

ний, 7547 с объяснениями самих сторон и 3267 с объяснениями поверенных. Комиссия 1872 г., из доклада которой взяты эти цифры, объясняет это простотою самих дел (из 330,674 дел, поступивших в 1868 г., 320,480 относились к налогам) и тем обстоятельством, что многие дела возникают вследствие недоразумения. Частное лицо жалуется на неправильное обложение; администрация возражает и приводит мотивы; частное лицо видит, что оно заблуждалось, не настаивает больше и предоставляет суду решить дело против себя без возражений с своей стороны. Иногда бывает наоборот: вследствие приводимых в жалобе оснований администрация убеждается сама в справедливости жалобы. Если бы было установлено, чтобы жалующийся предварительно обращался к самой администрации то, по мнению комиссии, множество дел, вследствие разъяснения взаимных недоразумений, не дошло бы до суда.

Подобным же образом ведется процесс и в государственном совете. На постановление администрации или решение административного суда жалоба должна быть подана в трехмесячный срок с того момента, как это постановление или решение было предъявлено (*notifié*) данному лицу.

В обычновенных судах перенос дела в апелляционную инстанцию приостанавливает исполнение, за исключением определенных случаев, указанных в законе, когда, по просьбе одной из сторон, судья постановляет решение о предварительном исполнении. В административных судах действует правило обратное<sup>1</sup>.

Только в некоторых очень редких случаях закон сам предписывает приостановить исполнение. Во всех остальных случаях лицо, желающее приостановить исполнение, должно обратиться с просьбой об этом в государственный совет<sup>2</sup>.

Жалоба, поданная в государственный совет, не возбуждает процесс сама собою. Секция государственного совета назначает докладчика для рассмотрения жалобы и, на основании рапорта докладчика, делает особое постановление о сообщении жалобы противной стороне (*ordonnance de soit communiqué*), т.е. о принятии прошения. Получив этот *ord. de soit communiqué*, истец, в течение двухмесячного срока, сам посыпает *soit communiqué* и копию с своего прошения противной стороне, которая в течение двух недель должна дать ответ. Если противная сторона есть министр, то истец сам не посыпает к нему никаких требований;

<sup>1</sup> Recours au conteutieux n'a pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné. Décret 22 juillet 1806, art. 3.

<sup>2</sup> Serrigny, Traité, t. I, § 285.

о поступивших в государственный совет требованиях истца министр извещается, *ex officio*, административным путем. До 1831 г. постановление о *soit communiqué* имело действительное значение, и истцы часто с самого же начала отсылались от суда, но со временем введения устных объяснений, прокуратуры и публичности, так как в момент принятия прошения не известно — какие дела окончатся в секции, а какие перейдут в публичное заседание, то секция не предрешает дело за общее собрание и принимает все прошения, поданные в надлежащий срок и в надлежащей форме, как бы они ни были неосновательны по существу. С этого времени *soit communiqué* остается только окольным путем для привлечения ответчика к ответу.

Инструкция дела, так же как и в *cl. de pr.*, находится не в руках сторон, а в руках *section du contentieux* и ее докладчика; определения, относящиеся к инструкции дела, постановляются секцией в секретных заседаниях. Обыкновенно в состав дела входит не менее четырех состязательных бумаг: исковое прошение (*requête*), ответ (*reponse*), реплика и дублика. *Section du contentieux* может предписать осмотр мест, допрос свидетелей, экспертизу. Для этой цели она назначает одного из рекетмейстеров или аудиторов<sup>1</sup>. По составлении доклада дело переходит или в непубличное заседание секции, или же в публичное заседание *assemblée générale délibérant au contentieux*.

В публичном заседании рассматриваются дела, ведение которых допускается не иначе как при участии адвокатов, а также те дела, которые сами стороны пожелали вести через адвокатов, наконец все те дела, при разборе которых один из членов секции или комиссар правительства потребуют перенесения их в публичное заседание. Таким образом, частное лицо может всякое дело перенести в публичное заседание; для этого ему стоит только взять адвоката. В делах о сложении или уменьшении прямых налогов, в делах о выборах, а также во всех делах об *incompétence* и *excès de pouvoir* со стороны административных властей участие адвокатов не обязательно, а потому в большинстве случаев эти дела оканчиваются в секции. Администрация ни в каком случае не обязана вести дело через адвоката.

Судебное заседание секции и *assemblée gén.* начинается чтением доклада и ведется вообще в том же порядке, как судебное заседание совета префектуры.

Способ составления решения в государственном совете, а также в совете префектуры отличается от способа составления

<sup>1</sup> R. Darest, p. 662.

решений гражданскими судами. Решение государственного совета состоит из трех частей: *visa* — изложение обстоятельств дела, *considerant* — мотивы и *dispositif* — самое решение. Между тем, как в общем гражданском процессе, первая часть решения, которая в гражданском судопроизводстве носит название *qualité*, составляется самими сторонами под контролем суда, *considerant* — секретарем под наблюдением председателя и только *dispositif* составляется самим судом, в административных судах все решения составляются судебною коллегией.

Решение государственного совета есть окончательное, но оно может быть изменено в следующих случаях.

1. *Opposition*. Государственный совет может постановить заочное решение, если одна сторона или обе не явились в судебное заседание. В течение двух месяцев отсутствовавшая сторона может подать отзыв и возвратить дело в первоначальное положение. При этом существует следующее отличие от процесса в обычновенных судах. а) По общему гражданскому процессу, если на одной стороне есть несколько соучастников, имеющих одинаковый интерес в процессе, из которых один явился в заседание, а другой нет, то отзыв на заочное решение, представленный отсутствовавшим, идет в пользу и присутствовавшему (*profit-joint*). В административных судах, напротив, существует такое правило, что если на суде присутствовал хотя один из соучастников в иске или ответе, то оно обязательно и для отсутствовавшего, решение не считается заочным и правило о *profit-joint* не применимо<sup>1</sup>. б) Возражение против заочного решения не останавливает исполнения, если о такой приостановке не было специально постановлено<sup>2</sup>. с) Третье различие состоит в том, что секция государственного совета может не принять отзыв на заочное решение, даже поданный в надлежащий срок, если находит его неосновательным<sup>3</sup>. Это правило, так же как и правило об особом постановлении о принятии жалобы, установлено в видах ускорения процесса; оно также может лишить ответчика возможности защищать свое дело в публичном заседании, а потому на практике даже неосновательные отзывы, если они поданы в надлежащий срок и в надлежащей форме, обыкновенно принимаются<sup>4</sup>.

2. *Tiers opposition*. Трети лица, не участвовавшие в процес-

<sup>1</sup> Décret 22 juillet 1806, art. 31.

<sup>2</sup> Ibid., art. 29.

<sup>3</sup> Ibid., art. 30.

<sup>4</sup> *Serrigny*, Traité, t. I, § 350.

се, права которых нарушены решением, могут потребовать отмены решения в течение давностного срока (30 лет).

3. *Revision.* Пересмотр решений, вошедших в законную силу, допускается как и пересмотр решений общих гражданских судов, но в меньшем числе случаев сравнительно с общим гражданским процессом. Он ограничен тремя случаями: а) когда решение было основано на подложных документах, б) когда сторона проиграла дело вследствие удержания противною стороной необходимых документов, с) когда протокол заседания не упоминает о соблюдении на суде существенных правил судопроизводства, занесение которых в протокол обязательно<sup>1</sup>.

Заметим еще одну очень существенную особенность процесса в административных судах. Частное лицо, проигравшее дело, должно уплатить судебные издержки, но *администрация*, проигравшая дело, не присуждается к уплате судебных издержек, не вознаграждает частное лицо ни за наем адвоката, ни за другие судебные расходы. Это правило признавалось абсолютно до 1819 г. Законом 3 марта 1849 г. постановлено, что относительно судебных издержек должны применяться общие правила *code de proc. civile* (art. 130 и 131). Империя в 1852 г. отменила это постановление (декрет 30 января/18 февраля 1852 г.) и восстановила привилегированное положение администрации. После многих споров, возникших по этому поводу, декретом 2 ноября 1864 г. введены некоторые ограничения; установлено, что издержки взыскиваются с администрации только в делах, касающихся государственных доменов, контрактов о поставках, исполнения публичных работ или убытков, нанесенных частным лицам этиими работами, словом — в тех случаях, в которых администрация является представителем фиска. В тех же случаях, в которых она выступает как представитель власти, т.е. в области административной юстиции в тесном смысле слова, она не уплачивает издержек. Мотивируется это главным образом тем, что администрация не есть сторона в деле такая же, как частное лицо, что, выступая в административном суде, она все-таки является с характером власти<sup>2</sup>. Как суд, неправильно решивший дело, не уплачивает частному лицу судебных издержек, по отмене решения апелляционною или кассационною инстанцией, так и администрация, действующая в качестве власти, не должна вознаг-

<sup>1</sup> Décret 22 juillet 1806, art. 32. Loi 24 mai 1872, art. 23. Сравн. *code de proc. civ.*, art. 480.

<sup>2</sup> *Serrigny*, *Traité*, t. I, § 362.

раждать за издержки, понесенные от ее ошибочных решений<sup>1</sup>. Закон 24 мая 1872 г. оставил в силе правила, установленные декретом 2 ноября 1864 г.<sup>2</sup>

Во время последних преобразований в Германии и Австрии в области административной юстиции велось очень много споров о задаче проектируемых административных судов и основном принципе процесса на этих судах. Одни, напр. Gneist, Pfizer (из Ульма), Korb, утверждают, что задача административного суда состоит в поддержании существующего правового порядка вообще, в поддержании объективного права *ex officio*, чему в процессе соответствует *следственное начало* (*Untersuchungsmaxime*); другие, как напр. Schmitt, утверждают, что в делах административной юстиции задача судов состоит не в охранении объективного права вообще, а в защите нарушенного или оспариваемого *субъективного права*, принадлежащего отдельному лицу, защите тогда, когда оно пожелает и на сколько оно того пожелает. Писатели, которые так смотрят на задачу судов, обычно, хотя и не всегда, утверждают, что основным принципом процесса в этих судах должно быть *состязательное начало* (*Verhandlungsmaxime*), сущность которого составляют следующие процессуальные правила: 1) судья не начинает дела без жалобы частного лица (*ne procedat iudex ex officio*), 2) не присуждает по предметам, по которым сторонами не предъявлено требований или больше того, чем требовали стороны (*ne ultra petita partium*), наконец 3) судья не собирает доказательств (*quod non est in actis, non est in mundo*).

Мы не будем касаться теоретических оснований того или другого мнения, а только постараемся, насколько возможно, решить вопрос — как в этом отношении устроены французские административные суды.

В государственном совете и совете префектуры имеют полную силу некоторые правила состязательного процесса.

1. Дела начинаются не иначе как по жалобе частного лица или заявлению административной власти. Так, напр., совет префектуры не может сам собою завести дело о неправильности выборов, если в него не поступило жалобы частного лица или

<sup>1</sup> Этот взгляд распространен не только во Франции, но и в Германии и Бельгии. См. речь Ўнгера в заседании австрийской верхней палаты 23 января 1875 г. *Gaulsch von. Frankenthaln, Die Gesetze vom 22 Okt. 1875 über Verwaltungsgerichtshof.* S. 108—109. *De-Fooz, Drütt adm. belge*, t. I, p. 342.

<sup>2</sup> Cp. art. 24; alinéa 2 закона 24 мая 1872 г. с art. 42 закона 3 марта 1849 г. и art. 2 декрета 2 ноября 1864 г.

протеста администрации. Подобное возбуждение дела *ex officio* государственный совет рассматривает как *excès de pouvoir* и касается состоявшихся решений<sup>1</sup>.

2. Судебная практика поддерживает и другое правило, что суд не может постановлять решений по требованиям, непредъявленным сторонами, или присуждать более того, что требовалось сторонами<sup>2</sup>.

Что касается того, собирает ли сам суд доказательства, то законодательство об этом не постановляет ничего определенного; юриспруденция также проходит молчанием относящуюся к этому вопросу практику. Поэтому, несмотря на всю важность этого вопроса для характеристики французского судебно-административного процесса, я не могу, к сожалению, дать на него обстоятельный ответ. Я могу только сказать, что не имею никаких данных утверждать, что собирание самим судом доказательств составляет установившуюся практику в административных судах. Правда, по замечанию R. Darestea<sup>3</sup>, государственный совет даже *ex officio* может предписать осмотр мест, допрос свидетелей и проч., но, во-1-х, он добавляет, что это делается очень редко, во-2-х, не известно о чем идет здесь дело — о собираении ли доказательств, или же вообще о направляющей процесс деятельности судьи. Состязательному началу вовсе не противоречит, если суд, в силу своей обязанности направлять движение процесса, без побуждения заинтересованной стороны не допускает совершения действий, для которых уже миновали сроки, установленные *ввиду общего порядка* (напр., подачу апелляционной жалобы по истечении срока), если он, для разъяснения дела, предлагает вопросы сторонам или свидетелям, назначает осмотр мест, допрос свидетелей или экспертизу, предписывает исследование тем или другим способом фактов, приводимых сторонами и могущих повлиять на решение.

В этом отношении и общий гражданский французский процесс позволяет суду действовать *ex officio*<sup>4</sup>. Судья может даже указать тяжущимся на недостаток доказательств известного факта и предлагать им дополнить этот недостаток, не принуждая, впрочем, их к этому.

Правилу, что суд не собирает доказательств, противоречило бы только то, если бы суд от себя стал возбуждать сомнения,

---

<sup>1</sup> *Serrigny*, *Traité*, t. III, § 1222.

<sup>2</sup> *Serrigny*, *Traité*, t. I, § 264, t. III, § 1222.

<sup>3</sup> *R. Dreste*, p. 662.

<sup>4</sup> Le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits, qui lui paraîtront concluants, si la loi ne défend pas. *Code de proc. civ. art. 254.*

приводить возражения (*exceptiones*) и собирать различного рода доказательства для разъяснения фактов, против которых сама заинтересованная сторона ничего не возражает, если бы суд от себя стал отрицать признание факта, сделанное стороною не в свою пользу, если бы он стал исследовать факты, которых ни одна сторона не желает представить на суд.

Рассмотрим теперь вопрос — насколько процесс во французских административных судах отличается быстротою. Суммарный характер процесса до известной степени существует в советах префектуры благодаря почти полному отсутствию начертанных законом процессуальных правил. Французские юристы рекомендуют применять к делам, по аналогии, даже не сокращенный порядок общего гражданского процесса, а правила еще более суммарного процесса, применяемые в мировых судах<sup>1</sup>. Для некоторых дел, напр. для дел о выборах, сам закон начертал быструю процедуру, с незначительным числом входящих в дело бумаг и с короткими сроками для процессуальных действий. Закон о выборах постановляет, напр., что совет префектуры должен постановить решение в течение месяца от поступления жалобы, и если в течение этого срока никакого решения не постановлено, то жалоба считается отвергнутой и жалующийся может обратиться с апелляцией в государственный совет<sup>2</sup>.

Судебный процесс в государственном совете, несмотря на некоторые меры, принятые для ускорения процесса и не совсем безвредные для сторон (напр., право суда не принять отзыв на заочное решение, поданное в надлежащей срок), нельзя назвать быстрым. Значительное количество состязательных бумаг и длинные сроки, для различных процессуальных действий, делают его таким же медленным, как и процесс в обыкновенных судах. Что касается сроков, то вот краткий обзор самых существенных. Жалующийся на решение административной власти или совета префектуры имеет трехмесячный срок для подачи прошения в государственный совет<sup>3</sup>. Прошение не открывает само собою процесса. Государственный совет делает особое постановление о принятии или непринятии прошения и о сообщении прошения ответчику (*ord. de soit communiqué*). На постановление этого *ord. de soit communiqué* необходимо известное время. Получив *soit communiqué*, истец предъявляет сам свои требования ответчику или его адвокату; на это он имеет два месяца<sup>4</sup>. Ответчик имеет

<sup>1</sup> *Batbie, Traité*, t. VII, p. 472—473.

<sup>2</sup> *Loi 5 mai 1855*, art. 45 et suiv.

<sup>3</sup> *Décret 22 juillet 1806*, art. 11.

<sup>4</sup> *Décret 2 nov. 1864*, art. 3.

от двух недель до двух месяцев, чтобы найти адвоката и представить ответ (президент секции, впрочем, может в случае надобности сократить срок, назначенный на представление ответа)<sup>1</sup>. По истечении этих сроков суд может постановить заочное решение, и на отзыв против этого заочного решения отсутствовавшая сторона имеет еще два месяца<sup>2</sup>. Если ответ в положенный срок последовал, то стороны имеют еще по две недели для repliques и дуплики<sup>3</sup>.

Сроки, предписанные общегражданским кодексом, вообще не более длинны<sup>4</sup>.

Долгие сроки для первого сообщения противной стороне (сообщения *ord. de soit communiqué*) и для подачи отзыва против заочного решения объясняются тем, что лица, которым должно быть сделано сообщение и предъявлено заочное решение, часто живут далеко от Парижа и в этой стадии процесса могут еще не иметь там адвоката. При такой удаленности суда от сторон и продолжительности сроков правило о том, что апелляция и даже отзыв на заочное решение не приостанавливают исполнения, является необходимым коррективом. Во всяком случае процедура, уже по числу входящих в дело бумаг, медленнее сокращенного порядка судопроизводства, обозначенного в ст. 404—413 *code de proc. civ.*, сделавшегося в гражданских судах наиболее обычным порядком.

Таким образом, главнейшие отличительные черты процесса во французских административных судах сводятся к следующим:

1. Жалоба, поданная в суд на действия администрации, не останавливает деятельности последней.

2. Апелляционная жалоба и даже отзыв на заочное решение не останавливают исполнения, если не установлено противное специальным законом или предписанием суда.

3. Процесс в существенных чертах — письменный.

4. Инструкция дела и изложение обстоятельств дела принадлежит суду, а не сторонам, что не дает еще, однако, следственному началу исключительное господство в процессе.

5. Процесс имеет суммарный характер только в советах префектуры.

6. Судебные издержки, вообще говоря, не взыскиваются с администрации.

Сравнительно с этими, другие отличия, как, напр., поста-

---

<sup>1</sup> Décret 22 juillet 1806, art. 4.

<sup>2</sup> Décret 2 nov., 1864, art. 4.

<sup>3</sup> Décret 22 juillet 1806, art. 4 et 6.

<sup>4</sup> Code de proc. civ. art. 443—445; 462, 155—159.

новление суда о принятии прошения и сообщении его противной стороне (*ord. de soit communiqué*), отсутствие profit-joint при заочном решении и другие подобные, мною не упомянутые, менее важны; из них некоторые, как, напр., особое постановление о принятии прошения, существуют только для формы, но не соблюдаются на деле.

Ко всему сказанному необходимо прибавить еще следующее:

Акты дискреционной деятельности администрации (*actes d'administration pure*) и решения таких учреждений, как *cour des comptes* и *conseils de révision*, относительно которых государственный совет никогда не выступает в качестве апелляционной инстанции, — последние могут быть только кассированы. Относительно советов префектуры, министров (действующих в качестве судей) и других судебных инстанций, относительно которых государственный совет является апелляционной инстанцией, последний, даже в тех случаях, когда жалоба основана только на доводах кассационного свойства, может не ограничиться одною только кассацией и передачею его снова в низшую инстанцию, но может и удержать дело за собой и разрешить его *по существу*, если фактическая сторона дела достаточно разъяснена в низшей инстанции. Кассируя судебное решение, государственный совет передает дело для нового решения не в другой суд, а в тот же самый, который решил дело первоначально. Такое отступление от правил общегражданского процесса мотивируется тем, что низшие административные суды не пользуются таким независимым положением, как обыкновенные суды, а потому от них нельзя ожидать упорства в прежде принятых решениях, вопреки указаниям кассирующего государственного совета<sup>1</sup>.

Исполнение решений административных судов. Решения административных судов имеют силу судебных решений. Они ведут за собой, как и решения обыкновенных судов, ипотеку имущества и принудительное исполнение посредством ареста и продажи имущества и даже посредством личного ареста. Эти решения не могут быть оспориваемы в обыкновенных судах, но приведение их в исполнение и назначение принудительных мер принадлежит *обыкновенным судам*, по правилам *code de proc. civ.* Впрочем, это правило имеет значение только относительно тех решений административного суда, которые должны быть исполнены *против* частного лица, и даже в этом ограниченном объеме оно не без исключений. Часто исполнение решений, состоявшихся против частного лица, состоит

<sup>1</sup> *Serrigny, Traité, t. I, § 273—274.*

в ряде действий, предоставленных законом администрации, напр. в снесении построек, ненадлежащим образом выстроенных; в этих случаях жалобы по поводу исполнительных мер не могут быть приносимы в обыкновенные суды. В тех случаях, в которых решение постановлено против администрации, административный суд отменяет оспоренное административное распоряжение и указывает основания, сообразуясь с которыми оно должно быть изменено; приводит же это решение в исполнение сама администрация, и жалобы по поводу неправильного исполнения приносятся в административные суды<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Serrigny, Traité*, t. I, § 267—269, t. III, § 1279.

Н. И. ЛАЗАРЕВСКИЙ

ЛЕКЦИИ ПО РУССКОМУ  
ГОСУДАРСТВЕННОМУ ПРАВУ

Том I

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

Глава вторая

ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ, СУДЕБНАЯ  
И ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ  
ПО СОВРЕМЕННЫМ УЧЕНИЯМ

§ 1. Законодательная власть

I. Верховенство закона. — Все эти литературные теории, которые сыграли свою роль в истории политической мысли Европы и которые поэтому нуждаются в том, чтобы о них упомянули, мало отразились на положительном законодательстве.

В действующем праве во всех законодательствах и в учениях тех писателей, которые сочувствуют теории разделения властей, и даже у тех, кто считает себя ее противником, некоторые положения Монтескье являются краеугольными камнями, и значение их в настоящее время никем не отрицается, хотя связь их с учениями Монтескье многими и забыта. Учение, связывающее законодательную власть с народным представительством, быть может, не Монтескье изобретенное, но у него получившее законченную формулировку и значение какой-то аксиомы, и через его посредство распространившееся в тех государствах, где о народном представительстве не смели и мечтать, в настоящее время получило всеобщее признание.

Что касается учения о трех властях, законодательной, исполнительной и судебной, то и оно в настоящее время положено в основание государственного права всех культурных государств, не только как известный технический прием, но и как принцип, ограждающий права граждан.

В современной литературе и в современных законодательствах признается учение об этих трех властях не только как о трех формах государственной деятельности, или как о тех трех видах, на

которые логически, по своему содержанию, могут быть разложены акты правительственные учреждений, но признается и то учение, что эти три вида государственной деятельности должны быть вверены трем разным учреждениям или трем разным системам учреждений. Различие этих трех властей есть различие не только трех категорий актов, но и трех систем государственных органов. Эти три системы государственных органов являются по своей структуре, по своему положению обособленными друг от друга: и это требование теории разделения властей соблюдается в законодательстве всех современных культурных государств.

Отличие современных теорий от взглядов Монтескье состоит в том, что в то время, как у Монтескье нельзя проследить требования иерархического подчинения одной власти другой, и его теорией даже могло быть обосновано то учение, которое легло в основу конституции 1791 г., а именно, что представителями народного суверенитета непосредственно является в своей области каждая из трех властей, и что потому все эти власти вполне равноправны, — в настоящее время три власти признаются стоящими в известном иерархическом подчинении одна другой.

Необходимость точного и определенного порядка, как в отношениях частных лиц между собою, так и в отношении их к органам власти, и, наконец, в отношениях одних органов власти к другим, приводит к необходимости подчинения всей общественной жизни точным и определенным, для всех обязательным правилам. Отсюда вытекает, что та власть, которая устанавливает общие правила государственной жизни, должна иметь преимущество над всеми другими властями. Так как этими общими правилами являются законы, то отсюда вытекает, что законодательная власть должна стоять над другими властями в государстве.

Создаваемое таким образом понятие верховенства закона слагается из двух элементов: а) признание подзаконности всех актов государственной власти, кроме самого закона, и б) формальное, внешнее обособление закона от других актов государственной власти.

а) Принципиальное признание верховенства закона в настоящее время ни с чьей стороны возражений не вызывает; практическое же осуществление этого принципа стоит в зависимости от технического совершенства административного и судебного механизма.

Наука права знает целый ряд судебных и административных приемов обеспечения законности управления: уголовная и дисциплинарная ответственность должностных лиц за нарушение законов, возложение на должностных лиц имущественной ответ-

ственности за те убытки, которые они причиняют обывателям своими неправильными действиями; установление порядка обжалования и отмены неправильных административных распоряжений и т.п.

В зависимости от совершенства административного и судебного строя данного государства, та степень, с какою в нем обеспечена законность, в разных государствах Европы весьма различна. Но принципиальных возражений против начала законности теперь уже встретить нельзя. По этому вопросу между всеми законодательствами и всеми современными учениями царит полное единодушие.

б) Необходимость внешних формальных признаков закона обуславливается тем, что коль скоро закон есть такого рода акт государственной власти, который по степени своей обязательности превосходит все другие, то этот акт чем-либо должен быть отмечен. И если бы, напр., административные и законодательные акты могли исходить от того же самого органа, то в силу того, что никто самому себе не может быть подчинен, получалось бы, что административные акты этого органа государства уже не являются актами подзаконными.

Согласно учениям, в настоящее время ни с чьей стороны не встречающим возражений, отличительным формальным признаком закона должно являться участие народного представительства в его издании.

Это участие народного представительства по общему правилу сводится к тому, что парламент устанавливает текст законопроекта, а монарх может лишь или отвергнуть этот проект, или же утвердить и возвести в закон только буквально тот именно текст законопроекта, который одобрен народным представительством.

Таким образом, получается, что законодательным, верховным органом государства является монарх, но лишь в соучастии с народным представительством.

II. О б о с о б л е н и е з а к о н о д а т е л ь н о й в л а с т и . — Верховенство законодательной власти в настоящее время понимается в том смысле, что никакая другая власть в государстве не может издавать правил по вопросам, по существу своему относимым к вопросам законодательным, как не может, хотя бы и по частному случаю, издавать распоряжений, которые в чем-либо противоречили бы постановлениям законодательным, опять-таки хотя бы по существу своему не носящих характера общего правила, но состоявшихся по частному случаю.

Сама же законодательная власть, в качестве власти верхов-

---

ной, может принимать, в форме закона, любое распоряжение, хотя бы по существу своему и относящееся к управлению или даже к судебной деятельности, и против такого расширения компетенции не может быть жалобы, всякое такое постановление, состоявшееся в форме закона, т.е., напр., в конституционной монархии в форме утвержденного королем постановления обеих палат парламента, является безусловно обязательным, и никакая ссылка на недействительность такого постановления, на том основании, что тут законодательная власть будто бы вышла из своих естественных или законных пределов, никем в государстве принята быть не может: закон, т.е. акт, изданный в форме закона, подлежит исполнению, хотя бы по содержанию своему и был актом административным или судебным.

В то же время, обособленность органов законодательных приводит к тому, что никакой другой орган, ни административный, ни судебный, не имеют права, по частным ли случаям, или в общей форме, издавать постановлений, которые имели бы силу закона, и всякий такого рода акт был бы просто недействительным.

Что касается вторжения законодательной власти в управление или в судебную деятельность, то в настоящее время по этому вопросу господствуют следующие представления.

Издание мер, по существу своему относящихся к административной деятельности государства, в форме закона, т.е. в форме утвержденного королем постановления народного представительства, возражений не вызывает, ибо участие в издании данной меры такого органа, как народное представительство, органа, лучше какого-либо другого отражающего на себе и взгляды, господствующие в общественном мнении страны, и народные потребности, может быть рассматриваемо только как новая гарантия целесообразности и правильности данного распоряжения.

Наоборот, издание в порядке законодательном такого рода распоряжений, которые по существу своему представляют судебные решения, в настоящее время наукою права безусловно осуждается, и в действующем праве современных народов почти не встречается. Каждое судебное дело должно быть разрешено на основании действующих законов. Таков основной принцип суда. Поэтому решение судебных дел может быть поручаемо только подзаконным органам, поручать же эти дела такому учреждению, которое привыкло в своей деятельности менять законы по соображениям целесообразности, к тому же учреждению безапелляционному, значит создавать риск, что дело будет решено по соображениям политическим, а не по закону, и этот риск не компенсирован возможностью обжалования решения.

В истории права известны такого рода судебные решения, постановляемые в форме закона. Таковы так называемые *bills of attainder*. Они состояли в том, что обе палаты парламента принимали постановление, признававшее, что таким-то лицом совершено преступление, — иногда не предусмотренное никаким законом, — и что за это преступление данный человек подлежит такому-то наказанию, обыкновенно смертной казни. Король утверждал законопроект, и человека казнили. Эта процедура некогда употреблялась в Англии по отношению к лицам, навлекшим на себя гнев парламента. Но само собою разумеется, что она противоречит самым основным требованиям всякого правосудия, и в настоящее время она вышла из употребления и в Англии, где последний случай этой процедуры был в 1717 г., а в других государствах она не применялась и законодательству конституционных стран неизвестна вовсе.

Обособление законодательной власти от двух других не исключает того, чтобы отдельные органы законодательной власти были облечены и другими полномочиями, кроме участия в законодательстве. Прежде всего это очевидно относительно конституционного короля, который является не только одним из органов законодательства, но и главою исполнительной власти. Точно так же и отдельным палатам парламентов закон (или конституция) нередко предоставляет полномочия административного или судебного характера.

Так, напр., почти во всех государствах каждой палате парламента предоставляется право интерpellации, — т.е. право предлагать министрам вопросы по поводу их действий, как исполнительной власти, причем за объяснениями министра следует резолюция, принимаемая палатою, где палата может выразить свое отношение к объяснениям министров, может признать их действия правильными или неправильными; в государствах с так называемою парламентарною формою правления, там, где признается, что министерство должно принадлежать к парламентскому большинству, каждая палата парламента, или по крайней мере та из них, которая пользуется преобладающим влиянием, может ветировать недоверие министерству, и министерство в таких случаях обязано подать в отставку.

Все это весьма распространенные формы участия отдельных палат парламента в администрации, и, как мы уже указывали, против этого не возражают с точки зрения целесообразности этого участия; вместе с тем, с формальной точки зрения, в этом участии палат парламента в администрации нельзя усматривать и нарушения принципа разделения властей, ибо каждая палата в

отдельности не есть законодательная власть, но лишь один из элементов ее.

Что касается судебных функций, предоставляемых отдельными конституциями той или другой из палат парламента, то это представляется явлением довольно редким. Если отдельные палаты парламента и имеют соприкосновение с судебными функциями, то это почти исключительно в той форме, что нижней палате (Палате общин в Англии, Палате депутатов во Франции, Палате представителей в Соединенных Штатах Северной Америки и др.) предоставлено право возбуждать уголовное преследование против министров или вообще должностных лиц, совершивших служебное преступление, причем судебною инстанцией, рассматривающей приговор, является другая палата (Палата лордов в Англии, Сенат во Франции или Сев. Ам. Соединенных Штатах). Во всяком случае, эти судебные права отдельных палат парламента не имеют в современных конституционных государствах никакого сколько-нибудь существенного практического значения, и в виде общего правила можно установить, что ни законодательная власть в ее целом, т.е. законодательная власть, действующая в форме законов (утвержденных монархом постановлений обеих палат), ни каждая палата в отдельности не имеют судебных функций, и суд является системою органов государственной власти, совершенно отделенных от трех элементов законодательной власти: короля и обеих палат парламента.

III. З а к о н о д а т е л ь н ая в ла с т ь в Р о с с и и .  
— В Московскую эпоху законодательство вовсе не обособилось от суда и управления.

Бывали попытки утверждать, что царь может изменять судебники только при участии Боярской Думы или Земского Собора; свое Уложение царь Алексей Михайлович издал в виде соборного деяния; но на деле царские указы и боярские приговоры имели силу, ни в чем ни уступавшую силе судебников или Уложения.

Начиная с Петра Великого, при полном и безусловном господстве самодержавия, всякого рода акты Государя, в какой бы они форме ни состоялись, имели, безусловно, обязательную силу. Если в то время могла идти речь о попытке как-либо различить закон и административное распоряжение Государя, то это могло бы быть сделано только на основании материального признака: по содержанию акта. Если какое-либо лицо жаловалось чином, это был акт административный; если постановлялось общим образом, “винных баб ссылать на прядильный двор”, то это в качестве распоряжения общего относилось к законам. Но и то, и другое распоряжение, если исходило от Государя, было

распоряжением надзаконной власти и распоряжением, безусловно, обязательным, вне зависимости от своего согласия с действовавшими законами.

В коллегиях, в Сенате никакого различия в образе производства дел по содержанию своему законодательных и дел, которые мы по содержанию могли бы отнести к административным, но которые почему-либо требовали Высочайшего разрешения, не существовало.

Такое положение вещей держалось до реформ, проведенных Сперанским в 1810—1811 гг. В 1810 г., 1 января, был открыт Государственный Совет, в качестве учреждения законосовещательного. С этого времени все дела законодательного характера должны были проходить через Гос. Совет. Было признано принципиальное различие между законодательными актами и актами управления.

Это положение получило дальнейшее развитие в образовании Министерств, изданном 25 июля 1811 г. Согласно ст. 220 этого “образования”, “Отношения Министерства по части законодательной состоят в том, что они могут представлять о необходимости нового закона или учреждения или об отмене старого”; ст. 221 продолжала: “Государственный Совет есть средоточие, куда должны поступать все сии представления” (ср. ст. 160 п. 162 Учр. Мин., изд. 1892 г.).

Эти начала, столь точно и сознательно намеченные Сперанским в тех реформах, в которых он принял непосредственное участие, не получили дальнейшего развития в нашем законодательстве самодержавной эпохи.

Для законодательной власти, как уже указано, существенно:

1) чтобы законы как-либо могли быть отличены от актов административных, т.е. чтобы существовал какой-либо формальный признак закона, — а этим признаком, как вполне верно проронил Монтескье, может быть только участие в законодательстве особого органа;

2) чтобы за законом был признан характер нормы, обязательной для двух других властей, т.е. чтобы было признано верховенство закона над судом и администрацией.

1. Сперанский дал ясный формальный признак закона: прохождение его через Гос. Совет, причем по Образованию Гос. Совета (ст. 73 и 74) законы должны были утверждаться не иначе, как собственноручно подписью Государя.

Этот формальный признак закона не удержался. Никакой внешней санкции того, что самодержавная власть будет в точности выполнять установленный порядок издания законов, по

самому существу дела быть не может<sup>1</sup>. И действительно, русские Государи весьма скоро начали утверждать акты законодательного характера и помимо Гос. Совета. Акты же законодательные, прошедшие через Гос. Совет, сплошь да рядом утверждались Государем не подписью своею, а устно, и это утверждение удостоверялось подписью того лица, которое докладывало Государю мнение Гос. Совета.

Таким образом, на деле у нас формальные признаки закона скоро утратились вовсе, а уже ко времени составления Свода Законов то положение, что всякое распоряжение Государя является законом, стало бесспорною истиной, истина эта получила выражение в ст. 53 Осн. Законов изданий 1832 по 1892 г.: “законы издаются в виде уложений, уставов, учреждений, грамот, положений, наказов (инструкций), манифестов, указов, мнений Гос. Совета и докладов, удостоенных Высочайшего утверждения”.

Так как в форму указа и в форму доклада, удостоенного Высочайшего утверждения, облекается любой акт, издаваемый Государем или по собственному почину, или в порядке доклада ему административных дел, то и получилось, что всякого рода дела, по существу своему законодательного характера, начали издаваться вне всяких форм.

2. Что касается верховенства закона, то в принципе оно признается уже давно.

Принципиальное признание верховенства закона было сделано в нашем законодательстве в 1832 г., при составлении Свода Законов, куда Сперанский поместил (в Основных Законах, ст. 47) постановление, что “Империя Российская управляется на твердых основаниях положительных законов, учреждений и уставов, от Самодержавной Власти исходящих”.

Статья эта, под которой имеются ссылки на манифести 14 декабря 1766 г. и 1 января 1810 г., и которая как будто извлечена из них, по своему буквальному смыслу (по своей редакции) и даже по провозглашенному ею принципу является несомненным новшеством для русского права. В этих манифестах (о выборе депутатов в Комиссию для сочинения Уложения и об учреждении Государственного Совета) говорилось только о намерении правительства, “чтобы и в потомки каждое государственное место имело свои пределы и законы к соблюдению доброго

---

<sup>1</sup> Бесплодные попытки установить формальные признаки закона в самодержавных государствах будут рассмотрены ниже, в части курса, посвященной учению о законе.

во всем порядка” (14 дек. 1766), и “учреждать постепенно образ управления на твердых и непременных основаниях закона” (1 янв. 1801). Таким образом, это были провозглашения известной программы, имевшей осуществиться со временем, но в этих манифестах принцип подзаконности всех властей в государстве установлен и выражен не был. Что развитие нашего права в общем шло в направлении признания этого принципа, это верно, но заслуга установления его, по крайней мере, признания этого принципа принадлежит всецело Сперанскому. Как мы увидим ниже, Свод Законов издания 1832 г. огульно получил законодательное утверждение, и таким образом и эта статья, хотя и не основанная на каком-либо акте Верховной власти, с 1832 г. получала силу закона и вместе с Основными Законами, составленными при первом издании Свода, сохранила свою силу по 27 апр. 1906 г., когда была заменена статьею, несколько иначе редактированной, но по существу тождественною (ст. 84 Осн. Зак. изд. 1906 г.).

Но само собою разумеется, что одного провозглашения принципа законности для полного осуществления его еще совершенно недостаточно. Этот принцип, помимо того, должен быть еще проведен в законодательстве, т.е., во-первых, в законе не должно быть постановлений, которые шли бы вразрез с этим принципом, а во-вторых, необходимо не только, чтобы исполнение законов было принципиально признано для всех обязательным, но также, чтобы законность управления была гарантирована, т.е. или чтобы нарушение законов должностными лицами было сделано невозможным, или чтобы в тех случаях, когда противозаконный поступок не может быть предупрежден, совершение его неизбежно сопровождалось известными уголовными карами.

Последовательное проведение начала законности в нашем законодательстве было логически невозможно в дореформенный период уже в силу того, что верховным органом исполнительной власти было лицо, в себе одном совмещавшее всю полноту законодательной власти. По отношению к актам Государя в прежних Основных Законах (издания 1892 г.) была прямая статья, согласно которой “Высочайший указ, по частному делу последовавший, или особенно на какой-либо род дел состоявшийся, по сему именно делу или роду дел отменяет действие законов общих” (ст. 70). Поэтому каждое административное распоряжение, исходившее от Государя, каждое его повеление и по делам административным было как по самому своему существу, так и по букве закона актом надзаконным, в крайнем случае актом, по своей силе равным закону, и потому о проведении законности

управления можно было ставить вопрос лишь относительно управления подчиненного.

Но и относительно этого последнего законность, само собою разумеется, далеко не могла быть сколько-нибудь последовательно проводима. Пока общая пирамида государственного управления стояла своею вершиною не под законом, причем признавалось, что все должностные лица действуют по указаниям Государя и стоят под его надзором, — всякий протест против незаконных действий подчиненных властей легко понимался, как протест против Верховной Власти, в обвинение ее, что она назначила на должность непригодных людей, не досмотрела за их действиями, дала неверные указания. Поэтому естественно, что надзаконный характер вершины административной пирамиды окрашивал в свой цвет всю эту пирамиду, и фактически законность управления была поставлена в условия самые неблагоприятные.

Но наш закон этим не ограничивался, и помимо того, что всякие вообще преследования незаконных действий администрации встречали известные препоны фактического характера, возможность для должностных лиц совершать нарушение законов обставлялась известными правовыми гарантиями. В этом отношении имеют существенное значение те статьи Учреждения Министерств (Св. Зак., том I, часть 2, изд. 1892), согласно которым не считается “превышением власти, когда министр особенно на какой-либо случай был Верховною Властью уполномочен” (ст. 209, то же начало в ст. 213), а по ст. 340 Ул. о Нак. “не считается превышением власти: 1) когда министр или другой государственный сановник отступит в своих действиях от обычновенных правил, по особенному на сей случай или вообще на случаи сего рода данному от Верховной Власти уполномочию”.

Эти постановления, вытекающие, впрочем, из существа самодержавного строя, когда ни одно учреждение в государстве не может идти вопреки воле монарха и не может признавать неправильным то, что им одобрено, в корне разрушали принцип законности и в органах подчиненного управления: по поводу любой принятой им меры министр мог сложить с себя ответственность, для этого ему стоило только заручиться согласием Государя, что он мог сделать путем личного доклада, с тем изложением и с тем освещением фактов и законов, какое ему было угодно, и какое никем никогда не могло быть ни проверено, ни опровергнуто.

Эти статьи, согласно самодержавному характеру верховной административной власти и согласно тому общему духу всего нашего административного законодательства, который обуслов-

ливался наличностью в административном механизме неограниченного органа, толковались распространительно: Высочайшее одобрение действий должностного лица снимало ответственность не только с министров и других государственных сановников, но и со всех вообще должностных лиц.

Такое распространительное толкование рассматриваемых статей еще, пожалуй, и имело известное основание, но эти статьи толковались распространительно и в другом направлении: по их буквальному смыслу можно было бы заключить, что Высочайшее уполномочие на принятие той или другой меры лишь в том случае слагает ответственность с должностного лица, если это полномочие дано предварительно, — на практике же эти статьи неизменно толковались в том смысле, что когда бы это Высочайшее одобрение ни последовало, оно полностью прекращало возможность какого бы то ни было уголовного или гражданского преследования. Прекращение гражданских исков в силу последующего Высочайшего одобрения действия чиновника особенно типично: оно не может рассматриваться как осуществление права помилования или амнистии, ибо это право распространяется только на уголовное наказание и не касается вопроса об обязанности преступника возместить материальный вред, причиненный частному лицу его действиями. Таким образом, всякое действие, противозаконное последующим Высочайшим одобрением или уполномочием, обращалось по прежнему нашему законодательству в действие вполне правомерное.

Кроме того, ряд статей закона прямо предоставлял министрам право в чрезвычайных обстоятельствах действовать своею властью и принимать меры, для которых по общему правилу требовалось бы Высочайшее разрешение или особый закон<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Учр. Мин., изд. 1892 г., ст. 158: “В обстоятельствах чрезвычайных, требующих высшего разрешения, когда не может быть оно отлагаемо без важного вреда или государственного ущерба, министры уполномочиваются действовать всеми вверенными им способами, не ожидая сего разрешения; но они обязаны доносить в то же время о принятых ими мерах и о причинах их настоятельности”. Ст. 210: “Не считать также превышением власти, когда министр в чрезвычайных какихлибо случаях примет решительную меру и по принятии ее окажется: 1) что она в видах общей безопасности была необходима; 2) что по настоятельности случая он не мог, не допустив видимой опасности, отлагать сию меру до высшего разрешения”. — Ст. 314: “В обстоятельствах чрезвычайных, по Общему Министерскому Наказу, все Министры уполномочены действовать всеми вверенными им способами, не выжидая разрешения. Сие уполномочие особенно принадлежит министру внутренних дел, по вверенному ему охранению внутренней безопасности”.

Ст. 47 Осн. Зак. издания 1892 г. о том, что “Империя Российской управляет на твердых основаниях положительных законов, учреждений и уставов, от Самодержавной Власти исходящих”, вошла в новые Основные Законы в следующей редакции<sup>1</sup>: “Империя Российской управляет на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке” (ст. 84).

Но, подобно статье 47 Осн. Зак. издания 1892 г., эта статья носит скорее декларационный характер, чем характер определенных юридических норм. И само собою разумеется, что если бы наряду с этой статьей осталась в неприкосновенности неограниченный характер власти Государя, как главы администрации, и если бы законодательная власть осталась целиком в руках Государя, который являлся бы носителем и административной, и законодательной власти, то дело обеспечения законности не подвинулось бы ни на шаг.

Но в настоящее время законодательная власть осуществляется уже не единолично Государем, а им в единении с Гос. Советом и с Гос. Думою (ст. 7 Осн. Зак.), и никакой закон не может последовать без одобрения Гос. Совета и Государств. Думы (ст. 86). Таким образом, получилось внешнее формальное обоснование актов управления от закона, и акты Государя, от него единолично исходящие, уже не являются актами с силой закона.

Их сила определяется статьей 11-й Осн. Зак., согласно которой “Государь Император в порядке верховного управления издает, в соответствие с законами, указы для устройства и приведения в действие различных частей государственного управления, а равно повеления, необходимые для исполнения законов”. Таким образом, сам Государь ныне признан властью, обязанной действовать в соответствии с законами, согласно с ними, т.е. признан властью подзаконною. Согласно этому, в новых Основных Законах, утвержденных 23 апр. 1906 г., бывшая статья 70-я Осн. Законов изд. 1902 г. вовсе пропущена. Таким образом, наше законодательство отказалось от того старого принципа, что

---

<sup>1</sup> Редакционные отличия новой статьи 84 Основн. Зак. от старой 47-й состоят в том, что в новой статье исключено упоминание об уставах и учреждениях. В свое время Сперанский предполагал установить в нашем законодательстве различие между законами, уставами и учреждениями: в связи с этим в ст. 47 Осн. Зак. изд. 1832—1892 гг. и говорилось об обязательности всех трех видов актов Верховной власти. В действительности это различие в нашем законодательстве проведено не было, и упоминание в ст. 47 Осн. Зак. этих трех терминов утратило, таким образом, всякий практический смысл.

всякий Высочайший указ имеет силу закона и отменяет по тому делу, по которому состоялся, действие общих законов.

Ввиду этого нового принципа, проникшего, наконец, в наше законодательство, должно существенно измениться значение тех статей Свода Законов, которые устанавливали право должностных лиц на нарушение законов с Высочайшего на то соизволения. Коль скоро сам Государь ныне не имеет права издавать указы в нарушение законов, то само собою разумеется, что он не может уполномочивать на то других. И поэтому то начало, что всякое правонарушение перестает быть им, коль скоро оно совершено по уполномочию Государя или получило впоследствии его одобрение, в настоящее время должно быть признано противоречащим действующим Основным Законам.

Поэтому ст. 209 Учр. Мин. и п. 1 ст. 840 Ул. о Нак. следует в настоящее время считать утратившими силу, ибо они отменены противоречащими им статьями Основных Законов (по преимуществу ст. 11). Ст. 209 Учр. Мин. к Продолжению к Своду Законов показана исключенно из Свода Законов, что же касается ст. 340 Ул. о Нак., то она, по толкованию Государственной Канцелярии, показана сохранившую свою силу. Это очевидное недоразумение.

Что же касается тех постановлений законов, которыми министры уполномочивались принимать в чрезвычайных случаях своею властью меры, требовавшие "высшего" разрешения (т.е. законодательного или Высочайшего), то эти постановления должны почитаться отмененными статью 122 Основн. Зак. изд. 1906 г.<sup>1</sup>

Гарантировано ли то, что законы в действительности будут исполняться, или не гарантировано, это другой вопрос, и пока не изменился наш судебный и административный строй, на этот вопрос, конечно, придется отвечать отрицательно. Но во всяком случае на вопрос, признано ли в настоящее время начало законности или не признано, надо отвечать утвердительно, и надо сказать, что в настоящее время законных способов нарушения любого закона уже не существует.

## § 2. Судебная власть

**I. Исторические условия, вызвавшие обособление суда.** — Под судебной деятельностью

<sup>1</sup> Обязательные постановления, инструкции и распоряжения, издаваемые Советом Министров, Министрами и Главноуправляющими отдельными частями, а также другими, на то законом уполномоченными установлениями, не должны противоречить законам". — По этому вопросу ср. проф. бар. Нольде, *Очерки русского конституционного права*, стр. 4—6.

государства разумеют прежде всего и преимущественно деятельность по разрешению споров о праве. Споры эти могут происходить как у обывателей между собою, так и у обывателей в их столкновениях с органами власти.

Во все времена, — и у тех народов, у которых судебная функция государства существовала, у которых существовали специальные учреждения, исполнявшие эту функцию, т.е. суды, — судам в действительности были подведомственны не все споры о праве. Всегда были такого рода вопросы, которые хотя по существу своему и составляли спор о праве, но по тем или иным соображениям, напр. по тому политическому значению, какое придавали данному делу, предоставлялись не судам, а напр. в монархиях — сохранялись государем за собою. Таковы хотя бы споры имущественного характера между членами царствующей династии.

Вообще, поскольку в государствах Европы, в особенности континента, образуются специальные учреждения для рассмотрения правовых споров, этим учреждениям в общем предоставляются две крупные категории дел: дела по спорам между обывателями о имуществе, дела гражданские, и дела по наложению наказаний за совершенные преступления, дела уголовные, т.е. в общем те две группы дел, которые наиболее интересуют общественное мнение и наиболее резко затрагивают интересы каждого. Эти специальные учреждения довольно рано, во всяком случае еще в период доконституционный, получают довольно самостоятельное положение, и государи не только фактически избегают вмешиваться в ход правосудия, но и старательно подчеркивают свое беспристрастное отношение к деятельности судов, которым вменяется в обязанность решать все дела по закону.

Предоставление судам известного самостоятельного положения даже и неограниченными государями имело двойкого рода основания. Во-первых, твердость и определенность прав, в особенности тех, которыми население дорожит, представляет одну из очень ясно сознающихся потребностей населения. Не удовлетворять этой потребности — значит восстанавливать против данной государственной власти главным образом именно те классы населения, которые чувствуют потребность в охране своих прав, т.е. классы имущие, классы в общественном отношении наиболее влиятельные и для государственной власти опасные. Вместе с тем твердый правовой порядок, хотя бы и в области отношений имущественных, представляет существенную важность и в интересах самой власти, всего государственного строя в том отношении, что воспитывает народ в принципах права и закон-

ности. Сколько-нибудь дальновидные политики даже из наибо-  
лее самодержавных по своим замашкам государей уже по этому  
одному сильно дорожили тем, чтобы в их стране ход правосу-  
дия не вызывал нареканий.

Во-вторых, обособление и самостоятельное положение судов  
на континенте Европы обусловливалось еще и некоторыми ис-  
торическими условиями. Уже при самом своем образовании со-  
временные государства заставали известное право: обычное пра-  
во, римское право, иногда ту или иную кодификацию местно-  
го права; во многих местах уже существовали сложившиеся сис-  
темы народных судов, существовали суды феодальные. Это мест-  
ное, а иногда и национальное право по представлениям средне-  
вековой Европы выходило из сферы воздействия местного госу-  
даря, оно не подлежало отмене или изменению по его односто-  
ронней воле. Эти суды, компетенция которых была довольно  
различна, но в общем обнимала дела гражданские и уголовные,  
ведали такого рода дела, которые опять-таки, по воззрениям того  
времени, не входили в круг правительственных задач и полно-  
мочий тогдашнего государя.

С ростом абсолютизма сфера задач государственной власти  
расширялась, права этой власти мало-помалу утрачивали всякие  
границы, но под влиянием практических соображений, только  
что указанных, государи не решались резко накладывать свою  
руку на самостоятельность судов. Поэтому в той или другой фор-  
ме независимость судов до известной степени фактически суще-  
ствовала и пользовалась законодательным признанием и в докон-  
ституционную эпоху.

Иногда она принимала довольно уродливые формы, как,  
напр., в дореформенной Франции, где существовала так назы-  
ваемая продажность должностей. Право занимать судейские (и  
другие) должности продавалось королем, и купивший становился  
собственником должности: чтобы его сместить, надо было вы-  
купить должность, на что у короля денег никогда не было. Долж-  
ности сначала продавались пожизненно, но с течением време-  
ни, за определенный налог, они начали передаваться и по на-  
следству. Такой порядок вещей, конечно, отнюдь не приводил  
к тому, чтобы судейские должности занимались лицами, особен-  
но к тому подготовленными или по своим нравственным каче-  
ствам особенно пригодными к судебной деятельности. Но по-  
скольку этот порядок гарантировал независимость суда, он встре-  
чал многих сторонников (между проч. и Монтескье).

Но во всяком случае, — и это надо твердо помнить, — в  
доконституционную эпоху независимость суда, как бы ее ни про-

возглашали, все-таки никогда не могла существовать в сколько-нибудь обеспеченной форме, ибо, как это уже указывалось выше, суд сам по себе не является такого рода политическою силою, которая сама может себя отстаивать: он нуждается в посторонней точке опоры, а в самодержавном государстве такой точки опоры быть не может, и независимость суда остается вопросом доброй воли государя.

II. Общая характеристика компетенции и суда. — У Монтескье те места, где он, говоря о разделении властей, останавливается на судебной власти, относятся к самым неясным и недосказанным. Он, собственно, говорит только об обособленности суда, как особого учреждения. О том, какова должна быть компетенция судов, он не говорит ни слова. Это, впрочем, вполне последовательно с его точки зрения: Монтескье придает значение тому или иному соотношению отдельных государственных органов между собою и почти вовсе не останавливается на определении их компетенции. Так и по отношению к суду он говорит, что власть судить должна быть обособлена от власти законодательной и исполнительной, и утверждает, что совмещение судебной власти с одною из двух других было бы гибельно для свободы.

Эта точка зрения не была понята последователями Монтескье, в особенности она получила неверное понимание в германских конституционных теориях: там начали искать различия между теми делами, которые по природе своей являются делами судебными, и теми, которые по природе своей являются делами административными. Эти поиски не привели ни к какому положительному результату. Оно и понятно: категория дел судебных — это категория, образовавшаяся, по крайней мере на Западе, тем историческим путем, что ко времени образования современной государственной власти уже существовали известные, в разных местах разные по своему содержанию и объему, юридические нормы (гражданское право), и эти нормы применялись особыми установлениями, по своему происхождению независимыми от государственной власти. Необходимость в твердой правоохране заставляла дорожить этою самостоятельностью судебных установлений. И она мало-помалу получила другое обоснование: вместо исторического, вытекающее из потребностей правопорядка.

Каков объем прав и какова компетенция этих самостоятельных от административной власти установлений, это вопрос второстепенный, разрешаемый на основании побочных соображений. Для твердости правового порядка существенно, чтобы по возможности наибольшее число споров о праве было предоставлено

лено на разрешение судов; но суды действуют медленно, в сложных формах, гарантирующих правильность постановляемых решений, и есть много дел, в которых скорость решения существенное предупреждения той или другой ошибки, и для этих дел судебная процедура оказывается практически нецелесообразною: фюрст и его органы решали эти дела скорее и проще. Кроме того, и правительенная власть всякого рода фюрстов, постепенно развиваясь и принимая облик государственной власти, включила в себя целый ряд полномочий по разбору споров о праве, но о таких правах, которыми народные суды не занимались, о правах, возникавших на почве правительственной деятельности фюрста, напр. о правах, приобретаемых службою ему. Эти споры, раз войдя в сферу компетенции фюрста, становились как бы его правом, и уступка разрешения этих споров судам носила бы характер какой-то капитуляции перед судами, на которую у образовывавшейся государственной власти не было ни малейшей охоты.

Получилось такое распределение: те дела, которые ведались народными судами, т.е. в общем дела имущественные и уголовные, продолжали ведаться судами даже тогда, когда они из судов народных превратились в суды правительственные, а те дела, которые были так или иначе связаны с административной деятельностью фюрста, вошли в компетенцию подведомственных ему учреждений и разрешались ими и в тех случаях, когда по поводу этих дел возникал какой-либо спор о праве.

Это выделение особой группы дел, общим образом могущих быть охарактеризованными как дела гражданские и уголовные, оказалось в высшей степени практичным в том отношении, что это дела, в которых, с одной стороны, правительство не является непосредственно заинтересованным, и потому, вообще говоря, может предоставить судам решать эти дела по их усмотрению и пониманию закона, а с другой стороны, в этих делах слишком непосредственно, слишком остро заинтересованы обыкновители, которые поэтому должны особенно дорожить независимостью суда и ничем не нарушающим ходом правосудия.

Это распределение дел оказалось, таким образом, весьма целесообразным. Оно удержалось в тех государствах, где имело исторические корни, и легко было воспринято другими государствами.

Суд ведает споры о праве, преимущественно о праве гражданском и уголовном. Такова его преимущественная компетенция. Но этими делами компетенция суда не ограничивается. Он ведает целую массу дел, в разных государствах разную по свое-

му объему и содержанию, которая к спорам о праве не относится. Так, суды во многих государствах ведут так называемые ипотечные книги, т.е. книги, в которые вносятся все недвижимые имущества данного округа с указанием их собственника, а также всех лиц, имеющих те или иные права на это имение, в том числе и лиц, которым это имение заложено, — далее, суды ведают дела по утверждению в правах наследства, даже если против прав явившихся наследников никто спора не возбуждает, — суды ведают дела опекунские, — принимают и хранят денежные депозиты и т. д.

Во всех этих делах споров о праве нет, но дела эти по тем или другим соображениям целесообразности или в силу того или иного случайно сложившегося исторического процесса поручаются ведению судов, и против этого нет оснований возражать. Суды со многими делами этого рода справляются превосходно.

Суд ведает споры о праве. Это основное положение, но из него имеется целый ряд исключений, как в ту сторону, что суды ведают дела, по существу своему к спорам о праве не относящиеся, так и в ту сторону, что целый ряд споров о праве общим судам не подведомствен.

Во-первых, некоторые дела, по существу своему вполне подходящие к тем, которые ведаются судами, отнесены к ведению учреждений, принимающих участие в законодательстве. Во-вторых, некоторые споры о праве изъяты из ведения судов и переданы администрации, и на суды возложены дела, по содержанию своему не отличающиеся от административных.

Так, напр., почти повсеместно вопросы о правильности парламентских выборов разрешаются не судом, а подлежащую палатою парламента. Происхождение этого порядка надо видеть в известном недоверии к судам и в желании обеспечить выборным палатам парламента полную самостоятельность. Этот порядок вещей повсеместно приводит к тому, что вопросы о правильности выборов разрешаются в гораздо большей степени под влиянием соображений политических, чем под влиянием соображений юридических. Но бывают такие периоды в жизни каждого государства, когда с этим злом приходится мириться, когда суды, полные заветов доконституционного периода и еще не пользующиеся всею тою самостоятельностью, которую они могут приобрести только в то время, когда конституционные начала получили уже известное развитие и вошли в жизнь, не представляют достаточных гарантий беспристрастия в решении вопросов, в которых слишком сильно заинтересовано правительство. В этот период развития государства, — все равно, предостав-

лять ли эти дела судам, или парламенту, они будут разрешаться под влиянием соображений по преимуществу политических, и в таком случае предпочитают, чтобы они разрешались под влиянием тех политических стремлений, которые господствуют в народном представительстве.

Затем во многих государствах верхняя палата парламента является судом, рассматривающим дела по обвинению в государственных преступлениях. В этом порядке, на рассмотрении которого нам придется впоследствии остановиться подробнее, видят коренное нарушение принципа разделения властей, вмешательство законодательной власти в судебную. Эта точка зрения безусловно неверна: прежде всего одна палата парламента не есть законодательная власть, и постановляемые ею решения ни по форме своей, ни по юридической природе не законы, а именно судебные решения. Предоставление судебных функций палат парламента ни по ее численному составу, ни по профессиональной подготовке ее членов, ни по установившимся правилам ее делопроизводства, ни, наконец, по привычкам их рассматривать все дела, поступающие на ее разрешение, с политической точки зрения, — вообще одобрено быть не может, но смешения властей судебной и именно законодательной тут нет. Тут нет нарушения принципа разделения властей. Три власти в государстве не являются какими-то тремя субъектами, имеющими права на те или иные дела. Дела, аналогичные тем, какие ведаются судами, и аналогичные тем, какие ведаются администрацией, могут разрешаться и законодательно властью, и отдельными ее органами. Это может быть целесообразно, может быть в отдельных случаях и очень нецелесообразно, но каждая власть остается в своей сфере самостоятельной, и нарушения принципа разделения властей усматривать тут нельзя. Иное дело, если бы какая-либо палата парламента взяла к своему рассмотрению дело, по закону подлежащее ведению суда, или если бы даже какой-либо палате парламента или даже обеим палатам вместе было предоставлено право останавливать ход процессов, по закону предоставленных ведению судов, и давать судам предписания, как им действовать в том или другом деле. Тут было бы нарушение самостоятельности суда и, следовательно, смешение властей, отрицающее самую основную идею суда в его современном понимании.

На разграничении властей судебной и административной мы остановимся в следующем параграфе.

---

### § 3. Исполнительная, или административная, власть

I. Отграничение администрации от закона. — Согласно взглядам, унаследованным теорией разделения властей от предшествовавшей эпохи и воспринятым эту теорией в ее первоначальной форме, административная деятельность государства отличалась от всякой иной его деятельности прежде всего по самому содержанию своему.

Закон устанавливает за кражу наказание в столько-то месяцев тюрьмы. Если кто-либо совершил кражу, то администрация ловит его, представляет на суд; суд разрешает спор о том, украл ли подсудимый, и о размерах наказания; администрация держит в тюрьме, караулит, кормит. Итак, закон устанавливает общее правило, юридическую норму, суд разрешает вопрос о праве, администрация приводит в исполнение. Отсюда и название “исполнительная власть”.

Эта теория только отчасти соответствует действительным явлениям. Содержание приговоренных преступников в тюрьме, взыскание налогов, установленных законом, являются в действительности чисто исполнительными действиями. Но ими работа администрации не исчерпывается. Администрация исполняет много таких действий, которые не могут быть подведены под простое исполнение закона. Такова, напр., постройка дорог. Закон возлагает на тот или иной орган заботу о дорожном деле, о постройке дорог. Но где, когда строить дорогу, какого именно типа, — это дело, определяемое свободным усмотрением этого органа. Тут этот орган не является исполнителем того, что постановлено законом. Кроме того, администрация не только исполняет предписания закона, применяет его к частным случаям, но нередко и сама издает общие правила: так, напр., во всех современных государствах администрация имеет право издания общих распоряжений по полицейской части, таковы, напр., распоряжения, какой стороны держаться при езде по улицам. Закона, чтобы держаться правой стороны или левой, как это принято в некоторых местах, нет. Это правило, общее правило устанавливается местною полициею. Это уже не есть исполнение правила, установленного законом, это есть самостоятельное установление нового правила.

Таким образом, теория, видящая в администрации деятельность, по существу своему сводящуюся к исполнению законов, не может быть признана верною. Оно вполне понятно после того, что мы видели относительно властей законодательной и

судебной. Их существо не определяется самим содержанием их деятельности. Можно так или иначе, в общих чертах, охарактеризовать деятельность законодательной власти, исходя из содержания ее актов, но эта характеристика оказывается весьма и весьма приближенной, далеко не вполне точной. То же самое и относительно суда. Отсюда понятно, что и административная деятельность государства не может точно определяться ее содержанием: она может определяться только органом подобно тому, как только органом, его положением в государстве, определяется и законодательство, и суд.

С этой точки зрения современная конституционная теория понимает законодательную деятельность государства, ту его деятельность, в которой принимает участие народное представительство, как деятельность верховную: веления закона носят безусловно обязательный характер. Законодательная власть стоит над правом, и в тех случаях, когда она признает это нужным, она может не только изменять действующее право, но и отменять существующие права.

Как мы видели, конституции и законодательная практика предоставляют ведению народного представительства или вообще законодательной власти не только дела по установлению нового права, по изданию новых и по изменению действующих юридических норм, но и целый ряд таких дел, которые по существу своему вполне последовательно могли бы быть предоставлены и ведению других установлений, судебных или административных. Однако тот факт, что данное дело, по существу своему такое, которое могло бы быть разрешено судебным или административным порядком, разрешается в порядке законодательном, имеет то существенное юридическое значение, что в разрешении этого дела органы государства оказываются не связанными действующим правом и могут постановить любое решение, и это решение, именно в качестве акта верховной законодательной власти, носит, безусловно, обязательный характер.

Все же те государственные акты, в которых народное представительство не участвует, суть акты подзаконные, акты, подчиненные праву, а не стоящие над ним. Согласно современной конституционной теории, акты административные — это такие акты, которые издаются помимо народного представительства. Таким образом, основным признаком отличия администрации от законодательства является различие их по органам.

Из этого основного отличия вытекает второе, производное, — то, что у них степень власти разная: закон не связан действующим правом, администрация действующим правом связана,

связана, следовательно, и законом, как главною формою, в какой в современном государстве вообще выражается право.

Нередко одно и то же по своему содержанию действие государственной власти может быть облечено и в форму закона, и в форму административного акта. Содержание может быть то же самое. Юридическая сила будет различная. Представим себе, что администрация заключает договор с данным лицом о производстве за счет казны той или другой работы. Все условия этого договора должны быть строго законны, и если бы в договор этот было включено какое-либо противозаконное условие, оно для сторон было бы не обязательно. Если же тот самый договор был почему-либо представлен на утверждение законодательных органов и условия этого договора были облечены в форму специального закона, то все, что им постановлено, безусловно, обязательно, независимо от того, на сколько это согласно с ранее действовавшими законами, общими или специальными. Акт, утвержденный в форме закона, имеет силу закона, хотя бы его содержание и было таково, что могло бы быть облечено и в форму административного акта.

Различие между законом и административным актом по самому содержанию их можно наметить лишь самым общим и неопределенным образом, и это различие не имеет решающего значения: закон обыкновенно устанавливает общие правила, администрация обыкновенно разрешает или исполняет конкретные задачи государственного управления.

II. Отграничение администрации от суда. — Свою подзаконность администрация обособляется от закона. Возникает дальнейший вопрос о размежевании ее с другою, также подзаконною деятельностью государства, — с судом.

Теория разделения властей прежде старалась провести различие между судом и администрацией, точно так же исходя из содержания той и другой деятельности: учили, что задача суда ограничивается применением и толкованием закона при разрешении споров о праве, тогда как в ведение администрации подобного рода дела не входят. Однако противополагать суд и администрацию по самому содержанию их деятельности, или, по крайней мере, придавать этому противоположению безусловный характер точно так же нельзя. Как мы видели, суд ведает дела не только по спорам о праве, он принимает депозиты, ведает дела опекунские, дела по охранению наследств, ведет те или другие списки (крепостной реестр, ипотечные книги). Вместе с тем многие споры о праве разрешаются и административными

учреждениями. Таковы все те споры, которые возникают на почве правительственной деятельности государства, на почве тех отношений, которые носят более новый характер.

Как мы видели, обособление дел гражданских и уголовных в значительной степени обусловливается тем, что эти дела, так сказать, старше государственной власти современных государств. Это правоотношения, которые образовывавшаяся государственная власть застала уже существующими и уже пользующимися известной правовой судебной защитой. Но помимо этих отношений на почве правительственной деятельности средневековых государей начали возникать новые юридические отношения: по службе государю, впоследствии на почве податного обложения, на почве созданной государством самостоятельности местного (городского) управления и т.п. Все эти отношения давали почву для многих пререканий и споров о праве, но эти споры почти повсеместно признавались не входящими в круг действия существующих судов и, будучи первоначально крайне немногочисленными и не имевшими существенного практического значения для народной жизни, ведались теми же самыми административными учреждениями, на которые было возложено исполнение данной задачи управления.

Что суды ведают споры о правах, что дела иного рода ведаются ими только в виде исключения, — это верно. Но было бы неверно видеть в “споре о праве” нечто такое, что необходимо влечет за собою подведомственность судам. Судам подведомственны только две категории споров о праве: 1) споры о праве гражданском и 2) споры по наложению уголовных наказаний. Но эти две категории по своему содержанию могут быть охарактеризованы только в общих чертах.

Споры о праве гражданском — это споры по имущественным отношениям между обычайтелями, споры по отношениям семейным.

Существует, в особенности в Германии, громадная научная литература, стремящаяся точно выяснить по его содержанию понятие гражданского права, подсудного общим судам, а не администрации. Она искала принципиальную границу между административными делами и делами гражданскими — судебными. Но этой границы никому установить не удалось. Область гражданского права можно вообще очертить только общими и при том случайными, а не принципиальными чертами. В отдельных подробностях распределение правового материала между административными учреждениями и гражданскими судами обуславливается историческими случайностями: в разных государствах рас-

пределение это разное в зависимости от тех или других исторических условий. У нас спор о жаловании, выслуженном по службе государственной или общественной, — спор административный; в Германии — судебный, гражданский. Почему? Объяснить трудно. Целесообразны обе системы.

Обыкновенно приходится решать дело чисто формально: в каждом государстве есть отдел законодательства, носящий название гражданских законов. Те споры, которые возникают по поводу прав, устанавливаемых этим отделом законодательства, ведают гражданские суды. Те споры, хотя бы и имущественного характера, которые возникают на почве иных отношений, кроме регулируемых гражданскими законами, ведаются администрацией. Таковы, напр., почти повсеместно отношения податные.

Точно так же далеко не может быть вполне точно ограничена и вторая область дел, подведомственных судам, а именно дела по наложению наказаний. В некоторых пределах правом наложение взысканий обладает и администрация. Во Франции эти пределы весьма узки. В других государствах довольно широки. У нас, в административном порядке караются нарушения так называемых уставов казенного управления: Устава Акцизных Сборов, Устава Таможенного и др. Объясняется это исключительно известными историческими условиями.

Таким образом, и область уголовной компетенции судов является по своему содержанию не вполне ясно и определенно обрисованной, и, что самое существенное, очертания ее обусловливаются не какими-либо абсолютными принципами, но очень часто и соображениями целесообразности или случайными историческими условиями.

Таким образом, не в отличии содержания деятельности существо различия между судами и администрацией. И во всяком случае нельзя говорить, чтобы существо этого различия состояло в том, что только суд разрешает вопросы о праве.

**III. Понятие администрации как логического и исторического остатка.** — Итак, нельзя говорить, чтобы администрация вообще не могла разрешать вопросов о праве, и чтобы в этом было существо различия между администрацией и судом.

Согласно современной теории, отношение между судом и администрацией представляют себе в следующем виде: суд определенные категории дел предоставлены прямым постановлением закона. Эти постановления могут носить и довольно общий характер (напр., всякий спор о праве гражданском подсуден гражданским судам, все дела по наложению наказаний подсудны уго-

ловным судам), но наряду с этими крупными категориями мыслимы и на практике встречаются постановления закона, предлагающие ведению судов и иные специальные категории дел.

Принципом современного судоустройства является то, что для подсудности того или иного дела суду нужно определенное законное основание. Суд не может принять к своему рассмотрению такое дело, которое не подходит ни под одну из категорий дел, ему по закону предоставленных. Область же, подведомственная административным органам, ни в одном государстве не определяется, сюда и в область законодательства могут входить любые вопросы, какие только выдвигаются государственной жизнью. Таким образом, область суда является (в противоположность администрации и закону) определенно ограничительно: то, что в нее не отнесено прямым постановлением закона, то к ней и не относится, в нее неходит.

Что касается законодательной власти и сферы ее ведения, то дела, в настоящее время разрешаемые в законодательном порядке, могут быть разбиты на следующие три группы: 1. Дела по изменению действующего права. 2. Дела, по существу своему могущие быть разрешенными и в административном порядке (ибо никакого изменения действующего права или законодательства в себе не содержат), но в силу положительного постановления какого-либо закона направляемые через палаты. 3. Дела, направляемые в парламент или потому, что в них надо отступить от какого-либо постановления, парламентом уже принятого, или вносимые в парламент потому, что по каким-либо причинам в данном конкретном деле министерство желает получить постановление парламента. Дела первых двух категорий более или менее определены. Дела третьей категории могут (теоретически) быть расширены до бесконечности, но практически, ввиду того, что время занятий парламента ограничено, эта третья категория никогда не бывает сколько-нибудь значительной. Поэтому, практически, и компетенция законодательных учреждений оказывается очерченной ограничительно по своему содержанию.

Таким образом, по ее содержанию область, подведомственная судам и законодательной власти, определяется ограничительно: в нееходит только то, что туда законом отнесено; наоборот, область администрации можно определить только отрицательно: в нееходит все то, что законом не предоставлено ни суду, ни законодательным учреждениям. Это есть область преимущественной естественной компетенции государства. Нужно особое основание для того, чтобы изъять из нее тот или другой предмет. Таким образом, эта область является по содержанию

почти безграничной, и само собою разумеется, что юридическая природа всех вообще административных актов не может быть одна и та же. Наоборот, тут неизбежно великое разнообразие. Такое отрицательное определение администрации вызывается известными историческими причинами. В эпоху абсолютизма, в особенности в период его наиболее грубой и резкой формы, государь являлся средоточием и главою всего государственного управления не только номинально, но и фактически. Каждое дело могло взойти до него и у него получить свое решение. Такой порядок вещей прежде всего прекратился по отношению к имущественным делам между обывателями и по делам о наказании преступников. Эти дела начали требовать для себя в сознании народа прочных правовых гарантий. Такою гарантией явилось для них предоставление их всецело ведению судов, подчиненных общему закону и по крайней мере в принципе признававшихся независимыми от короля и его органов и от их приказов. В Германии это обособление судов произошло в XVIII столетии, в некоторых наиболее отсталых государствах в самом начале XIX. У нас в России оно произведено судебными уставами Императора Александра II (20 ноября 1864 г.).

Затем с введением конституционной формы правления из сферы полного господства монарха и его единоличного усмотрения вышли дела законодательные: тут государь оказался связанным согласием народного представительства.

Таким образом, прежний порядок вещей, при котором все дела управления всецело находились в зависимости от государя, повсеместно заменился другим, когда некоторые дела управления, сначала судебные, а потом законодательные вышли из-под его единоличной власти. Некоторые же дела остались в компетенции королевской власти и ведаются королем и органами, ему подчиненными. Этот остаток и образуют дела административные. Другими словами, дела административные представляют не только логический остаток, получающийся от исключения из дел управления дел судебных и законодательных, но и исторически администрация может быть объяснена только как совокупность тех дел, которые остались за монархом и за органами, иерархически ему подчиненными<sup>1</sup>.

Таким историческим происхождением этой группы государ-

---

<sup>1</sup> С течением времени, с появлением самоуправления как системы административных органов, не стоящих в иерархическом подчинении монарху и вообще центральной администрации, это определение начинает требовать известных поправок, но на них мы пока можем не останавливаться.

ственных дел, дел административных, объясняется и ее пестрый состав, отсутствие какого-либо объединяющего признака, какого-либо общего начала, проникающего всю эту группу дел.

**IV. Заключение. Общее значение администрации в государстве.** — Административная деятельность государства осталась тою областью, в которой соприкосновение обывателя с властью возникает чаще всего.

Можно прожить целую жизнь и ни разу не иметь дела с судом ни в качестве подсудимого в уголовном процессе, ни в качестве стороны в деле гражданском. Наоборот, прожить, не имея соприкосновения с администрацией, с городовым на улице, с почтовыми учреждениями, с полицейскими разрешениями на производство той или иной торговли, с податными органами государства, — безусловно невозможно. Кроме того, суд своей инициативы в делах не проявляет и ждет, когда к нему обратятся. Администрация же по самому существу своему есть власть активная, очень часто обязанная вмешиваться в жизнь обывателей помимо их воли: она требует от домовладельцев, чтобы те чинили мостовую, она пресекает действительные или только кажущиеся им нарушения законов. Все это поводы к непосредственному вторжению администрации в жизнь обывателей. Наконец, целый ряд существенных жизненных потребностей обывателей находят себе удовлетворение только благодаря деятельности администрации: дороги содержатся и строятся ею, ею содержится почта, подавляющее большинство учебных заведений, больниц; от администрации зависят меры противопожарные, меры санитарные и т.д. Подобного рода деятельности на суды не возложено. Уже по этому можно заключить, что администрация имеет для обывателей более непосредственное значение, чем суд. Достоинства и недостатки администрации должны чувствовать наследием сильнее и непосредственнее, чем достоинства и недостатки суда.

Почти то же можно сказать и о сравнительном значении исполнительной власти и законодательной. Большинство законов получает свое осуществление не иначе, как через посредство того или иного органа администрации. “Законы святы, да исполнители лихие супостаты”.

Несомненно, что в конце концов хороший законодательный механизм может исправить и скверную администрацию; хорошая администрация, вряд ли вообще возможная при скверном законодательстве, в конце концов будет им испорчена. Таким образом, в конечном счете для судеб государства качества его законодательного механизма существеннее качеств его администра-

ции. Но непосредственно, в каждое данное время, в особенностях для населения, наибольшее практическое значение имеют именно качества и недостатки администрации: они сильнее всего отражаются и на условиях жизни людей, и даже на выработке всего национального строя жизни и характера. Государство есть вообще организация, крайне резко отражающаяся на жизни народа, и отражается она главным образом и преимущественно в лице исполнительной власти. Вместе с тем стоит отметить, что поскольку государство есть известное бремя, оно чувствуется именно в тех или иных проявлениях исполнительной власти. И если народ бывает недоволен государственным строем, недовольство его вполне естественно обращается именно против этой сферы государственной деятельности. Поэтому исполнительная власть бывает вообще наименее популярной из всех.

Суды же, напротив, почти всегда пользуются популярностью, и эпохи, когда бы общественное мнение отдавало предпочтение администрации перед судом, являются редкими исключениями (так было во Франции в XVII и XVIII вв., где это объяснялось национальным характером королевской администрации и феодальным и классовым характером юстиции). Само по себе это явление крайне любопытно. С первого взгляда можно было бы думать, что администрация, более активная и подвижная, более дешевая (судебные пошлины повсюду высоки, а ранее были еще выше, так что обращение к суду всегда обходилось дорого), должна пользоваться большими симпатиями. К тому же надо принять во внимание, что благодаря состязательности суда, суд не исправляет ошибок, сделанных сторонами, и таким образом на суде можно легко проиграть и правое дело, тогда как по общему правилу попечительная администрация ограждает правые интересы и по собственной инициативе. Судебные сроки, краткие, мало кому в точности известные, легко приводят к тому, что из-за какого-либо пропущенного дня утрачивается несомненное право. Формализм суда известен всем. Если, несмотря на все это, суды пользуются большими симпатиями населения, чем администрация, то на это имеются особые условия.

Прежде всего нельзя не отметить слов известного деятеля Екатерининской эпохи Трощинского<sup>1</sup>: “Полицейские чиновники на дальних расстояниях никогда не могут поспевать вовремя для предупреждения вреда, но всегда поспеваю вовремя для нанесения онного. Юстиция же не мешается в дела частных людей, не наезжает в их жилища, ожидает, чтобы сами пришли про-

---

<sup>1</sup> Сборник Русского Исторического Общества, том III, стр. 160.

сить ее пособия, и следственно не наносит никакого вреда, когда в ней не имеют нужды. Конечно, есть случаи, в коих полиция необходима, но для сего конечно надо стараться, сколь можно уменьшать, а не умножать эти случаи".

Затем надо иметь в виду, что на суде каждый вопрос получает правовую постановку: вопрос идет о моем праве, и это право я сам защищаю. Не сумел, проиграл правое дело, пеняю на себя или на своего адвоката, а не на суд. Попечительная деятельность администрации именно потому, что она меня опекает, берет на себя больше, чем она иногда может выполнить, и если чего не выполнит, то вызывает нарекания именно на себя. Суд может неверно, по моему мнению, решить мое дело, но из вынесенного мотивированного решения я вижу, на чем основывался суд, и против чего мне надо бороться. Чем руководствовалась в тиши своих канцелярий администрация, отказывая мне в моей просьбе, я не знаю. На суде я сам защищаю свое право, а перед администрацией я беспомощный опекаемый, ожидающий поддержки и помощи. Перед судом каждый чувствует себя хозяином своего права, а перед администрацией каждый ждет ее милости. Нежеланием людей зависеть от чьей-либо милости и стремлением обратить каждый свой интерес в свое право, главным образом, и объясняются большие симпатии населения к судам, несмотря на то, что практически, казалось бы, удобнее иметь дело с администрацией.

Когда данное право защищается административно, администрация руководится соображениями целесообразности, по существу своему часто вполне субъективными, и решение администрации по тому же самому вопросу, но в разных политических обстоятельствах может быть совершенно разным. Суд, наоборот, поскольку он не действует прямо преступно, руководится только правом, и даже в том случае, если закон предоставляет судье известную свободу действий, судья должен пользоваться этой свободою согласно духом закона.

Таким образом, перед судом, и только перед ним, всякий вопрос ставится на твердую правовую почву, и то, чего я домогаюсь перед судом, приобретает значение именно моего права.

Непопулярность исполнительной власти обусловливается также и тем, что она по самому характеру своей деятельности нередко принимает агрессивный характер по отношению к мирному обывателю: она постоянно имеет поводы беспокоить его или требованием своевременно неуплаченных налогов, или даже по разным поводам, где обыватель ни душою, ни телом не виноват; в своей активной деятельности по предупреждению и пре-

сечению преступлений она нередко арестовывает людей ни в чем неповинных, препятствует деятельности, ничего вредного в себе не заключающей, и таким образом нередко вызывает против себя справедливое озлобление.

Это отношение к администрации проявляется почти во всех странах, и оно в значительной степени определило собою направление многих конституционных реформ, направленных именно на умаление роли и значения исполнительной власти.

## КАРЛ ЛЕМАЙЕР

# АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ Понятие охраны субъективных публичных прав в связи с развитием воззрений на государство

Weil die Menschheit in jedem Zeitalter neue Zustände gebiert... drängt alle Behandlung von Staatssachen im Leben und in der Lehre zur Histoirie hin.

*Dahlmann, Politik, S. 9*

### ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая работа предлагается вниманию читателей “Журнала Министерства Юстиции” ввиду того интереса, какой вопросы административной юстиции вызывают к себе в настоящее время в русском обществе.

Автор книги — Dr. Karl Freiherr von Lemayer, второй президент административного суда в Вене. Она написана в 1900 году по поводу 25-летия этого суда, в учреждении и дальнейшей деятельности которого бар. Лемайер играл видную роль, и напечатана в XXIX томе “Zeitschrift für das Privat-und Öffentliche Recht”, herausgegeben von Grunhut, стр. 1—228.

В русском переводе книга печатается с любезного согласия бар. Лемайера, который уведомил о нем меня письмом от 11 апреля 1906 года, в ответ на мою просьбу о разрешении издать этот труд в русском переводе, в качестве приложения к “Журналу Министерства Юстиции”.

Перевод сделан бароном А. Э. Нольде, приват-доцентом Императорского С.-Петербургского Университета. Переводчиком составлено для русского издания подробное оглавление.

2 мая 1905 г.  
*B. Дерюжинский*

### ВСТУПЛЕНИЕ

*Влияние господствующего в данную эпоху воззрения на государство на организацию отношения индивида к государству. Организационная роль права*

Административная юстиция в современном значении этого термина — учреждение новое, развитие которого относится всецело ко второй половине истекшего столетия. Наряду с участием граждан в образовании воли государства в законодательных

учреждениях и наряду с участием их в осуществлении государственных задач в самоуправлении, она является одним из тех основных начал, из которых слагается картина современного правового государства. Но, хотя это учреждение и созрело лишь в наше время, являясь младшим членом в этой триаде, однако лежащая в основании его идея, идея правовой защиты индивида в его отношениях к публичной власти (защита прав в публичном праве), разумеется, так же стара, как и государство и право вообще. Современная административная юстиция представляется лишь одним из тех проявлений, которые пережила проявляющаяся в ней идея такой правовой защиты, — проявлений, вызванных ходом развития политической истории и влиянием воззрений на государство, изменявшихся в зависимости от условий времени и пространства. Господствующее в какой-либо исторической эпохе, в каком-либо национальном союзе воззрение на основное государственное отношение, на отношение индивида к целому и есть та точка зрения, которая определяет представление о государстве и является как бы основой, на которой развиваются все политические образования, во всей их полноте и многообразии. И вот, в непосредственной связи с этим зачатком и средоточием коренной проблемы государства стоит и вопрос о правовой защите отношений, слагающихся между этими основными факторами политического союза. Организация правовой защиты затрагивает самые чувствительные стороны политического существования, она проистекает непосредственно из основных условий всего государственного устройства, и естественно, что в ней особенно резко и отчетливо должно выражаться господствующее в данное время воззрение на государство и что в изменяющихся формах ее внешнего проявления обнаруживаются изменения в области основных взглядов на государство.

Правильность этих положений доказывается даже беглым обзором тех различных типов, в которых юридически выразилось в политической истории отношение индивида к целому.

Организация этого коренного государственного отношения выражается в сочетании права и государства: право есть проявление жизненного принципа личного начала, существования для себя, свободы, — проявление, ограниченное государственной организацией отношения сосуществования; государство основывается на родовом характере человека, на человеческих свойствах, одинаково повторяющихся в индивидах<sup>1</sup>, в государстве

---

<sup>1</sup> Поэтому нельзя считать (как это делали многие прежние и позднейшие публицисты, напр., еще Блунчли) идеалом государства — “всемирное государство”; это невозможность, утопия, противоречие в самом существе. Государственная идея, как и всякая другая, может быть

реализуется сумма проистекающих отсюда побуждений, противоположных постулатам начала личного. Государство и право — понятия, взаимно друг друга восполняющие, вполне коррелятивные, уже прежде всего потому, что они служат формой осуществления двояких основных побуждений, живущих в тех же самых субъектах, а следовательно, и непосредственным выражением элементарных человеческих свойств, в частности же, и следствием неразрывного, по этому пониманию, с идеей государства и права постулата осуществления<sup>2</sup>: нет права без осуществления, т.е. без государства, обеспечивающего правовую защиту, нет государства без права, создающего упорядоченную связь для соединенных в государстве индивидуальных существований<sup>3</sup>. Анархия и деспотия представляют собою вырождение (“парεβάσεις”) государственного порядка, не проявление, а отрицание государства. И если уже по этому одному нельзя представить себе право без государственного веления и принуждения,

---

свачена человеческим представлением только *sub specie individuationis*, т.е. поскольку она укладывается в формы нашей мыслительной способности, а поэтому, в действительности, идея целого, идея связи, вытекающей из одинаковых свойств людей и их требований, может быть изложена и представлена только применительно к обособленному проявлению отдельного государства. Из этого отношения целого к отдельной форме его проявления, в эпохи грубой культуры, вытекает то воззрение, которое приписывает права только гражданину своего государства, чужеземца признает за варвара, *hostis* и т.д., причем, однако, всегда на том же отношении покоится абсолютность государства и тех требований, которые оно может предъявлять к индивиду.

<sup>2</sup> Едва ли подлежит сомнению, что в понятии права, к чему бы его ни возводить, заключается постулат осуществления его. То же самое приложимо и к идеи государства, ибо оба понятия имеют предметом своим некоторый практический порядок, порядок внешнего человеческого существования; их область — реальность человеческих отношений существования; их категории, ни в коем случае, не выходят за пределы этих отношений; но эти последние составляют предмет указанных понятий, как таковые, т.е. как реальное внешнее явление.

<sup>3</sup> Этому воззрению противоречит, как представление об абсолютном праве, не связанном с государством, существующем “φύσει” (естественное право), так и учение о том, что все право происходит от государства, существует только “νόμῳ” и что, следовательно, оно чисто позитивно (эта антитеза была уже кардинальным вопросом греческого учения о праве). Первое из этих воззрений смешивает (поскольку оно не излагает чисто этические постулаты, извлекаемые из нравственной природы человека) идеальное представление о праве, отвлеченнное от реальных вещей, с юридическими институтами, а второе эти институты, с реально существующей силой, достаточною для издания и поддержания в силе приказов и запретов.

то, с другой стороны, в понятии государства, как необходимой организации человеческого общения, содержится постулат правового нормирования этого общения. Эта взаимная обусловленность обоих понятий происходит от того, что ни одна из этих основных категорий человеческого существования, — ни право ни государство, — не может быть объяснена одним только материальным принципом каждой из них, принципом человеческого общения — для государства, человеческой индивидуальности — для права. Напротив, в идеях права и государства форма каждого из этих основных факторов человеческого существования — общения, постулируемого человеческой родовой природой, с одной стороны, и бытием для себя индивидуализма, с другой — определяется другим основным фактором, и от этого зависит организация этого основного государственного отношения. В праве принцип личного начала ограничивается постулатом человеческого общения, в государстве — идея этого общения находит границу в постулате свободы. В первом случае безусловное требование свободы личности приводить к праву, во втором — неограниченное превосходство целого над индивидом приводит к юридически организованному господству; таким образом, как тот, так и другой материальный принцип выражаются в той форме, которая придается ему противоположным принципом сосуществования.

Чем совершеннее проявляются эти взаимоотношение и взаимодействие правовой и государственной функций, тем более приближается данная государственная организация к идеалу, т.е. к надлежащему осуществлению идеи государства и права. Со стороны государства, с этим идеалом связано то необходимое условие, чтобы взаимно предполагающие друг друга функции права, как элемента, организующего государственное общение, и функции государства, как гарантии правовой системы и условия его бытия, осуществлялись в полном объеме и во всех разветвлениях государственной жизни. А это в свою очередь требует, чтобы идея права проявлялась и в непосредственном отношении между государством и индивидом, со всеми ее критериями и всеми выводами из нее, а следовательно и со связанным с ней постулатом осуществления; этим самым указывается необходимость институтов для юридической защиты публичных прав. Но, если логически этот результат получается немедленно, то исторически он проявляется, лишь как завершение постепенной эволюции. И притом он проявляется как частичный эпизод политической истории, т.е. как часть прогресса в деле осуществления общих политических идей, прогресса, который обусловливается

влиянием всех факторов, действующих на человеческое состояние.

В начале этой эволюции взаимоотношение права и государства еще не развито, оно колеблется в ту или другую сторону, в зависимости от того, какой из факторов, действующих в данном порядке существования, преобладает. У народов, склонных к государственной жизни, развивается организация общения за счет жизненных форм индивидуализма, у народов, склонных к индивидуализму, наоборот, над государственным общением преобладает правовой порядок, соответствующий постулатам индивидуализма. В обоих случаях нет совершенства в организации основного государственного отношения, право публичное не ясно ограничено от частного, и каждое из них, само по себе, нормировано несовершенно и неудовлетворительно, в зависимости от преобладания того или иного основного фактора сосуществования. В дальнейшем течении развития первым следствием взаимной обусловленности права и государства является то, что каждый из основных факторов организуется путем права. По отношению к индивидам, оно регулирует отношения сосуществования в виде частного права, а по отношению к целому оно устраивает его жизненные проявления в форме государственных и административных учреждений. Но этим еще не достигается удовлетворительная нормировка основного государственного отношения, ибо, хотя общение и слагается из индивидов и в организации государственного строя и администрации индивид фактически вступает в отношение с целым, но это еще не есть отношение в юридическом смысле. Индивиды участвуют в нем не как таковые, но только как члены и органы общения, как камни, из которых слагается здание государства. Отношение в юридическом смысле возникает только тогда, когда на одной стороне выступает государственное единство (создавшееся из организации индивидуальных существ), как таковое, а на другой — индивид, как таковой, как второй из первичных факторов человеческого общения.

Только в гораздо более поздней исторической стадии развития организующая сила права касается и отношения между этими двумя областями существования, первоначально нормированными, каждая сама по себе, сферы индивидуальной свободы, с одной стороны, и сферы организованной государственной власти — с другой, и при этом создает правовые институты, осуществление которых обеспечивается со стороны государства путем специальных учреждений для правовой защиты. Но и это распространение правового порядка на отношение между общением и индивидом происходит постепенно; за неорганизованной

стадией отношения, когда в случаях конфликта индивиды могут противопоставить силе целого только собственную силу (сопротивление, возмущение, восстание, соответствующие самопомощи первичной стадии частноправового порядка), следует другая ступень, в которой это отношение внешним образом, но не по существу, нормируется юридически. Именно индивидуализм требует своего признания в данной форме организованного господства и стремится обеспечить проявление своих импульсов. За этим следует еще дальнейшая ступень, когда организация хотя и приобретает уже субстанциальный правовой характер, так как в пределах организованного государственного господства, и наряду с ним, юридически отграничиваются и обеспечивается сфера свободы индивидуальности, но принципиально еще не признается действие правовой идеи в этой области. При этом имеется в виду не столько создание правовых отношений, сколько упорядочение отношений фактической силы, а, следовательно, эта идея не проводится во всех частностях отношения между государством и индивидом, имеется в виду только господство, как та-ковое, и в связи с этим институты правовой защиты поставлены весьма несовершенно. Происходит это потому, что нет еще принципиального сознания, что и для этой области должно быть создано реальное право, которое всегда должно быть действующим, т.е. таким, с которым связано принудительное осуществление, а следовательно, и организация юридической защиты. Только в заключительной стадии этого процесса и на область отношений между государством и индивидами переносится все-цело идея права, причем создаются материальное государственное и административное право, как юридические институты, в полном значении этого слова, т.е. наряду с ними возникают и формальное право защиты прав судебным порядком.

Эта эволюция, которую логически легко уловить, на деле происходит в периоды времени, исторически весьма далекие друг от друга. На нее оказывают влияние все факторы политической истории, в особенности же принципиальное воззрение на государственное отношение, — воззрение различное, смотря по национальным особенностям. Поэтому она охватывает самые различные политические образования, в частности, на стороне принципа индивидуализма, как те организации данного общества, в которых не только ограничивается и охраняется от государства правовая сфера индивида, но и выражается стремление подчинить государство служению собственным целям индивидуализма, так и те непосредственные формы осуществления

правовой идеи, те правовые институты, которые предназначаются только для защиты индивидуальной свободы<sup>4</sup>.

Да и вообще едва ли найдется такое явление государственной жизни, в котором нельзя было бы установить влияние этой апприорной противоположности, заключающейся в проблеме государства, и влияние того воззрения на это основное отношение, которое в данное время преобладает. Поэтому-то, только по сменам различных взглядов на государство, которыми прежде всего определяется политическое развитие, и возможно обозреть на всем протяжении истории, вплоть до возникновения современных учреждений для защиты публичных прав, различные формы этой эволюции — осуществления идеи права и государства.

В основном государственном отношении противостоят друг другу общество и индивид, ввиду этого, смотря по господствующему в данный момент воззрению на государство, возможны два основных типа организации обоих основных элементов государственного союза, выражющихся в сочетании права и государства, в зависимости от того, влияние какого из основных факторов отношения преобладает в данной организации и определяет ее. Один тип преобладает в древности, другой появляется в начале средних веков и продолжает жить в современ-

<sup>4</sup> Демократические и аристократические формы государственного строя, различные формы проявления идеи представительства, куда прежде всего относится сословное представительство, также и учреждения древности, вроде римского народного трибунала, в средние века — вся совокупность ленного строя, наконец, конституционные учреждения новых времен — все эти формы устройства государства сложились все-таки преимущественно под влиянием индивидуалистического принципа. Со второй из указанных в тексте точек зрения должно рассматривать, прежде всего, конечно, создание всяких судебных учреждений, причем первичная тенденция индивидуализма проявляется, между прочим, в учреждении народного суда, который появляется в различных формах, в древности, в средние века и в современную эпоху, но особенно она заметна в развитии средневековой судебной власти, которая преобладает над всеми прочими проявлениями государственной идеи и все охватывает, — в таких учреждениях как, напр., Justice Mayor арагонского государства. Но к этой же цели развития относятся и права восстания и сопротивления при нарушении жалованных грамот и хартий, — в средние века и они относились к правовым институтам, — совершенно так же, как и позднейший судебный порядок разрешения спорных вопросов публичного права. Под обе точки зрения можно подвести возникающую, благодаря влиянию идеи естественного права, тенденцию современных государственных организаций установить такой порядок, при котором сфере индивидуальной свободы была бы предоставлена особая область, ограниченная от государственного вмешательства и защищенная от него; эта тенденция выражается в кодификации так называемых основных прав, прав человека или гражданина.

ном понимании государства — причем одновременно с ним возрастаet значение и противоположного основного принципа<sup>5</sup>.

## Г л а в а I

*Преобладание государства над отдельною личностью  
в древности. Отсутствие охраны правовой сферы  
личности от вторжения государственной власти.*

*Начатки административной юстиции в институтах фискального  
права*

В д р е в н о с т и не было “принципиального уважения к человеческой личности, как таковой” (Моль)<sup>6</sup>, т.е. не было признания индивида такою же равноправною в организации жизненного порядка самоцелью, какою признается целое. Государство существует не для индивида; напротив, гражданин существует для государства<sup>7</sup>. Такого мировоззрения, где целое ставится выше индивида, твердо держался весь античный государственный порядок, начиная от деспотий Востока и кончая свободными государствами Греции и Рима<sup>8</sup>. По этой же причине, в силу безусловного преобладания идеи целого над принципом индиви-

<sup>5</sup> Историческая эволюция идеи государства выражается в том, что первоначально преобладает идея общения, и впоследствии сильнее выступает принцип индивидуальности, и этот порядок, если поставить его в связь с законом еще более высокого порядка, соответствует, по-видимому, высшему и самому общему закону развития, ибо везде в природе развитие в восходящем направлении совпадает с возможностью и силой индивидуализации. Чем ниже стоит данный порядок, тем сильнее преобладает в нем его тип, тем однообразнее частичные проявления его, и наоборот, чем различнее и характернее каждое отдельное явление, чем выше восходит в различных царствах природы и в каждом из них в отдельности; выше всего по отношению к человеку, если останавливаться на расах, племенах, народах и индивидах. В основании учения Спенсера об эволюции лежит однородная, хотя и не тождественная мысль (интеграция и дезинтеграция).

<sup>6</sup> Geschichte und Literatur d. Staatswissenschaften, I, стр. 221.

<sup>7</sup> Против этого “традиционного” воззрения недавно выступил Е л и - н е к, “Recht des modernen Staates” (стр. 264 след.), хотя он и допускает, “что за сферой политической свободы индивида в античном государстве не признавался правовой характер”. Но с точки зрения публичного права именно и важно установить, нашла ли себе место эта сфера свободы в государственном порядке. Само собою разумеется, что и в античном государстве индивид не “пожирался” государством, что и оно предоставляло известную сферу для свободного проявления индивида и что и в древности существовали государства с слабой властью, как, напр., в позднейшие времена в Греции.

<sup>8</sup> Разумеется, принцип индивидуальности появляется у греков и римлян, в отличие от народов Востока, в виде субъективного освобождения, и именно этот элемент человеческой субъективности — личность, и есть тот корень, из которого выросли и греческая культура с ее блеском, и величие римской истории. Однако и здесь все время в национальном сознании сохра-

дуальности и ограничивается в древности все развитие права сферой частного права, отношениями отдельных лиц друг к другу, и оно не касается государственной власти, как чего-то стоящего над принципом индивидуальности. В величайшем творении античного духа, в римском государстве, нет публичного права в современном значении этого термина (Брунс)<sup>9</sup>. То, что там называется публичным правом, в сущности есть только форма организации государства, система распределения власти между отдельными носителями ее, совокупность владычеств, взаимно разграниченных, но безграничных по отношению к подчиненным, упорядочение беспредельной, в самой себе, силы общения. С объективной точки зрения публичное право — упорядоченное владычество общины, с субъективной — участие индивида в этом владычестве; индивид, как таковой, не имеет места в публичной организации и не имеет прав по отношению к ней. Политическая свобода и здесь, как и вообще в древности, понимается только как участие во владычестве, которое всегда и в том же неограниченном объеме принадлежит общине и только осуществляется различными носителями власти в разное время. “*Libertatis originem inde magis quia annum imperium factum est, quam quod deminutum quid ex regia potestate numeres*”<sup>10</sup>.

Вот эта полнота власти, принадлежащая общине, это *imperium*, которое различно распределялось в магистратуре, но всегда осуществлялось как единое владычество<sup>11</sup>, само по себе неограниченное и находившее в себе самом не столько юридические, сколько фактические пределы — “*par majorve potestas*”<sup>12</sup> —

---

нялось преобладание за идеей целого, идеей человеческого общения, и, если поближе присмотреться, то величие Рима зависит — на это уже часто указывалось — от того, что сильная субъективность римского национального характера отдавала себя вполне на служение целому. Из зародившегося у классических народов древности сознания человеческой личности и ее самостоятельности у римлян развилась идея права, которая выvodилась из этой субъективности индивида с неумолимою последовательностью и с таким совершенством, что римские правовые типы на все времена остались образцовыми; но это право, вытекающее из идеи личности, наравне с последней осталось подчиненным принципу общения. Индивид не имел прав против него: право индивида прекращалось там, где выступало государство.

<sup>9</sup> Н о 1 t z e n d o r f f ' s *Encyclopädie d. Rechtswissenschaft*, I, стр. 109.

<sup>10</sup> *L i v i u s*, II, 1.

<sup>11</sup> “Римское государство исходило из единства власти магистратов, основным принципом римского государственного права признается то, что совершенно одинаковое понятие *imperium* лежит в основе как царской власти, так и древнейшего консулатта”. М о m s e n, *Römisches Staatsrecht*, I, стр. 6, 7.

<sup>12</sup> Она предоставляет право интерцессии.

вот эта полнота и есть основа римского государственного устройства<sup>13</sup>. Оно так же едино, как едина его исходная точка: “Omnis potestates imperia curationes ab universo populo Romano proficisci convenit” (Cicero)<sup>14</sup> и по отношению к этому *populus Romanus*, к целому, индивид является всегда только частью и одним из членов, а не полноправным самим по себе, фактором, с собственными жизненными целями. Поэтому и немыслима здесь какая-либо граница публичной власти, которую можно было бы выводить из юридического положения индивида<sup>15</sup>. Право устанавливается государственною властью, оно — выражение *imperium*, ограниченное проявление воли целого, оно принудительно по отношению к индивиду, но бессильно против целого, которое и есть эта воля.

Исходною точкою всякого права является государство: в начале истории почти всех римских частно-правовых институтов встречается какая-либо сакральная или публично-правовая форма, которая возводит институт к воле целого и обосновывает субъективное право на какой-либо *lex*, совершенно так же, как впоследствии правовые институты основываются на объективном праве<sup>16</sup>. Но эти правовые формы еще сами по себе не действительны по отношению к государству, создавшему их; они являются только границами признаваемой им индивидуальной воли,

---

<sup>13</sup> О полноте власти римской магистратуры см. I h e g i n g, Geist d. römischen Rechts, II, 1, стр. 262 и след. “В лице магистрата народ создает не слугу себе, не ниже себя стоящего (министра), а владельцу, выше стоящего” (*magister, magistratus* от *magnus*). Там же, стр. 264.

<sup>14</sup> De lege agr., 2, 7, 17. Этому не противоречит, что римский магистрат выступает не как поверенный общины в современном смысле, а осуществляет свою власть, как собственное право: все же, в сущности, и именно поэтому — “se gerere personam civitatis”. Cic. de off., 1, 34 — в нем реально проявляется община и действует через его посредство.

<sup>15</sup> В этом направлении “ни для демоса, ни для цезаря не указаны пределы власти”. S c h u l t z e, Rechtsschutz auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, стр. 10.

<sup>16</sup> Регулирование всех частно-правовых отношений государством было возможно до тех пор, пока государство представлялось дворянской общиной трех триб (из коих Луцеры к тому же долгое время были на заднем плане); освобождение частного права от авторитета государства начинается тогда, когда расширяется основа государства, и полнота власти куриатских комиций переходит сперва к *comitia centuriata* и, наконец, к *comitia tributa*.

условиями этого признания, но не существуют для государства, которое есть абсолютная воля.

Основные понятия имущественного права (собственность, право требования, наследство, отпущение на волю) применяются, конечно, и к государству, но все формы, обязательные при этих правовых категориях для частных лиц, — *jus strictum* — для общины не существуют (Моммзен)<sup>17</sup>. Для приобретения государством права собственности не нужна манципация, против него не действует давность, его обязательства могут быть передаваемы с активной и пассивной стороны и т.д., и сила общей воли, разрушающая связанность частного права, оказывается и в цивильном праве, в том цивильно-правовом акте, который совершился первоначально в виде постановления народа (*testamentum in comitiis calatis* и *in procinctu*): “легатарий... приобретает непосредственно в тех случаях, где по цивильному праву требуется акт манципации или стипуляции, именно потому, что оно (т.е. завещание) есть акт государственный. Поэтому же только в завещании возможно непосредственное отпущение на волю, а не в сделках между живыми, поэтому же только при отпущении на волю по завещанию допускаются условия и сроки” (Моммзен)<sup>18</sup>.

При таком общем взгляде и направлении римского духа была немыслима юрисдикция по отношению к публичным правам, ибо не было первого принципиального предположения ее — признания субъективных политических индивидуальных прав. Субъектом политических прав всегда является государство или действующий вместо него носитель производной от государства власти, — причем полнота его власти значительно превосходит наши представления о власти должностного лица<sup>19</sup>; ни в государственном устройстве, ни в управлении нельзя найти публичного права, которое действовало бы и против государства. Везде, где царствует *imperium* общины, для правовой сферы индивида, как такого, нет места, публично-правовая сфера “*civis*” совершенно совпадает с тем местом, которое отведено ему в организации общины, и она является только частью этой организации. Даже к имущественным притязаниям общины, основанным на *imperium*, неприменим судебный порядок, приложение же юридических категорий к публичным правам неимущественного содер-

<sup>17</sup> Römisches Staatsrecht, 3 Auf., I, стр. 169 след.

<sup>18</sup> См. указ. соч., стр. 170.

<sup>19</sup> Чему доказательством служит “*jus edicendi*” претора, которое создает возможность “*jus condere*”.

жания, к suffragia и honores, было бы совершенно непонятно для римского духа. Положение индивида в пределах государственной организации определяется магистратом, в частности цензором, вполне суверенно и полновластно, — хотя и руководствуется он при этом законами, но применяет их по совершенно свободному усмотрению и действует, даже не стесняясь отсутствием законодательных постановлений, причем на решения его нет жалобы; для имущественных притязаний государства закрыт обыкновенный судебный порядок, *ordo judiciorum privatorum*: нет процессуального порядка, в котором государство выступало бы в качестве стороны. Государство не ищет и не отвечает по суду: его собственность и его требования, в частности и требования из налогов, устанавливаются цензором, иногда эдиктом; квестор взыскивает то, что причитается государству. Всякий магистрат может подкрепить свои приказания наложением штрафов по своему усмотрению, *multae dictio*, налагаемых без всякого определенного производства. Для этого отношения нет никаких способов обжалования, нет законной силы решения, а уже менее всего возможно принудительное взыскание по отношению к общине<sup>20</sup>.

Единственная форма защиты прав от государства, выработанная римским правом, встречается в фискальном праве. Но и этот институт должно прежде всего объяснить исторически, из тех изменений, которые произошли в юридическом положении принцепса: так как принцепс не был государством, то против него были допущены частные иски, а к его имуществу были применены нормы частного права, и этот порядок сохранился и тогда, когда произошло слияние *aerarium* и *fiscus*, и наряду с последним развилось чисто личное имущество принцепса, *ratio Caesaris, res privata principis*. Но этот институт ни в чем не изменил принципиального римского взгляда на государство, который не признавал за индивидом никакого юридического значе-

<sup>20</sup> “Процесс есть обращение к высшей власти, которой подчиняются стороны, поэтому верховная власть — государство — не могла вступать в такое отношение, это было бы абсурдом и умалением ее”. М о м з е н, указ., соч., стр. 175. Здесь можно обойти молчанием совершенно второстепенные и исключительные случаи частно-правового судебного разбирательства дел общины, — когда община вступает в положение должника или кредитора частного лица, или когда такой спор возможен на основании специальных законодательных постановлений, как, напр., виндикация публичного имущества и т.п.; об этом см.: М о м м з е н, указ. соч.; также К а г I o w a, *Römische Rechtsgeschichte*, I, стр. 172 и след.

ния в отношении к государству, так как в этом институте, для индивидуальной правовой сферы, отмежевывалось место только по отношению к какому-то призраку, путем фиктивного признания за государственным имуществом гражданско-правовой личности. Уже и помимо этого, понятие публичного права совершенно исчезло, когда принцип получил значение главы государства, воплощающей в своем лице все государство, когда власть цезарей выродилась в деспотию, и тогда, понятно, этот судебный порядок, который перешел от фиска к государственной казне, мог быть признан только частно-правовым.

Но, если, таким образом, часть государственного имущественного права и была включена в частное право, то тем более исключалась возможность развития юридического порядка для всей суммы отношений между государством и индивидом: те из отношений, которые обсуждались юридически, составили отрасль гражданского права, в которой государству предоставлялись некоторые, впрочем, весьма обширные фискальные привилегии, но носившие частно-правовой характер, и в которой государство не выражало притязания на иное юридическое положение, чем то, которое было предоставлено индивиду. Но для других юридических отношений между государством и индивидом, кроме тех, которые подлежали имущественному частному праву, государство принципиально не признавало юридических границ. В этом направлении для индивида не было юридической защиты, и осталось в силе прежнее римское воззрение, что всякое право есть только частное право, порядок сосуществования индивидов, жизненная форма принципа индивидуальности.

Поэтому институт фискального права находится с историей защиты прав в публичном праве только в той связи, что в нем, конечно, содержится некоторое подчинение правовых отношений государства судебной юрисдикции. Но с тем понятием защиты права в публичном праве, которое мы теперь имеем в виду, у этого института нет внутренней связи, так как это подчинение было достигнуто только путем включения фискальных институтов в частное право, т.е. путем отречения от *imperium* в этой сфере государственных интересов. Ввиду этого напрасно было бы искать в римском праве корней или аналогии истинной публично-правовой юрисдикции, т.е. защиты индивида перед государством, искать эти корни, напр., в административной юрисдикции по спорам *aegarium*: там, где выступает государство, исчезает в Риме правовая категория.

## Г л а в а II

*Отсутствие преемственной связи между римским государственным правом и современным публичным.*

*В частности, отсутствие влияния рецепции римского права и римской императорской идеи на развитие императорской власти в Германии и косвенное значение ее для роста власти территориальных суверенов*

Римская государственная культура, какое обширное место ни отводить ей в истории человечества, не имеет внутренней связи с развитием современной государственной идеи и тех отдельных проявлений, в которых эта идея выражается, так как она исходит из совершенно различного основного воззрения на проблему государства. Поэтому за римскими государственными учреждениями нельзя признавать решающего влияния не только на проблему правовой защиты в публичном праве, но и на тот основной фундамент, на котором зиждется это понятие, — на современное представление о государстве. Развитие римского государства шло от целого к индивиду, а, начиная со средних веков, развитие государства пошло в обратном направлении. Только в эту эпоху появляется путь развития, приводящий к современному взгляду на государство и к тем институтам, которые в настоящее время окончательно сложились. Но это нельзя понимать в том смысле, что уже от этой эпохи идет непрерывная эволюция, приводящая прямо к современному пониманию государства; начало ее можно возводить только к эпохе новой истории. Это означает только то, что развитие государства, совершающееся у одних и тех же народов, определяется одним и тем же принципиальным воззрением на проблему государства, а именно: признанием за принципом индивидуальности значения самостоятельного, равноправного фактора в порядке человеческого существования. Поэтому совершенно неправильно утверждать противоположное, ссылаясь на отдельные исторические факты и отыскивая в них те пути, по которым античное воззрение на государство перешло в средневековый и современный мир. В этом отношении особенно указывают на рецепцию римской императорской идеи и на рецепцию римского права, — но неосновательно. Только рефлекс античного взгляда на государство в сознании эпохи Возрождения имел то влияние, что этот взгляд стал с тех пор одним из элементов развития современной государственной идеи; но в средние века такого влияния нет, и, в частности, его нельзя приписать этим двум фактам.

Что касается, прежде всего, императорской идеи, то она никоим образом не была пригодна служить способом пе-

ресадки тех античных государственных элементов, с которыми, в сущности, шло вразрез все миросозерцание народов, сменивших античные. Это новое *imperium mundi*, которое мыслилось как самый высокий свод над государственным миром средних веков, не выросло органически из него, но тенденциозно было поставлено в связь с ним, носило сплошь средневековой характер, поскольку оно вообще обладало реальностью; с империей цезарей у него было общего только одно название и внешнее притязание на власть. Император занимал место в иерархии<sup>21</sup> не как владыка всего мира, но как владыка христианского мира, как высший защитник церкви; владычество его имело корни в религиозной системе средних веков; звание и светское значение папы было необходимым предположением и антитезой его звания и назначения. Но юридически эта империя вошла настолько в средневековую систему, что главною контроверзою государственного права средних веков сделался вопрос — получает ли император вместе с короной и империю в качестве лена, делается ли он вассалом папы (“*homo fit papa sumit quo dante s coponam*”). Но и во всех остальных отношениях, не только в смысле происхождения, но и в смысле содержания, императорская власть представляла собою не единое римское *imperium*, а германское владычество, т.е. высший суверенитет, и, как власть всякого суверена, слагалась из определенных индивидуальных субъективных прав. И здесь, как и везде, логически не различались правомочия публичные от частно-правовых: и те, и другие проистекали из того же должностного положения, публичные правомочия были вместе с тем патримониальным владением, а частные, в форме регалий, — суверенными правами. Конечно, императоры<sup>22</sup> любили при случае ссылаться на римские нормы о полноте императорской власти, но от этого не менялось внутреннее различие обеих властей — это было настолько же безразлично, как и то, что императоры с высоты своего *imperium mundi* обращались к королям Франции, как к своим

---

<sup>21</sup> Как, в некотором роде, единственный светский член ее, “*sanctae Dei ecclesiae defensor humilisque adjutor*” (так называл себя уже Карл Великий). Как участник в духовной должности, император получает причастие в обоих видах, впоследствии признается каноником нескольких духовных братств, при коронации папы прислуживает в алтаре в качестве диакона и т.д.

<sup>22</sup> Прежде всего Гогенштауфены. Но выражавшееся в этом воззрение, что империя составляет продолжение римской империи, относится уже к эпохе Оттона III, см. Schröder — *Deutsche Rechtsgeschichte*, стр. 723.

наместникам, “reges provinciarum”<sup>23</sup>. Основное строение средневекового государства зиждилось на принципе индивидуальности, который упорно отстаивал свое первичное значение против всех требований государства и навязывал ему свои жизненные формы, и такие чисто внешние явления, как заимствование римского императорского титула — “inane nomen imperii”, — конечно, не могли устраниТЬ глубокого внутреннего противоречия между античным и позднейшим государством.

И рецепция римского права осталась без влияния на государственное развитие, — рецепция, которая в большем или меньшем объеме, материально или формально, во временном или постоянном виде, произошла почти во всех европейских государствах, по крайней мере континентальных, и которая, в частности для Германии, выразилась в действительном восприятии, в самом полном значении этого слова, нового права во всем его объеме, “in complexu”. Теперь уже установлено, что рецепция не была ограничена частным правом, как это прежде утверждали<sup>24</sup>, но коснулась и публичного права<sup>25</sup>, так как, не говоря уже о невозможности различать при практическом применении перекрещивающиеся во многих областях римское гражданское и публичное право, причины рецепции главным образом относились к области публичного права<sup>26</sup>. Не только стремление усилить свою власть до тех пределов, в каких ею обладали римские императоры, побудило императоров уже династии Гогенштауфенов оказывать покровительство ученым романистам, по и “потребность в создании истинной государственной власти, взамен старого государственного устройства, основанного на ав-

<sup>23</sup> Фридрих Барбаросса на Рейхстаге в Безансоне. В теории этот взгляд проводился во все средние века. А е п е а с С y l v i u s “De ortu et auctoritate imper. Rom.”. Еще Р е т r u s “De Andlau. de roman. imp.” находит, что короли Испании, Франции и пр. уклоняются от императорского суверенитета “plus de facto, quam de jure” (II, Cap. 8). Когда император Сигизмунд приехал в 1416 г. в Англию, он должен был категорически обещать, что в Англии он не будет изъявлять притязаний на императорскую власть. Р а u l i, Aufsatze zur englischen Geschichte, стр. 118.

<sup>24</sup> S a v i g n y, System des heutigen römischen Rechtes, I, стр. 2.

<sup>25</sup> S c h m i d t, Die Reception des römischen Rechts in Deutschland (Rektoratsrede), стр. 86 след.; е г о ж е, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und dem deutschen Rechte, стр. 14 след.

<sup>26</sup> L a b a n d, Die Bedeutung der Reception des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, Rektoratsrede, Strassburg, 1880; далее М о d e r m a n n, Die Reception des römischen Rechts, перевод Карла Шульца, стр. 68 и след.

тономии”, открыла в национальную жизнь доступ ученым судьям, а с ними и римскому праву; в особенности же на это по-влияла необходимость устройства полной правовой защиты, быстрой защиты, взамен вердиктов шеффенов, которых нельзя было добиться или нельзя было принудительно осуществить. “Рецепция стала необходимостью потому, что отжило публичное, а не частное право, а особенно потому, что ленивый строй, скелет всего средневекового общественного устройства, перешел в область чистого частного права, и истощились и политическая сила его, и его публично-правовое значение”<sup>27</sup>. Только такой взгляд и соответствует как истории процесса рецепции, так и известному правилу об обязательной силе иноземного права: *quidquid agnoscit glossa* и т. д., так как гlosса никогда не делала различия между публично-правовым и частноправовыми отдельами *corpus juris*, — хотя, впрочем, утверждают и противное, — а в частности, рецептировала в полном объеме фундаментальную *lex 1 D. de constitutionibus principum 1, 4*<sup>28</sup>. Германские публицисты всегда признавали действие римского права и по отношению к предметам публичного права — конечно, “*in subsidium*”, так же, как и в частном праве<sup>29</sup>, и везде, где только можно, делались ссылки на римские нормы как в интересах власти императоров, так и власти местных суверенов; из римского же права извлекались и доказательства в пользу таких своеобразнейших цветочков средневекового права, как, напр., свободы дворянства от податей и запрета для него варить пиво<sup>30</sup>.

Но и это чисто формальное восприятие римского государственного права оказалось бессильным и не повлекло за собою последствий ввиду того обстоятельства, что средневековое государство развилось помимо всякой связи с античной культурой, из совершенно противоположного взаимоотношения обоих жиз-

<sup>27</sup> La b a n d, указ. соч.

<sup>28</sup> Quod principi placuit, legis habet vigorem, § 1. Quodcunque imperator... statuit... decrevit... interloculus est.... praesepit, legem esse constat. См. еще § 6, Inst. 1. 2. Наряду с этим см. также часто цитируемую *lex digna*, с. 4, C. I. 14. *Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri* и т. д.

<sup>29</sup> “Даже и к вопросам германского государственного устройства может быть применено рецептированное чужое право, если окажется, что нет туземных норм для их разрешения и германское государственное устройство им не противоречит”, S p a n g e n b e r g, Einleitung in das Corp. jur. См. также W e s t p h a l, Vom Gebrauche des justinianischen Rechts im deutschen Staatsrechte.

<sup>30</sup> S c h m i d t, указ. соч.; M o d e r n a n n, стр. 49; S t o b - b e, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I, стр. 634.

ненных принципов, которые уравновешиваются в государственном устройстве. Римское государство, в котором прямо выражалось превосходство и власть целого над индивидом, не могло быть приведено в соответствие с жалкой средневековой государственной схемой, с большим трудом отвоеванной у индивидуалистического принципиального воззрения германских народов. И главное несогласие обоих воззрений на государство обнаруживалось именно в том пункте, на который были устремлены все желания властующих: в конструкции права короля. Римская государственная власть, представляющая собою всесиление целого, неограничена и не может быть ограничена, так что можно было найти публично-правовое обоснование даже и для беспредельного произвола императорского владычества, в виде *lex regia de imperio*, посредством которой — как и по конструкции Гоббза — народ переносит на властителя “*omne suum imperium et potestatem*”. Напротив, по индивидуалистическому представлению германских народов, королевская власть является в виде высшей судебной должности, в виде призыва “главенствовать в империи согласно праву ся”<sup>31</sup>, т.е. она служит целям индивидуализма и поэтому она и ограничена и допускает ограничения “*nec regibus infinita aut libera potestas*” (*Tacitus*). К этой германской королевской власти, существующей для защиты принципа индивидуальности, совершенно нельзя было приспособить римское понятие власти, и вот эта неприспособленность, по отношению к самому важному пункту, и определила непригодность римского права для всей суммы средневековых государственных отношений. Ибо королевская власть, как и всякая форма господства в средневековом общественном строе, ведет свое начало из мира понятий индивидуализма; она всегда представляется в виде личного преимущества и личного права, как отношение от индивида к индивиду, предназначеннное служить индивидуальным целям как для одной, так и для другой стороны; поэтому она всегда является суммой определенных прав и обязанностей, а в силу этого она всегда ограничена, разработана конкретно и никогда не возвышается до универсальности принципиального притязания, лежащего вне мира индивидуализма. Понятие государственного господства у германцев не может освободиться от присущих ему границ, совершенно так же, как из многих германских форм несвободного состояния ни одна не соответствует отвердевшему и законченному понятию римского рабства, по которому раб сравнивается с вещью, и ни одна форма германского *mundum* не достигает полноты власти римского *paterfamilias*.

---

<sup>31</sup> *Sachsenspiegel*, III, 78, § 2, 5.

milias. Не властелин создает законы, а, напротив, законы создают властелина; над ним стоит *lex terrae*, народное право, власть ему дана для того, чтобы блести и охранять это право; он начальствует над войском и отправляет правосудие, но он не может, ссылаясь на эту свою власть, вторгаться в защищенную законом сферу индивидуального права, не может распоряжаться ни жизнью, ни имуществом индивида, не может вводить налоги, словом, он не может делать ничего такого, на что у него нет личного права.

При таком положении дела, принципиальная рецепция римского права должна была пройти без влияния на государственное развитие средних веков. И в самом деле, она не могла воспрепятствовать тому, что императорская власть пошла безостановочно к упадку, как раз начиная с той эпохи, когда императоры приняли на себя притязания на власть, унаследованную от римских императоров. После гибели дома Гогенштауфенов не стало больше истинной императорской власти, и с XIII века империя сделалась чистою федерацией, в которой император имел влияние постольку, поскольку ему позволяла сила его дома. Доля участия, которая принадлежит античному понятию государства в нынешней государственной культуре, вовсе не восходит к рецепции римского права; это участие, как выше уже указано, ведет начало от эпохи Возрождения, от движения гуманистов, которое воскресило античные идеи и античные государственные идеалы в такое время, когда в отжившем средневековом мире рухнуло средневековое ленное государство, а на руинах его зародились истинные государственные владычества, на которых нет индивидуалистического отпечатка средневековых политических понятий.

Только благодаря этому отношению к начаткам современного политического сознания и получило для государственной практики некоторое значение римское учение о государстве, в средние века оставшееся в области чистой теории; доказывается это тем, что если все заимствованные из *corpus juris* государственные теории и не могли придать новых сил империи, то все-таки из них извлекли для себя пользу новые территориальные владычества<sup>32</sup>. Ибо империя была последовательным выражением средневекового государства, а переход к современному государству в Германии совершился в отдельных территориях. Несмотря на

<sup>32</sup> По тем же причинам теории римских легиотов значительно способствовали усилению средневековой королевской власти во Франции, где переход к современному государству начался гораздо раньше, со времени правления Филиппа Красивого.

то, что едва ли было что-либо более несовместимое с римским государственным правом, как признание политической силы за подданными, соправительство целого сената властителей в империи и наряду с этим — самостоятельные суверенные права этих властителей в территориях, тем не менее, влияние римского права сказалось именно в территориальных государствах. В них создавалась государственная власть, к которой до известной степени можно было приложить римские понятия, так как эта власть, хотя и опиравшаяся на индивидуалистическое германское основание, — как и все вообще политическое развитие эпохи, следовавшей за античной, — все же сходилась с античными образцами в том, что вновь восходящая государственная идея выразилась прежде всего в монархической правительственный власти, притязавшей на такую же абсолютность, как и римская; все более и более ослабевающую связь с империей можно оставить в стороне. Усилинию этой власти — территориального верховенства — кое в чем способствовали учения романистов, в особенности тем, что они стремились всеми силами устраниć или ослабить право земских сословий на участие в управлении и в установлении налогов<sup>33</sup>. Таким-то образом и получилось, что рецепция римского права и развитие абсолютного государства в Германии слились в одно и то же историческое явление<sup>34</sup>; но нельзя утверждать, что рецепция оказала большее влияние на государственное развитие, даже в этих территориях, чем вот это общее, затрагивающее только вершины государственного устройства, так как в самом деле и это развитие завершилось под влиянием индивидуалистического основного воззрения средневековой Германии. Римская доктрина не оказала влияния на детали государственной организации, строение государства слагалось под влиянием не столько римских теорий, сколько под влиянием учений естественного права, которые приводили к согласию добытое в эпоху Возрождения понятие государства с индивидуалистическим воззрением новейших народов (к этому придется вернуться ниже).

В частности, ни в чем не сказалось воздействие римской политической доктрины на средневековом государстве, ленном государстве, на империи, которая со временем Оттона I всецело выразилась в формах ленного права; напротив, римская доктрина способствовала распадению империи, по крайней мере кос-

<sup>33</sup> Но очевидное преувеличение влияния римских политических учений содержится в словах Шмидта, указ. соч., стр. 98, говорящего об “опустошении, которое произвело римское право в нашей публичной жизни”.

<sup>34</sup> Land, указ. соч., стр. 39.

венно, тем, что из романистических теорий делали выводы в пользу территориальных владельцев<sup>35</sup>.

### Глава III

*Господство индивидуалистических начал в средневековой Германии.*

*Частное право как норма для публично-правовых отношений;*

*преобладание его над публичным правом в ленном строе империи.*

*Организация охраны прав на началах общегражданской юрисдикции.*

*Судебный характер государственной власти. Отсутствие*

*административной юстиции*

Германия в средние века представляет картину совсем иную, чем античный мир. Всемирная история вообще не знает более резкого перерыва и скачка в течении событий, чем тот, который произошел тогда, когда погибли античные государства и появились в истории германские народы. Здесь нет связи, нет перехода идей, определяющих воззрение на государство и внешний вид государственного устройства. Напротив, ввиду полного различия импульсов, проявляющихся в духовном складе германских народов, возникающему средневековому миру была поставлена задача создать из самого себя необходимую, постулируемую человеческой природой, форму существования — государство, отвоевать ее у импульсов индивидуализма точно так же, как в древнем мире создалась государственная организация тем путем, что наряду с руководящей идеей общения было признано значение начала индивидуальности.

<sup>35</sup> Разумеется, трудно в достаточной мере оценить влияние римского права на всю современную культуру, и притом не только того влияния, которое оно приобрело в качестве нормы, но и в качестве “канона нашего юридического мышления”; оно в самом деле “сделалось культурным элементом современного мира, как и христианство или греческая и римская литература, и его влияние вовсе не ограничено пределами тех институтов, которые мы взяли из римского права” (Hegeling, указ. соч., I, стр. 14), но это в общем верно только по отношению к частному праву, и надо удивляться, что, наряду с живой силой этого частного права, не обнаружилась в большей степени полная бесплодность римских публично-правовых идей. Вероятно, причина кроется в том, что не было желания признавать публичное право таким же равноправным отприском правовой идеи, как и частное, и в “государственном праве” излагались учения, в которых можно найти очень много о государстве и очень мало о праве. И обратно, ошибочным было бы то учение о государственном праве — и на это уже указывалось, — которое, не обращая достаточного внимания на существо государства и действующие в нем живые силы, пыталось бы заключить политические институты в неэластичные юридические формулы, взятые из частного права.

Поэтому принцип общения становится, взамен принципа индивидуальности, тем моментом развития, который создает прогресс государства и влечет за собой перерождение наличных элементов и который постепенно, в течение тысячелетнего исторического процесса, входит в национальное сознание и перерабатывает чисто общественное строение средневекового мира в политические формы.

С начала средних веков развитие государства происходит у одних и тех же народов, и один и тот же взгляд на основную проблему государства определяет весь этот процесс, начало и течение которого всецело зависит от характера германских народов. Когда, в эпоху переселения народов, германское племя взбаламутилось как море, выходящее из берегов, повсюду затопило и снесло античную культуру, когда бесчисленный германский народ заполнил всю Европу до крайних ее границ и даже перебросился в Африку, тогда произошел великий исторический процесс оплодотворения, который имел решающее значение для всех будущих времен и, в частности, придал свой отпечаток следующему тысячелетию средних веков. И даже там, где за этим приливом германцев последовал отлив, потому ли, что германцы не в силах были удержать за собою завоеванную землю, или потому, что побежденная раса снова окрепла и отвоевала себе государственную власть, ассимилировав с собой племя победителей, и там, в покинутой германцами почве, остались семена их культуры, которые пустили такие же корни, как и христианское учение, одновременно с этим распространявшиеся в Европе. Эти запруженные или впитанные волны народов оставили после себя такой же новый мир, как и воды Нила; во всем районе западной культуры благодаря германцам стал господствовать новый взгляд на отношение сосуществования, политическое течение было возведено к новым источникам, и идея индивидуализма, преобладающая в характере германских народов, была выдвинута на первый план. Сложился новый порядок жизни, не имевший ничего общего с древним миром, отделенным от него только несколькими столетиями смуты, порядок, исходящий из свободы индивидов и взаимной связанности их в праве, определяемый принципом раздробления связного целого на отдельные личные отношения преданности и защиты, на товарищество равных и зависимость не-товарищей. Впоследствии, это преимущественное положение принципа индивидуальности нашло самое глубокое обоснование в христианском учении, по которому всякий, обладающий человеческим образом, признается подо-

бием Божиим и самоценным участником в божественных обещаниях<sup>36</sup>.

Таким путем христианство и германство, обе мировые силы средних веков, и вызвали внезапный разрыв с античной культурой; энергия, с которой они прервали ход истории, служит доказательством совершенного отлиния средневековой мировой картины от античного мира, в слабой степени продолжавшего еще жить в византийской империи. Единое христианско-германское основание этой новой культуры совершенно ясно проявляется в сходстве политических учреждений тех средневековых государств, в которых германский характер не преобладал; между государством романских народов и германским в средние века было меньше различия, чем впоследствии между формами устройства отдельных германских государств<sup>37</sup>. Везде один и тот же замкнутый цикл германских взглядов на отношения существования определяет строение государств, их внутреннее развитие, общественный строй. Но это германское политическое воззрение прямо противоположно античному<sup>38</sup>. Как в древности пре-

<sup>36</sup> Здесь только мимоходом можно указать на то, что христианство, объектом догматического и морального учения которого является человек и которое возводит в мировую цель достижение святости человека, явно отрицательно относилось к государствству и во всех отношениях сходилось с германским индивидуализмом. Можно сказать, что принцип индивидуальности только в христианском учении проявился во всей своей теоретической чистоте, а в той исторической стадии, в которой германцы выступили в истории, этот принцип уже раздробился на те подразделения и разветвления, которые по необходимости связаны с историческим развитием его внутреннего существа. Результат этого процесса, на всякой степени культуры, выражается в виде общества, как суммы всех порожденных принципом индивидуализма расчленений, наслоений, связей и противоположностей. Сообразно с этим, уже в начале германской истории полноправное положение предоставлено не индивиду, как таковому, а свободному, владеющему землей, и свободный гражданин является центром внешнего порядка существования, а следовательно и представителем принципа индивидуализма.

<sup>37</sup> Сходное замечание у Тоскуэвилье, “L’ancien régime et la révolution”, I, cap. 4. См. также Геге, Deutsches Genossenschaftsrecht, III, стр. 3. “Весь склад мыслей, касающихся всякого действующего права, отличался германским типом, не говоря уже о том, что все публично-правовые институты остались германскими”.

<sup>38</sup> Очень правильно замечает Ластегье, Histoire de la liberté politique en France: “Римская свобода, в ту эпоху, когда Рим был еще свободен, свобода независимой Греции, были бы для германцев лишь формой деспотии; эпоха варваров определяется естественным правом, а в римском законодательстве общество поглощает индивида. В республике и в империи, а с другой стороны в лесах Германии, можно наблюдать во всем чудовищном величии царство этих двух принципов, которые, в отдельности взятые, привели: один — к отвратительному деспотизму, а другой — к невозможной анархии” (указ. соч., стр. 132, 133). В том же смысле писал уже и Монтескье: “Эта прекрасная система была открыта в лесах”. Esprit des lois, XI, стр. 6.

обладал принципом человеческого общения, так у германских народов доминирует безграницный индивидуализм, который разлагает все жизненные формы государства и сводит всю совокупность человеческих порядков к индивидуалистическим союзам<sup>39</sup>.

Все фундаментальные положения римского государственного строя: абсолютность понятия государства, государственная власть, представляющая целое, совершенно различная оценка и характер правомочий частного и публичного права, полное равенство граждан, логическое разделение объективного и субъективного права, превосходство закона над юридическим положением, признанным за индивидом, зависящим от закона, — все эти основные принципы римского понятия государства заменились противоположными в средневековом индивидуалистическом государстве, построенном на принципе индивидуальности и на формах личного права, основой которого признано было социальное неравенство лиц и сословий; здесь постоянно смешивалось объективное и субъективное право, право частное и публичное; в этом государстве публичные правомочия могли проявляться не иначе, как в виде личных прав носителей власти. Религиозное сознание — вот внутренний принцип этого средневекового мира, а внешний — право и свобода индивида; связь вещей этот мир искал в таком социальном порядке, в котором ясно оказывалось индивидуалистическое происхождение и антигосударственный характер<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> “Индивидуальная свобода была та единственная идея, которая создана присущими германскому духу импульсами, а собирательное государственное стремление ему было навязано пришедшим со стороны необходимости”. E i c k e n, Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauung, стр. 161.

<sup>40</sup> Государство и общество. Совершенно правильно различают “общество” и государство, но столь же неправильно рассматривать общество, как нечто третье, как “промежуточный мир”, параллельный государству и индивиду. Такого третьего нет, так как в человеческой природе есть только противоположность человеческого равенства (род) и различия (индивидуальность), антитеза, выражаящаяся в противоположности между государством, с одной стороны, и индивидами, или тем или иным видом группировки и соединения их вне государства — с другой стороны. Поэтому совершенно неправильно рассматривать государство, как особый высший вид социализации человечества, вырастающий из семьи, рода, племени. Напротив, государственный союз, логически и по существу, отличается от всякой иной формы социализации, потому что только в нем выражается самостоятельная идея (постулаты коей настолько своеобразны и самостоятельны, что могут даже требовать себе в жертву индивида); во всех же отдельных случаях людей сводят вместе только их индивидуальность и их интересы. Индивидуальное состояние не есть разъединение, напротив, ближайшие

Все определялось принципом индивидуальности: идея преданности, когда один индивид вверял себя другому индивиду — “principes pro victoria pugnant, comites pro principe”<sup>41</sup>, с одной стороны, и с другой — правосознание, которое везде проводило свободу индивида, право связывало с личностью и придавало ему различный облик, в зависимости от различного понимания различной индивидуальности; оно создало весь ленний порядок, самое огромное социальное здание из всех известных историй, где весь мир был разбит на непрерывную цепь властителей и слуг, и все-таки не было никакого сознания универсального человеческого общения. Разумеется, и этот ленний порядок пытался создать организацию человеческого общения, ибо че-

---

и насущные интересы каждого отдельного человека требуют соединения его с другими, и каждый из них в таком соединении и ищет и находит только свою выгоду. Высшая форма принципа индивидуальности, самое интенсивное проявление и напряжение его импульсов проявляется не в индивиде, а в семье. Бессспорно, с этим соединением и социальными образованиями, как произвольными и естественными, так и вызванными совпадением интересов отдельных индивидов, связаны специфические жизненные проявления, а признаки и законы их могут быть предметом самостоятельного научного изучения и разработки. Поэтому нельзя возражать и против особой науки об обществе, но при этом не следует упускать из вида, что и в этих массовых явлениях проявляется только принцип человеческой индивидуальности. То, что теперь называется обществом, и то, что многие ставят в одну линию с государством или даже признают еще более высоким понятием, как делают, напр., Конти Спенсер, в сущности, есть не что иное, как широко развитая совокупность форм совместной жизни, в которых индивид нуждается для удовлетворения своих интересов, т.е. для достижения того, что необходимо в его самостоятельном бытии, в силу естественных условий человеческого существования. И так как в этом цикле интересов интересы хозяйствственные занимают выдающееся место, в заботах о них для большинства людей проходит вся жизнь, то и не удивительно, что многие отождествляют общество с организацией народного хозяйства, как это делает, напр., Штейн или “исторический материализм” К. Маркса и Ф. Энгельса. Но вот тут-то яснее всего и обнаруживается, что в этих хозяйственных сочетаниях выступает не самостоятельная величина, а только сумма отдельных интересов. Только церковь отличается некоторыми особенностями, как в силу ее особой внутренней природы, так и по ходу исторического развития, но это не отражается на правильности самого принципа.

Полный обзор литературы учения об обществе дает Jellinek, указ. соч., стр. 76 след.

<sup>41</sup> Tacitus, Germania, c. 14.

ловеческая природа требует такой организации, но кончилось это тем, что все государственные учреждения оказались проникнутыми индивидуалистическим духом; это извращение идеи государства не могло выдержать испытания истории и в конце средних веков привело к полному разрушению государственного порядка, основанного на принципах ленного права.

В общем, это развитие совершилось в два периода: в первом из них право связано только с личностью, а во втором, кроме того, с поземельным владением индивида, т.е. оно остается тем, чем было и раньше — индивидуальным, частным правом, но первоначальное чисто лично-правовое состояние приобретает постепенно вещный характер (Гирке)<sup>42</sup>.

Из чисто личного отношения зависимости, из коммендации и вассальности, пожалуй, могло бы развиться нормальное политическое состояние; и в самом деле, ход развития во франкской империи показывает, что из сениората территориального властелина могла бы выработать государственная власть, а из власти, жалуемой королевским слугам, — должностная власть. Но отсутствие склонности германского духа к политическим идеям послужило препятствием к дальнейшему развитию тех политических элементов, которые заключались в этой системе, чисто личного верховенства и подчинения. Напротив, разрабатывалась именно та сторона этих порядков, которая не соответствовала государственной идеи — частно-правовой характер зависимости лиц, и так как в качестве основания этих порядков было привлечено еще и поземельное владение, то получилось полное противоречие с идеей государства, а между тем элемент политический, подчинение, чтобы кратко определить его, все более и более устранялся. Когда стали связывать везде права и обязанности с владением землей, отношение личной преданности основывать и выводить к пожалованию земли и в связи с этим появились отношения бенефициальные, с их частно-правовым характером и неизбежными последствиями, правом собственности и наследственностью<sup>43</sup>, тогда и завершилась идея ленного ус-

---

<sup>42</sup> Указ. соч., стр. 8, 154.

<sup>43</sup> Наследственность имперских ленов, вызвавшая столько сожалений в германской истории, была естественным последствием того, что все жалованные власти связывались с поземельной собственностью, а это обуславливалось в равной мере, как состоянием народного хозяйства, так и частно-правовым взглядом на публичный союз; этот вывод являлся сам собою, так как для полноты собственности необходима наследственность ее, — в германском праве, в особенности, переход ab intestato, римскому понятию собственности было более сродни насле-

тромства, а вместе с этим окончательно запечатлен антигосударственный характер всего политического порядка. С той поры, как не занятие должности влекло за собой владение землей, а, наоборот, должностная власть и иммунитеты были связаны с по-земельным владением и обсуждались, как таковое, жалованные суверенные права, а в особенности юрисдикция, были низведены до степени бенефиций, с этой поры весь политический союз получил оттенок вещного права, и все категории публичного союза, вся совокупность отношения подчиненности была низведена к сфере частного права и стала патrimonиальной.

В этом средневековом государстве ясно выражается “право государства” в самом полном значении этого слова, но, разумеется, лишь в том смысле, что право совершен-но переросло государство. Понятие государства совсем исчезало за понятием права, управление сводилось к разрешению тяжб, и политическое господство понималось как юрисдикция. “Rex virtute sacramenti ad hoc specialiter obligatur... ut per judicia populum regat sibi subjectum” (Flatha). У всякого общественного слоя были свое право, свой суд, организация, свое особое правовое отношение к другим общественным слоям; но не было связи, охватывающей и объединяющей всех членов общества. И отношения к представителям государственной власти носят чисто личный характер; это все отдельные юридические отношения, одно наряду с другим, заключенные в той же частно-правовой форме. Правосудие отправляется равноправными товарищами (*pares*), на судейской скамье сидят шеффены, не ученые судьи, третейские разбирательства имеют большую силу, чем решения судов, земские сословия ограничивают власть князей, города имеют собственную полицию и юрисдикцию, — все это учреждения в духе всесильного общества, а не государства, так как они существовали и функционировали для охраны индивидуального права, привилегий индивида и его социального положения, сословия или гильдии (интересы которых совпадали с его интересами). Фундаментом всего этого средневекового политического строя является везде право, но не объективное — закон для всех обязательный, а субъективное — договор и привилегия.

---

дование *ex voluntate testatoris* (*uti legassit* и т.д.). Это было вполне ясно и для сознания эпохи, как это доказывается тем известным эпизодом, что, когда Генрих VI пытался провести свой план — признания престола наследственным, признав в свою очередь права женщин на наследования в ленах, — все князья отклонили его предложение, совершенно ясно понимая, что они добьются права наследования женщин в ленах и без такого условия, — как на деле и вышло.

Вот к этим сингулярным факторам возникновения права и возводилась в средние века вся совокупность правовых состояний, как отношения индивида к целому, так и взаимные отношения индивидов между собою; договор, сам по себе, может породить только сингулярное право, а привилегия, сама по себе, есть результат направленного на него договора. Равновесие основных сил человеческого общества — целого и индивидуальности — выражается, прежде всего, в виде закона, в котором соглашаются воля и интересы целого и постулаты индивидуальности. Поэтому, вполне последовательно в средние века избегали основывать индивидуальные права на закон и искали опору правового порядка в договорах и привилегиях, т.е. в институтах чисто индивидуалистического чекана; в них право проявляется только как правило для отдельных отношений, за ними нет волн целого, как опоры для данного индивидуального отношения. В средневековом государстве реальные проявления законодательной власти разделены долгими историческими промежутками: франкская империя была единственным законченным государственным зданием средних веков, и, с исчезновением капитуляриев франкских королей, исчезает из средневековой истории и тип действительной законодательной власти. Если не считать совершенно разрозненных явлений, которые совсем не соответствовали средневековому духу, как, напр., *constitutiones regni Siculi* Фридриха II или некоторых областей законодательства Филиппа Красивого, и если не останавливаться на своеобразном политическом характере социального порядка в Англии, то на всем протяжении средних веков можно найти только спорадические выражения общей воли, обязательной для индивида, но и они распадаются на частные подразделения или испещряются исключениями, которые так многочисленны, что делаются общим правилом. Но меньше всего удается законодательной власти завладеть областью публичного порядка: везде, где бы она ни выступила, она нормирует только частные права. Сознание ее бессилия и в этой области привело к последующей рецепции *en bloc* римского права, когда развивающийся оборот потребовал исчерпывающего законодательства, не распадающегося на сингулярные права.

Таким образом в средние века пышно развились представления о праве, и национальная жизнь была совершенно заключена в правовые формы, но это развитие произошло всецело за счет идеи государства. Ибо это всеобъемлющее право было субъективным правом, развившимся из свободы индивида, было произволом и усмотрением индивида, которое считалось с равным

же произволом товарищей, но все же всегда оставалось правом индивида, и в этом смысле — правом частным<sup>44</sup>. А между тем понятие объективного права, которое коренится в принципе государства и выражает силу и превосходство целого над свободой индивида, не выяснилось в национальном сознании<sup>45</sup>. Политический принцип совершенно отсутствует в начале германской истории — “in pace nullus communis magistratus”<sup>46</sup> — и не нашел выражения ни в какой из порожденных им форм<sup>47</sup>. В пределах индивидуалистического цикла идей встречаются самые крайние взгляды: что право стоит выше государства, что всякое положительное право, а следовательно, и государство, должно выводить из человеческой воли, что вся совокупность государственного отношения возводится к общему социальному договору единения, подобно тому, как и всякое отдельное правоотношение в государстве основано на договоре или должно быть мыслимо в этом виде, — все эти *communis opinio* средневековых государствоведов, особенно церковных писателей.

Это необычайное напряжение индивидуалистических идей отчасти уравновешивалось тем объективно-нравственным элементом, который по германскому правосознанию входил в понятие

<sup>44</sup> О “частном праве”, конечно, можно говорить только в противоположении публичному, которого в данном случае нет. Но средневековые правовые категории и по содержанию были правом частным, хотя область их применения выходила за понятие частного права. Так, напр., юрисдикция, разумеется, не есть объект права собственности, но рассматривалась как таковой.

<sup>45</sup> См. совершенно правильную характеристику у Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, 4 Auf., II, 1, 2. “Подобно тому, как в римском праве преимущественно разработано понятие объективного права, или понятие закона, так в германском праве преобладает субъективное право, понятие свободы”. “Понятие свободы, как основания понятия права, первоначально рассматривалось в Германии как произвол, т.е. как субъективное усмотрение индивида”. Это замечание нужно, однако, дополнить в том смысле, что отсутствие “объективного понятия закона” объясняется отсутствием понятия государства, из коего только и можно его выводить.

<sup>46</sup> Caesar, De bello gallico, 6, 23.

<sup>47</sup> В могущественном средневековом государственном строении франкской империи — “только бледнеет последняя заря античной цивилизации”; все то, что в нем носило государственный характер, было “отзвуком римской империи, не завоеванием германского духа”, и все это постепенно гибнет, а германские элементы франкского государственного строя делаются основой дальнейшего развития. Giecke, указ. соч., II, стр. 17. См. указанную там же контрверзу о политической природе франкской империи.

права и смягчал его абсолютную субъективность<sup>48</sup>, и благодаря этому субъективное право оказывалось пригодным быть единственою основой отношения существования, хотя, конечно, основой неудовлетворительною и шаткою. Но наибольшее влияние в этом направлении имело господство строго религиозного миросозерцания, которое возводило все человеческое бытие к тому назначению, которое ему предопределено Богом, светскому же порядку вещей присваивало лишь второстепенное значению и с своей стороны создавало особую систему господства — *civitas Dei*, *jus divinum*; в ней принцип индивидуализма связывался тем более сильно, чем большую арену ему открывал цикл светских идей. Но, если таким образом и устанавливалась граница для крайнего индивидуализма, в котором коренились все представления о человеческом общежитии, то этим достигалась только вообще возможность создать из этих чисто социальных элементов, на которые распадалась вся связь вещей, и в ленном государстве, политические учреждения. Идея государства от этого ничего не выигрывала, она была совсем непонятна для эпохи; то место, которое ей оставлял торжествующий индивидуализм, у нее отнимала церковь, которая в государстве видела соперника, относилась к нему враждебно и терпела только как слугу<sup>49</sup>, а наконец эта идея расплылась и исчезла в идее римской империи, которая никогда реально ни в чем не воплотилась.

---

<sup>48</sup> Как уже многократно указывалось, в германском понятии права и свободы заключается некоторое нравственное содержание, зародыш сознания соответствующих обязанностей, а в Риме, где повелительный элемент, навязывающий себя индивидуальной воле, устанавливается преобладающей государственной силой, для понятия субъективного права оставалось совершенно абстрактное содержание — элемент чистой силы. Следствием этой этической примеси к германским правовым понятиям является обязательная сила обычая, в которой до некоторой степени выражался концентрированный экстракт объективно-нравственных элементов, признанных в совместной жизни товарищей и которая вместе с тем служила зародышем развития объективного права, в форме обычного права.

<sup>49</sup> Как известно, по мнению многих церковных авторитетов, особенно начала средних веков, государство такое же творение дьявола, как церковь — создание Бога. Григорий VII говорит, что оно возникло *institutione diaboli*. “Светская власть облагорожена только тем, что ее жалует церковь, до этого она была лишь гнусным произволом”, — пишет Иннокентий IV императору Фридриху II. В основе такого взгляда лежит господствующее в государственной доктрине средних веков учение блаженного Августина о *civitas Dei*, в противоположность которой земное государство возникает из братоубийства Каина: “*primus terrena civitatis conditor fuit fratricida*”. *De civ. Dei*, 15. 5.

Разумеется, в этом средневековом государственном строе не отсутствовала о х р а н а п р а в . Все строение человеческого общества было ведь совокупностью правоотношений, а защита их — юрисдикция — и составляла единственное содержание власти, стоящей над индивидом. Всякое общественное отношение перед каким-нибудь судом да защищалось, король был сам подчинен своему собственному суду. Управление должно носить характер суда, таково основное германское начало; еще в эпоху дофеодальную, во времена германской народной свободы, везде областные, земские и народные собрания по существу были судебными собраниями, их судебная компетенция составляет основу их конституционного значения, от них-то и получили короли, и народные, и ленные, свою власть, в качестве судебной должности; но с постепенным распространением ленного порядка на весь социальный строй, эта должность приобрела частно-правовой характер, и общая цель уступила место личным интересам индивида. И даже там, где политический момент сильнее всего выступал в государственном строе, как, напр., в Англии, еще в правление Эдуарда I, под парламентом разумелось обыкновенно судебное собрание, остальные его функции являются побочными, и только со временем Эдуарда II сложилось то словоупотребление, по которому парламент прежде всего означает законодательное учреждение (*Gneist*)<sup>50</sup>. Во всем обнаруживается, что в этом “правовом государстве” преобладало только право, а не государство. И основа и цель государства — право, единственное признаваемое назначение государства — это *ordinatio et conservatio pacis*, государство само по себе не власть, *potestas legibus soluta* встречается только в сочинениях римских юристов; народное сознание непоколебимо придерживается того, что *lex terrae* стоит над властелином, а в доктрине это превосходство признается за *jus naturale* и *jus divinum*. Таким образом, везде были указаны правовые границы и для власти, и для по-

<sup>50</sup> Englische Verfassungsgeschichte, стр. 346. Следом этого первоначального представления является то, что и французские “парламенты”, исключительно судебные учреждения, стали заявлять притязания на политические прерогативы (регистрация королевских указов). Впрочем, в Англии превращение парламентов из судебных учреждений в государственные представительные облегчалось тем, что новое представительство *commoners* получило участие только в современном им политическом положении и компетенции парламента, а средневековая судебная компетенция осталась исключительно за прежним собранием советников, за лордами; это разделение стало со временем Генриха IV бесспорным положением конституционного права (*Gneist*, указ. соч.).

виновения, последнее всегда обусловливалось правомерностью приказа, а на практике конечным выводом из этого являются институты самопомощи и самозащиты, ибо у государственной власти нет самостоятельного юридического основания и выше ее ставится не право государственного порядка, а субъективная управомоченность индивида<sup>51</sup>.

Таким образом, существовала вполне развитая система защиты права индивида, даже и в тех областях, которые мы относим теперь к публичному праву. Но этот результат достигался только тем, что вся совокупность публичного права разбивалась на отдельные частно-правовые отношения, публичная власть сводилась к частному праву и подчинялась частно-правовым институтам для охраны прав. Но в числе этих институтов отсутствовало государство, что доказывается особенно ясно тем, что этой детально развитой организации, покрывающей все разветвления социального строя, не соответствовала такая же развитая организация для защиты прав, в собственном значении этого слова, — не было организации принудительного осуществления прав. Тут обнаруживается слабость политического элемента, назначение коего, по отношению к правовой системе, и состоит в снабжении права принудительной силой. Существовала система органов для признания права, а для принудительного осуществления его необходима была самопомощь. Будучи естественным спутником всякого представления о праве, исходящего исключительно из индивидуализма, она служит санкционированным средством защиты прав не только в начале германского государства, она постоянно является одним из элементов судопроизводства, встречается в процессе доказательствах и в процессе исполнительном<sup>52</sup>, везде

---

<sup>51</sup> Следует отметить, что в средние века никогда не была выработана теория безусловного повиновения, а право вооруженного сопротивления против власти было признано не только в теории, но и в договорах и в законах. М о h l, указ. соч., стр. 323; ст. 61 английской *Magna Charta* и примеры, приведенные М о л е м (указ. соч.).

<sup>52</sup> Главным средством доказательства был поединок. О том беспримерном распространении этого вида доказательства, какое он получил особенно во Франции, образцом ленном государстве ранней эпохи средних веков, см. M o n t e s q u i e u, *Esprit des lois*, 28, 17 след. (по Beaumanoir). Поединок был обычным средством доказательства не только в делах уголовных (за исключением обстоятельств общеизвестных), но и во всех делах гражданских свыше 5 sols; сражались не только стороны — рыцари в вооружении и верхом, roturiers — пешком и дубинами, — но и свидетели (*garants*) и даже судьи: первые подкрепляли боем свое показание, а вторые — свое решение. Жалобы на решение приносились в том порядке, что судьи вызывались на поединок;

оказывает влияние на законный порядок судопроизводства и отстает свое существование так упорно, что духом ее полон весь политический порядок средних веков. Кулачное право и право восстаний сохраняют наряду с политическими учреждениями такое значение, какого они не имели ни в какую другую эпоху цивилизации<sup>53</sup>.

Понятию охраны публичного права, в современном смысле, в средние века не доставало момента признания государственной власти, как самостоятельной представительницы общения, стоящего превыше индивида. Организация такого общения может вступать в отношения с организацией принципа индивидуализма, но не может всецело растворяться в последней, в частном праве. Поэтому в средневековых институтах для защиты прав нельзя искать ни истинных зачатков, ни образцов нашей современной административной юстиции, как нельзя искать их в римском фискальном праве. Если в виде *jus fisci* известная область государственного права включалась в частное право, то в средние века вся эта область лишалась самостоятельного значения и нормировки, сводилась к совокупности равнозначных друг другу субъективных прав владельца и подданных и этим приравнивалась частному праву. Если в римском государстве не было государственного права, так как государство его не признавало по отношению к себе, то и в средние века его не было, потому что начало индивидуализма принципиально отрицало такую самостоятельную и преобладающую организацию государственной власти.

В особенности это все приложимо к юрисдикции германских имперских судов в спорах между суверенами и их подданными, на которую часто указывают, как на средневековый тип охраны прав в области публичного права. Но и эта юрисдикция была основана только на том предположении, что правительственные права суверенов и противоположные им права подданных — совершенно равнозначны.

---

последний был, значит, способом не только доказательства, но и обжалования. Королевская власть, стремившаяся установить политический порядок, конечно, весьма резко выступала против поединка, Людовик IX запретил его в королевских доменах (1260), Филипп Красивый также и в сеньориях (1303), но сперва, конечно, без успеха. *Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, II, стр. 105.

<sup>53</sup> Ничто так не доказывает бессилия государства (а вместе с тем и узурпации известной части его значения со стороны церкви), как тот факт, что с XI столетия церковная власть вынуждена была заботиться о внутреннем мире (*treuga Dei, trêve de Dieu*, впервые введенная во Франции постановлениями церковных соборов, — в Лиможе 994, а затем во многих соборах XI века).

ны. Имперские суды представляют средневековую государственную власть; в имперском каммер-герихт выступала в качестве судебной власти имперская власть, в то время разделенная между императором и имперскими сословиями; в имперском гофрате, в этой обновленной *curia regis* — таким носителем судебной власти является сам император, и этим судам были подведомствены все прямые и косвенные подданные империи, т.е. и суверены, и обыватели. К области прав, которые отыскивались и защищались в этих судах, относились и притязания, вытекающие из нарождающейся власти суверенов и из привилегий подданных, совершенно так же, как и имущественные и семейственные права. Поэтому в юрисдикции имперских судов не проводилось различие между обычновенными апелляционными частно-правовыми делами и теми спорами, в которых подданный привлекал к ответу своего суверена за незаконное распоряжение или принудительное взыскание в делах полицейских, финансовых, военных. По духу средневекового взгляда на право и государство, и в таких делах обе стороны были подчинены власти империи, а оспариваемые правительственные права признавались личными правами суверена; следовательно, такой иск ничем от других не отличался. В этой юрисдикции вовсе не было никакой границы для компетенции по роду дел, и притом не только в том смысле, что не делалось различия между частно-правовыми и публично-правовыми отношениями, но и в том, что — совершенно в духе средневекового смешения всяких властей, — вовсе не различались объективное и субъективное право, общая норма и специальное решение, общее и частное распоряжение. Так как всегда дело шло о том, имелось ли налицо право приуждать подданного, а оспариваемая суверенная власть могла быть осуществлена и защищена только в качестве личного притязания, то этим самым признавалась компетенция имперских судов, как по отношению к законодательной власти, действующей в различных территориях, так и по отношению к актам административным. Сообразно этому всякое обращение к имперским судам по правительенным делам выражалось в виде иска о нарушении права, не в виде жалобы<sup>53а</sup>, а функции этих судов осуществлялись чаще в виде исправления (произвольных) правительенных и административных актов, чем в виде защиты прав, в собственном значении. Но если назначение судебной власти постепенно извращалось в том смысле, что игнорировалась граница между законода-

---

<sup>53а</sup> L ö n i n g, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 773 (против Г н е й с т а, Rechtsstaat, стр. 82).

тельной и административной властью в отдельных территориях, то с другой стороны — опять-таки совсем в духе средних веков — смешивались законодательная и судебная власти. Именно каждое решение имперских судов могло быть обжаловано в Рейхстаг: первоначально это могло последовать в порядке ревизии через визитаторов имперского камерного суда, а затем путем обыкновенного обращения *ad comitia*.

Ясно, что и в этом институте нельзя видеть предвестников современной административной юстиции. Хотя и здесь суды разбирали жалобы на нарушения прав со стороны правительственной власти, но такое явление встречается во всем течении средних веков, и этот институт логически оправдывается только тем, что все правомочия суверена признавались не выражением государственной власти, а личным его правом. Существовала, таким образом, охрана прав и в такой области, которая теперь причисляется к публичному праву, но в основу организации этой защиты не был положен принцип признания за индивидом правовой сферы по отношению к публичной власти; напротив, эта охрана определялась с точки зрения частного права, что вообще характерно для всей средневековой судебной организации.

Если в заключение обозреть еще раз эту эволюцию государственной идеи в средние века, то получается тот окончательный вывод, что в “правовом государстве” средних веков, которое было миром права, но почти совсем без государства, нельзя найти прототипов современной организации отношения между правом и государством. Причину этого нужно искать в том, что в такой организации вновь открытое понятие государства участвует в той же мере, как и идея права<sup>54</sup>, а в бесконечно богатой расчленениями картине средневекового мира почти совсем нет сознания человеческого единства и универсальности, проявляющихся в государстве. Все, что от этого сознания единства еще оставалось в человеческом духе, все это забрала церковь на слу-

<sup>54</sup> В особенности Гнейст (см. *Der Rechtsstaat*) подчеркивает то, что средневековое правовое государство послужило образцом для современной постановки защиты прав в публичном праве. Сущность средневекового государственного строя он усматривает в “сочетании государства и общества”, которое утрачено в современном бюрократическом и полицайском государстве, а теперь возрождается в целой системе государственных учреждений, к которым прежде всего относится и административная юстиция, основанная на “почетных должностях”. (Образцом, в частности, может послужить английское *selfgovernment*, в котором непрерывно сохранилась, с эпохи средних веков, эта связь общества и государства.)

жение своему небесному царству, церковь, единая и могущественная организация которой покрывала своею тенью весь мир. Но, с другой стороны, все же эта средневековая эволюция не так безразлична для образования современной идеи государства, как античное учение о государстве, так как эта эволюция связана с современным понятием государства тем, что она передала последнему преобладание принципа индивидуализма. Средним векам не была чужда никакая индивидуалистическая — можно прибавить — антигосударственная идея; все то, что в позднейшее время дослужило исходным пунктом всех индивидуалистических учений, возведение государственного устройства к договору, суверенитет народа, естественное право, стоящее превыше государства, все это было уже учением, можно сказать, общепринятой доктриной средних веков; в самом радикальном катехизисе XVIII столетия нет такого тезиса, который не выставлялся бы уже в средние века<sup>55</sup>. Курьялистические и империалистические публицисты средних веков сходятся на том, что государство поконится на воле и праве индивида (которое перенесено на какую-нибудь государственную власть), и что оно возникло “per viam voluntariae subjectionis et consensus” (Nic. Cusanus). Отсюда вытекает последовательно, что индивидуальная воля есть первый, высший, более сильный элемент общения, что народ — “major principle”, и что власть, даже наследственная происходит из передачи суверенных прав целого. Из этого уже Марсилий Падуанский выводит суверенитет народа, с многими выводами в духе Руссо, но и другие, менее прогрессивные писатели, в особенности церковные, признают, что *jus resistentiae et exauctoritationis* зиждутся на природе государственной власти и что *pactum subjectionis* (термин, встречающийся у Engelbert v. Volkersdorf) может быть нарушен<sup>56</sup>.

В этом индивидуалистическом взгляде на государственный союз и заключается тот мост, который соединяет современное и средневековое понимание государства. Но это еще не созда-

---

<sup>55</sup> См. о средневековом учении о государстве очень ясное изложение у F ö r s t e r, *Die Staatslehre des Mittelalters* (*Zeitschrift für Wissenschaft und Litteratur*, 1856), а также B u s s, *Ueber den Einfluss des Christenthums auf Recht und Staat*, Freiburg, 1841.

<sup>56</sup> M a n g o l d v o n L a u t e g b a c h признает, что королевская власть есть “vocabulum officii”, что народ может прогнать “нечестного властителя, как вороватого пастуха”. И о а н н С а л и с - б ю р и й с к и й оправдывает убийство тиранов, ссылаясь на примеры из Библии. Обо всей этой литературе см. G i e g k e, указ. соч.

вало элементов непрерывного прогресса, который привел бы к образованию институтов для защиты прав в публичном праве, так как в средние века не индивид должен был защищаться от превышения власти со стороны государства, а, наоборот, последнее с трудом отвоевывало себе от принципа индивидуализма возможность существования. А между тем идея защиты публичных прав — происхождения индивидуалистического, она предполагает могущественный публичный порядок, который вторгается в индивидуальную правовую сферу, и эта защита есть реакция индивидуалистических течений против такого вторжения. В средневековом мире отсутствовали все указанные предположения, — все течения шли в противоположном направлении, вся сила истории была на стороне индивидуализма, и государственная власть могла удерживаться, только приняв облик последнего. Для того чтобы идея такой организации защиты прав могла вырасти и, пройдя через различные фазы развития, дойти до современной реальности, необходим был новый перерыв эволюции, жизнь должна была пойти в другом направлении, и центр тяжести всего политического строя должен был передвинуться от индивидуализма к принципу общения.

## Глава IV

*Возникновение сильной государственной власти в отдельных территориях империи. Влияние доктрины естественного права и Реформации. Отличие новых политических учений от средневековых. Торжество идеи государства*

Только с возникновения современной идеи государства можно установить начало той непрерывной восходящей эволюции в области организации защиты прав, которая привела к современным учреждениям административной юстиции, а этот момент совпадает с разложением, в конце средних веков, ленного государства. Ибо только в этот момент появляются оба элемента, которые сочетаются в административной юрисдикции. С одной стороны, по современной идеи государства, как и по античной, государственное устройство мыслится, как носитель и представитель человеческого общения, а следовательно, и как самоценная сила, проявляющаяся в жизненном порядке, с собственными жизненными целями и требованиями, которые должны быть юридически организованы; с другой стороны, признается, как и по средневековому миросозерцанию, индивидуализм равноправным, самостоятельным фактором в этом порядке существования, заявляющим и по отношению к человеческому общению свое требование свободы, которое должно быть юридически защищено.

Реакция государственного принципа против преобладания той формы человеческого общежития, которая сложилась под влиянием импульсов индивидуализма, началась во второй половине средних веков, а в конце этого периода она уже везде успешно закончилась. В это время, по всей Европе разрушается ленное государство: на Пиренейском полуострове, во Франции и Англии создается сильная монархическая власть, путем покорения крупных вассалов и ограничения сословных прав и привилегий общин. В Германии, наоборот, имперская власть идет неудержимо к упадку, но в отдельных территориях усиливается истинная государственная власть, так как отдельные властители отлачиваются от империи, распространяют свою юрисдикцию, отбирают в свою пользу то, что причитается империи, побеждают сопротивление земских сословий и из правительственные прав своих создают действительную государственную власть. Причины такого полного переворота во всей политической картине относятся к предыдущим столетиям, но вкратце их можно выразить в том, что индивидуалистический принцип, вследствие своих успехов на времена отжил, а этим было вызвано новое направление человеческого духа, которое требовало усиления влияния принципа человеческого общения и его жизненных форм<sup>57</sup>. Следствием этого явился полный переворот как в теоретическом учении о государстве, так и в практическом течении государственной жизни, причем, как и всегда, теория и практика взаимно влияли друг на друга и попеременно являлись то причиной, то следствием возникающих изменений<sup>58</sup>.

Самое внутреннее существо этих изменений вызвало неизбежность того, что рост вновь пробудившегося политического смысла стал происходить, прежде всего, на почве идеального образца античной государственной власти. На нее было обращено внимание уже со стороны гуманистического направления, возникшего около половины XV века; политическая доктрина с своей стороны уже издавна искала образцовых типов в римских поли-

<sup>57</sup> “Быть может, идея совершенно самостоятельной, на самой себе основанной государственной власти и была самою энергичною из всех тех идей, которые участвовали в создании новой Европы”. Rank e, Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation N., S. 38.

<sup>58</sup> О влиянии политических идей на ход событий см. Rank e, Abhandlungen, I, стр. 237 след. “Было бы несправедливым упреком мыслящему человеческому духу, если бы стали выводить теорию исключительно из фактов; напротив, она, с своей стороны, имеет самостоятельное движение. И у умозрения есть своя история, которая идет от одной эпохи к другой.., но дальнейший ее рост и мера ее влияния находятся всегда в самой тесной связи с событиями времени”.

тических формах, в особенности в императорской власти, правда без всякого влияния на практическое историческое течение жизни; первыми предвестниками новой государственной теории были римские легисты средних веков<sup>59</sup>. Но их доктрина, которая отождествляла властелина, как “lex animata”, с законом<sup>60</sup>, была слишком чужда средневековому духу, в особенности же она была слишком несовместима с германскими представлениями о власти как о личном праве, чтобы иметь возможность привести к новому взгляду на государство<sup>61</sup>. В частности, этой доктрине препятствовало бесспорное признание естественного или божеского права, благодаря чему область римских норм сводилась к положительному праву, *jus civile*, а этим самым право ставилось выше государства. К тому же существовало разногласие, как относительно содержания, так и относительно субъекта государственной власти, ибо по воззрению естественного права сила закона выводилась из согласия целого, и по этому учению высшая власть приписывалась народу (резче всего это выразил, как известно, Марсилий Падуанский). Менее всего, наконец, могла претендовать на признание исключительность античного понятия государства в таком социальном строе, где власть была поделена, в бесчисленных дробях, между бесчисленными властителями.

<sup>59</sup> См. писатели, приведенные у Гирке, указ. соч., III, стр. 614, прим. 265.

<sup>60</sup> “Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges. Stantque caduntque duces, regnant te iudice reges Nam quocumque velis lex animata geris”.

Обращение болонских юристов к императору Фридриху I на ронкальском Рейхстаге 1159.

<sup>61</sup> Весьма поучительно наблюдать, как каждая историческая эпоха воспринимает только то, что соответствует направлению ее духа. В течение всех средних веков, взоры были обращены на античный мир, все образование было исключительно классическим, Аристотель господствовал без раздела во всей области науки, империя считалась продолжением римской империи, а римское право, не исключая и государственного, было *jus scriptum* всей эпохи: а тем не менее, с этим античным преданием уживалась такая форма жизни, которая была прямой противоположностью греко-римского мировоззрения и понимания государства. Но в тот момент, когда собственное направление эпохи стало приближаться к античному, появилось такое разумение античных учреждений, как если бы они только вот теперь стали известными миру. Те немногие греки, которые прибыли в Италию после падения Константинополя в 1453 г., и оживленные ими филологические изыскания сами по себе не могли бы вызвать такого переворота, да и гуманизм характеризуется не превосходством своей филологии, а новым взглядом на древний мир; но причиной этого переворота были не эти отдельные лица, — он явился потому, что наступило время.

ми, а высший политический союз — империя (к которому прежде всего должны были бы относиться все античные идеи) — сохранил только тень власти. Но и возрождение античных политических идей, начинающееся с конца средних веков, не могло привести к полному воссозданию античного взгляда на государство. Оно исключалось не только тем, что прошла тысячелетняя эпоха средних веков, с неограниченным господством индивидуалистического принципа, но и в особенности тем, что не появился новые народы на арене истории, как это было в начале средних веков; историческая эволюция совершилась в пределах тех же групп народов, на индивидуалистическом мировоззрении которых был построен весь столь негосударственный средневековый мир<sup>62</sup>. К тому же, этот мир был охвачен новою вспышкою индивидуалистического духа, которая первоначально коснулась не политической области, но вскоре сделалась одним из важнейших факторов политической эволюции. Она заключалась в религиозной реформе<sup>63</sup>, которая оказала решающее влияние на развитие идеи государства, встретившись с пробуждением политического смысла в эпоху Возрождения; значение этого отразилось как на конечном результате, так и на внутреннем характере этого развития.

В Германии движение, исходящее от Реформации, было полезно для вновь развивающейся идеи государства уже потому, что эта идея возрастила на почве суверенитета отдельных членов империи, а следовательно, и вступала в борьбу с империей, как представительницей средневековой политической идеи, совершенно так же, как церковная Реформация боролась против средневековой церкви. Из этого союза, как известно, обе стороны извлекли пользу. Реформация только потому могла одержать победу, что ей служил подмогой политический интерес усиливаемых ею же местных государственных властей, а эти последние

---

<sup>62</sup> Apologetische Studien автора этого сочинения, стр. 7.

<sup>63</sup> Реформационное движение направлялось против стремления (эпохи до Тридентского собора) придать иерархии светский характер, против внешнего характера церковных учреждений, против опеки над религиозным чувством; оно отстаивало внутренний характер религиозных представлений, непосредственность отношений человека к Божеству, свободу индивида в его отношениях к сверхчувственному миру. По сравнению с средневековой церковью, эта реформа была совершенно индивидуалистической тенденцией, ибо индивид совсем устранился организацией церкви, так как она обязывала к признанию ее посредничества в виде иерархии, связывала его непогрешимостью целого, церковным толкованием писания, церковным преданием и, наконец, социальностью всех заслуг в общине святых.

не были бы в состоянии противостоять имперской власти, которая в то время достигла беспримерного мирового значения и стремилась к реформе империи, если бы на помошь им не пришли все духовные силы религиозного движения, со всею тою мощью, которой религиозная мысль обладала, еще со времени средних веков, над сердцами людей. Но Реформация способствовала развитию государственной мысли и не только в Германии, хотя и выражалось это различными способами, в зависимости от положения вещей. В Англии, автократическая власть Тюдоров получила новые силы от церковного главенства, благодаря Реформации с высоты трона<sup>64</sup>; во Франции королевская власть подавила вместе с Реформацией и силы приверженной ей аристократии. Таким образом, везде Реформация благоприятствовала развитию возрождающейся идеи нового государства, так как она была в союзе с последней там, где Реформация вышла победительницей, и, наоборот, она была направлена против государства там, где, как во Франции<sup>65</sup>, церковное движение было подавлено.

Таким совпадением современного государственного развития с движением, которое было настолько проникнуто индивидуалистическим духом, как Реформация, и определился не только его внешний успех, но и внутренний характер. Самоопределение индивида, которое противопоставлялось авторитету церкви, было выставлено и против возрождающейся политической силы, благодаря чему новая государственная идея была проникнута индивидуалистическим духом. Уже тем самым, что на театре истории вместе с теми же самыми народами осталась и преобладающая в них индивидуалистическая основа, обеспечивалось и то, что политическое развитие продолжалось в таком же индивидуалистическом направлении, без ущерба для возрождения политической мысли. Но этот толчок еще усилился благодаря реформационному движению, требование религиозной свободы тем легче могло обратиться в требо-

---

<sup>64</sup> Генрих VIII, учредивший Star Chamber, был таким же энергичным представителем государственного принципа, как его современники, Людовик XI и Фердинанд Арагонский. Генрих VIII правил как тиран. Абсолютистические тенденции Стюартов привели к революции.

<sup>65</sup> Упорное церковное разногласие осталось здесь только в виде галликанской оппозиции против Рима, которая получила прочную основу уже в XV столетии, со времени распубликования постановления Базельского собора в *Sanctio pragmatica* Карла VII, 1436 г.; тень великого реформационного движения сохранилась до некоторой степени в янсенизме.

вание свободы политической, что по положению дел одна свобода могла быть завоевана лишь посредством другой<sup>66</sup>.

Это индивидуалистическое направление умов, укрепляемое в свою очередь и ходом мировых событий, соединилось с тем духовным течением, которое перешло в новую эпоху из средних веков. У него заимствует вновь выдвинувшаяся политическая доктрина естественного права свой основной принцип, в особенности *jus naturale*, которое по средневековым политическим учениям признается божественным, следовательно, таким, что его происхождение лежит вне, или выше государства; это право принадлежит к числу первоначальных достояний человечества; оно нуждается только в охране, не в признании, а эта охрана составляет священную обязанность светской власти, так как в ней и заключается самая важная причина существования последней.

Благодаря этому *jus naturale*, новая политическая философия осталась всецело при средневековом индивидуалистическом основании: исходною точкою ее был человек и его разум<sup>67</sup>, а ее единственным практическим понятием — свобода. Так как, благодаря этой исходной точке, она отвлекалась от действительности и признавала естественное состояние, из которого должно было быть извлечено, путем рационалистического умозрения, объяснение государства и всего внешнего порядка вещей, то этим самым она отказывалась, для дедукции государственного строя, от всякого иного телеологического понятия, кроме понятия внешней свободы. Эта внешняя свобода, в противоположность внутренней, объекту морали, сама по себе неограничenna, она может иметь только внешние пределы, а не внутренние, определяющие ее принципы; мера границ еедается опять-таки тем же телеологическим понятием свободы (всех других). Таким образом, строение всего учения этой школы связывалось с индивидуалистической точкой зрения, так же, как и в средневеко-

<sup>66</sup> Такое положение дел яснее всего обнаружилось в английской революции, движущая сила которой заключалась гораздо больше в религиозных разногласиях, чем в неконституционных финансовых требованиях короля; однако, начавшись с этого, дело дошло до крупного политического переворота, а временно даже к ниспровержению всех основ государственного строя и к созданию республиканской формы правления.

<sup>67</sup> Школа естественного права открывает собою эру современного гносеологического мышления, так как она пытается извлечь все миросозерцание из чистого умозрения и законы его признает не только положительной, но и отрицательной мерою вещей (см. об этом у Шталь, указ. соч., I, стр. 91, 92), и во всех различных системах дальше этого не идет.

вых теориях; далее, не было различия между средневековой доктриной и школой естественного права и в том, что по существу только субъективное право являлось содержанием естественного права. Наконец, такое же согласие было и относительно тех выводов, путем которых возникновение и правовое основание государства и государственного господства связывалось с предложением такого первичного естественного права. По естественному праву, государство есть учреждение для пользования свободою<sup>68</sup>, без него не могло бы существовать состояние, соответствующее разуму — по причинам, которые, впрочем, различно описываются различными сторонниками естественного права; следовательно, и государство коренится в самой природе, оно есть королларий человеческой свободы, которая в нем практически осуществляется. Оно возникает только путем разумного пользования свободой (связанность индивидуальной воли в государственном договоре) и существует для свободы; отсюда последовательный вывод, что государственная власть теряет смысл существования, как только она оказывается в противоречии с постулатами естественного права. Совершенно так же и средневековые публицисты признавали в полной мере, что веление, нарушающее *jus naturale*, необязательно и что право сопротивления может быть допущено; по средневековой доктрине, естественное право совершенно так же стоит над владельцем, как положительное подчинено ему<sup>69</sup>.

Но наряду с этим сходством в отправных точках<sup>70</sup>, обнаруживаются и значительные разногласия между средневековым

<sup>68</sup> Все другие цели, которые ему приписывали позднейшие писатели, блаженство, нравственность и пр., нельзя оправдать с принципиальной точки зрения этой школы, и в них обнаруживается непоследовательность.

<sup>69</sup> Aegidius Colonna у Гирке, Althusius, стр. 265, пр. 5.

<sup>70</sup> Имеется ли между ними, как утверждает Елинек, ук. соч., стр. 181, различие в том, что договорная теория средних веков должна обосновать не самое государство, а лишь возникновение государственной власти, — это еще должно разобрать в каждом отдельном случае. По моему мнению, в этом нет никакой разницы, так как понятие государства совершенно совпадает с понятием высшего господства (государственной власти); государство есть не что иное, как факт существования высшего организованного господства между людьми (в определенной области, в пределах известного народа), следовательно оно возникает, существует и прекращается — как логически, так и *in concreto* — в зависимости от существования такого господства, организация которого, конечно, может изменяться без влияния на существование самого института государства.

и новым политическим воззрением на основе естественного права. Средневековое учение о первоначальном договоре и суверенитете народа возникло в связи с миросозерцанием, насквозь проникнутым религиозными идеями; самые радикальные положения проповедывались духовными писателями именно в интересах церковных притязаний на власть. Средневековая доктрина естественного права входила в состав учений богословов о богоустановленном единстве мирового целого (“ordinatio ad unum”); ее *ius naturale* либо отождествляется с *ius divinum* (“summa ratio in Deo existens”, “participatio legis aeternae”), либо ставится на одну линию с ним (Гирке)<sup>71</sup>; признают, что это право помутилось после грехопадения; охрана и наблюдение за ним считается задачей церкви; в *corpus juris canonici* есть прямое определение: “*ius naturale est quod in lege (Mosaica etc.) et evangelio continetur*”. Естественное право сильнее светского, по словам Baldus — “potentius quam principatus”, — только в силу этого своего божественного происхождения — “*ortus a Deo*”, а всякое противоречащее ему веление власти необязательно<sup>72</sup>.

В этой средневековой доктрине отражается также и представление о римском мировом владычестве: подобно тому, как император возводит к цезарам<sup>73</sup> свое *dominium mundi*, так и для учения о первоначальной и неотменимой принадлежности власти целому часто фигурирует в виде доказательства мировое владычество римского народа (Arnold a Brescia, Rienzi и римские демократы XII и XIV столетия)<sup>73a</sup>. После Реформации все это учение оказалось устаревшим и неудовлетворительным; отпали все основы его, вроде главенства религиозной идеи, притязания на власть со стороны пап и императоров и схоластической философии, — в светском воззрении, во вновь пробудившемся изучении древнего мира, во вновь оживающей идее государства заключались элементы для полной переработки этого средневекового наследия.

Поэтому новейшая доктрина естественного права, прежде всего, отрекается от теологического основания — в знаменитом из-

<sup>71</sup> В особенности Althusius, стр. 273.

<sup>72</sup> По учению Писания должно больше повиноваться Богу, чем человеку. См. подробное изложение у Гирке, указ. соч.

<sup>73</sup> На ронкальском поле император Фридрих Барбаросса ссылается на *lex regia*.

<sup>73a</sup> Bezzel, Die Lehre von der Volkssouveränität während des Mittelalters. Hist. Zeitschrift, 1876, стр. 325 след.

речении Гуго Гроция<sup>74</sup>, ее *lex naturalis* больше уже не *jus divinum*, а право разума. И в средние века возникновение государства часто возводилось к человеческому разуму, оно выставлялось, как продукт потребности человека или его размышления и опыта<sup>75</sup>, *appetitus societatis* Гроция, *bellum omnium contra omnes* Гоббса, только в несколько иных выражениях приводились уже средневековыми писателями, как причины возникновения государственного союза<sup>76</sup>, но за всем этим все-таки стоит божественная воля, которая в этом виде издает свои законы<sup>76а</sup> и которая, как сказано в схоластическом изложении Фомы Аквинского — “*in quantum ens, in quantum finis, in quantum motor*” — причина всякого владычества. Вот от такого теологизирующего учения и отказалась, преимущественно под влиянием Реформации<sup>77</sup>, школа естественного права, которая выдвинула на первый план “*per rationem valere*”, а “*regula dirigens*” отодвинула на задний; свои догматы она обосновала непосредственно на человеческом разуме, признавая связь с божественной волею только в том, что “*quod ut talia principia in nobis existerent, ipse voluit*” (Grotius).

Но гораздо более важным, чем такие столкновения, которые происходили между новым учением и отступающей доктриною средних веков<sup>78</sup>, оказалось влияние вновь нарождающейся на античной почве политической идеи. Прямую противоположность средневековому пониманию государства представляет политическое учение Маккиавели, в котором игнорировались религия,

<sup>74</sup> De jure belli et pacis, prol. 11. Конечно, начатки такого воззрения встречаются уже в философии средних веков (в *lex aeterna* схоластиков), и в позднейшем учении школы естественного права, божественная воля, а не *naturalis ratio*, признается первопричиною права (напр. Pufendorf, De off. hom et civ., I, c. 2, § 2), но как то, так и другое отклонение от господствующей системы существовало только на словах, без применения, и выводов из него не делали.

<sup>75</sup> Так, напр., у *Patricius Senensis, Marsilius a Padua, Engelbert von Volkersdorf, Aegidius Romanus*; см. Гирке, указ. соч.

<sup>76</sup> Обе точки зрения встречаются, напр., у *Марсilia*; с Гуго Гроцием в общем согласен *Фома Аквинский*, по вопросу о происхождении государственной власти.

<sup>76а</sup> “*Populo faciente et Deo inspirante*”, Ioannes de Parisiis, de potestate regia et papali, cap. 11, 16.

<sup>77</sup> И протестантские писатели, в особенности богословы, долгое время придерживались этой средневековой точки зрения, см., напр., учение о естественном праве Балтазара Мейснера: “*De summo bono*”, у *Kaltenbogen, Die Vorläufer des H. Grotius*, стр. 220.

<sup>78</sup> Пуфendorf и его противники, Лейбниц и Кокце, наконец, изгнание Вольфа из Галле.

король, естественное право, и в котором *ratio status* признавалась единственным телеологическим понятием. Совершенно исключалась, конечно, возможность того, чтобы такое понимание государства, которое впадало в противоречие со всеми политическими задатками этой эпохи, получило общее признание, но, поскольку в нем выражалось вновь добытое представление о государстве, как представителя человеческого общения, — оно не могло не оказать влияния и на школу естественного права. Исходя из такого же самого основания, Бодэн определял государственную власть как “*summa potestas*” и “*majestas*”, которая получает силу не от закона, а сама ему силу сообщает<sup>79</sup>, и этого же взгляда придерживались, по крайней мере в общих чертах, революционные публицисты, так наз. монархомахи и другие защитники суверенитета народа, особенно обратившие на себя внимание после первой английской революции, с той лишь разницей, что они приписывали эту *summa potestas* другому субъекту. В этом признании государства силой самостоятельной, черпающей в самой себе свое право, и заключается главное отличие этого учения школы естественного права от учений естественно-правовой публицистики средних веков; общим для них осталась исходная индивидуалистическая точка, от субъекта, основной взгляд на данные вместе с человеком первичные<sup>80</sup> права, связанные с разумной его природой, а вместе с этим — и превосходство субъективного права, присущего индивиду, над объективным, исходящим от государства. Вследствие этого, разумеется, весь телос государства, причина его существования и его назначение, приобретает индивидуалистическую окраску, политическая идея снова оживляется для того, чтобы сделаться слугой индивидуализма. Дуализм, лежащий в основных посылках школы, обнаруживается только в выводах — в чисто индивидуалистическую эпоху средних веков это было иначе.

---

<sup>79</sup> “Summa in cives ac subditos legibus soluta potestas”. “Princeps vero populus quibus majestas inest rationem rerum gestarum nemini praeterquam immortali Deo reddere coguntur”. “Haec tanta potestas ab omni conditione libera et plane legibus soluta dici polest”. “Est enim lex nihil aliud quam summae potestalis iussus”. L. I, с. 8 и др. цит. места.

<sup>80</sup> И у самого энергичного защитника государственной власти, у Бодэна, не отсутствует индивидуалистическая точка зрения, — особенно, в учении о цели государства и организации власти. Свобода и собственность индивида должны быть вполне обеспечены государственными учреждениями — “principi alienis opibus ac bonis manus afferre non licet”, — он защищает также и право участия в установлении налогов.

Еще не пришло время найти действительный синтез принципов государства и индивидуальности — при сохранении обоих, а потому включение обоих принципов в конструкции должно было породить весьма различные системы, в зависимости от исходных точек писателей. “Исходя от естественного состояния, субъективного права и договорной теории, Гоббс, а после него и вся английская литература о no-resistance, пришел тем не менее к чистому государственному абсолютизму, а совершенно такой же вывод встречается, при таком же порядке рассуждения, у Руссо, с той лишь разницей, что место абсолютного владельца занимает абсолютная общая воля<sup>81</sup>. Напротив, главные силы школы (особенно в Германии — Пуфendorf, Томазий и др.) не отступают от индивидуалистического принципа, рассматривая государство только как сумму индивидов, “как проявление и реализацию известных импульсов и потребностей индивидуальности, а следовательно, без какой-либо иной цели, кроме той, которая вытекает из этой его “ratio essendi”, и как нечто, не имеющее никакого оправдания за пределами этой цели”<sup>82</sup>. Этот последний вывод в самом деле был неизбежным следствием признания того, что естественное право дано вместе с разумной природой человека, в качестве высшего понятия, из которого институт государства выводился лишь, как одно из следствий. Человеческое общение представляется в виде правового общения, в пределах его является государство, как носитель особых прав, не расплываясь в частно-правовых отношениях, как в средние века; но источник этого правового комплекса должно искать в том же, в чем и источник прав индивидов — в естественном, вытекающем из разума, правовом порядке. Из него же следует как и обязательность договоров вообще<sup>83</sup>, ненарушимость собственности, так и повиновение подданных, ибо эта обязанность принята ими на себя по государственному договору<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Apologetische Studien автора этой книги, стр. 8, 9.

<sup>82</sup> Там же, стр. 8.

<sup>83</sup> Которая, впрочем, выводилась различными путями.

<sup>84</sup> “Так как по абсолютному праву ни один человек не обязан подчиняться другому” (D g o s t e - H ü l l s h o f, Lehrbuch des Naturrechts, стр. 226). Эта договорная теория, восходящая к самой ранней эпохе средних веков и не чуждая древности, см. об этом J e l l i n e k, указ. соч., стр. 197, бесспорно, самая долговечная из всех политических теорий, ибо она и теперь не потеряла еще своего значения, а из всех учений о сущности института государства она практически оказала наи-

Только в тех выводах, которые немецкие сторонники естественного права делали из этого теоретического основания их доктрины, применительно к реальным государственным делам, и обнаруживается у них влияние и сила государственного принципа, включенного в эту конструкцию.

Следствием этой исторической комбинации, для практического течения вещей, явилось то, что с началом новой эпохи обнаружилась двоякая цепь развития.

С одной стороны, вновь ожившая идея государства, в связи с падением тех общественных факторов, на которые опирались государственные учреждения средних веков, послужила причиной тому, что государственная власть везде приобрела новые силы и начался тот промежуточный период неограниченной власти монарха, который повсюду на континенте отделяет средневековое проявление государства от современного<sup>85</sup>.

С другой стороны, под влиянием перешедшего из средних

---

большее влияние (*J e l l i n e k*, стр. 178, 192, 193). Постепенная эволюция этой теории выражается только в том, что она перешла от признания фактических договоров, как исторического основания реальных государств, к презумируемому договору, как логическому обоснованию института государства (причем, впрочем, всегда с удовольствием отмечаются те случаи, когда отдельные государственные союзы — “в самом деле” — возникали из договоров). “Договор имеется налицо уже тогда, когда все согласились и в поведении своем выразили волю признавать, что существует над ними государственная власть” (*D g o s t e - H ü l l s h o f*, указ. соч., стр. 225). Но, если в этом и заключается отказ от исторической бессмыслицы, то все же ни в чем не изменяется содержание и индивидуалистическая исходная точка зрения на государство. По поводу этого, более старого, вида учения очень верно замечает *B g a p d e s* (*Die Hauptströmungen der Literatur der XIX Jahrhunderts*, übersetzt von Strodtmann, III, стр. 109): “совершенно так же говорят в геометрии, что шар получается путем вращения полукруга вокруг его оси. Это определение совершенно правильно, но не находится ни в какой связи с материальными условиями существования какого-нибудь определенного шара. Нигде в мире ни один шар не возник от того, что вращался какой-то полукруг вокруг своей оси”.

<sup>85</sup> Деление этого периода, идущего, примерно, от 1500 г. до французской революции, на подразделения “конфессионального”, “придворного” и “просвещенного” абсолютизма, как предлагает *P o s t e* (*Geschichte des Nationalökonomie*, стр. 380 след., *Politik*, стр. 250 след.), недостаточно обосновано. Разумеется, может показаться странным, что ставится на одну линию правление Людовика XV с правлением Фридриха Великого или Иосифа II, но основание и тенденция этой правительской системы остаются, во весь период, одними и теми же, несмотря на все различия в частностях.

веков, подкрепленного церковным движением, индивидуалистического направления, которое через посредство естественно-правовой школы вылилось в систему, господствовавшую в политической доктрине в течение целого столетия, идея государства была возвращена в сферу индивидуализма. Назначение государства стали усматривать в равномерном устройении порядка, для права и для благоденствия индивидов: “*coetus perfectus liberorum hominum juris fruendi et utilitatis communis causa sociatus*”<sup>86</sup>, и этой задаче государства было подчинено все прочее. Выразилось это в том, что там, где — как в крупных германских территориях — окрепшей вновь политической идеей завладели просвещенные и благожелательные правители, там вся неограниченная монархическая власть была направлена к тому, чтобы перевести весь порядок личного государства в учреждения, соответствующие современному представлению о государстве. Публичные права и обязанности были лишены того субъективного частно-правового характера, который они приобрели в средние века, и были возведены к общему объективному основанию закона, которое соответствовало окрепшей вновь идеи человеческого общения; были приняты меры к охране, среди раздробленных частных социальных интересов, первенствующего интереса целого и к обеспечению его путем управления, входящего во все; насколько возможно, общественная организация средних веков заменялась государственною. При этом монархическая власть везде выступала от имени государства, которое в самом деле только она одна и представляла. Ее органом сделалась профессиональная бюрократия, которая выводила свой авторитет из идеи государства или, что то же самое, из неограниченной власти монарха. Участие общественных групп в осуществлении государственной задачи исключалось уже тем, что эти группы первое время представляли собой именно те средневековые настроения, над устранием которых и должно было работать новейшее государственное развитие; в особенности же оно исключалось тем, что все то, что еще осталось от прав сословного представительства, пришло к совершенному упадку, — причем и в этом отношении крупные германские государства шли впереди других. Не было затронуто только социальное положение лица в тесном смысле; за различными сословиями, в особенностях за дворянством, сохранились на долгие времена те общественные преимущества, которые проникали и в политическую область, напр., в виде привилегий по части налогов, в виде преимущества при замещении государственных должностей и т.д.

<sup>86</sup> Определение государства по Г. Гроцио.

Это двоякое направление, которое можно различить в духовных течениях эпохи, определило и дальнейший ход государственного развития. Везде можно установить этот дуализм, в котором, с одной стороны, выступает идея государства, идея единой государственной власти, как центральной организации человеческого общения и источника права, а с другой — сохраняется индивидуалистический принцип, и в непосредственной связи с этим — последняя причина и задача государственного союза усматривается в жизненных целях этого принципа. Развитие всего дальнейшего хода политической истории в крупных европейских государствах характеризуется тем, что импульсы, исходящие от каждого из этих основных принципов, отражаются попеременно, то в более сильной, то в более слабой степени, на течении событий.

Но, во всяком случае, этим самым развитие идеи государства было доведено до того пункта, где начинается проблема современного государственного учения: до задачи установить синтез и примирение этих двух слагаемых, определяющих государственное существование, которые в равной мере признаются элементарными. В это же время начинает слагаться и понятие субъективных публичных прав в том смысле, что они являются не только проявлением государственной власти, рефлекторным следствием государственной организации, но вытекают из самостоятельного юридического положения индивида и, следовательно, могут быть защищаемы и против государства. Здесь начало той цепи развития, которая в последней своей стадии завершается созданием системы правовой защиты для субъективных прав, имеющей назначение блюсти и охранять эти права даже и от государственной власти.

# В. А. РЯЗАНОВСКИЙ

## ЕДИНСТВО ПРОЦЕССА<sup>1</sup>

### (Памяти А. А. Симолина)

Вопрос о процессе, как научной дисциплине, проходил различные стадии развития.

Прежде всего, процесс, всякий процесс: гражданский, уголовный, канонический, рассматривался как дополнение к соответствующему материальному праву, как производное последнего, дальше — гражданский и уголовный процессы начали рассматривать, как самостоятельные от материального права и друг от друга научные дисциплины и, наконец, в последнее время намечается течение, рассматривающее процесс, как единую научную дисциплину, построенную на единых общих началах, а отдельные процессы — гражданский, уголовный и административный — как ветви этой единой науки, как второстепенные разновидности одного основного вида.

Выяснение нашего отношения к данному вопросу и послужит содержанием настоящего очерка.

Господствовавшая первые три четверти XIX столетия в науке доктрина, так называемая материально-правовая теория права на иск, имеющая своих представителей и в настоящее время, следующим образом определяет взаимоотношение между материальным гражданским правом и процессуальным, между гражданским правом и гражданским процессом.

Субъективному гражданскому праву присуща способность его осуществления при помощи судебной власти путем иска. Каждому субъективному гражданскому праву присущ иск, как право на его осуществление, защиту. Предъявлением иска осуществляется право на иск в процессуальном смысле, а это последнее право основывается на материальном субъективном гражданском праве (Арндс, Унгер, Регельсбергер). Кто имеет субъективное гражданское право, тот и управомочен осуществить последнее путем иска; иск же не является чем-либо самостоятельным, вне права стоящим, он присущ праву, право на иск есть принадлежность, составная часть или свойство самого субъективного права, защите которого он служит (Пухта, Вехтер, Дерн-

<sup>1</sup> Настоящая работа была напечатана в 1920 г. в «Трудах профессоров Иркутского университета», вып. 1, теперь она перепечатывается отдельным изданием без изменений.

бург). Иск, как полагают другие, есть самое право в своем осуществлении (Бринц, Бекинг, Гарсонэ), право в судебном его осуществлении (Гольмстен). Право на охранение только особая форма, особое проявление того материального права, которое предполагается нарушенным (Малышев)<sup>1</sup>.

Неправильность материально-правовой теории очевидна. Эта теория ставит формальное право на иск в непосредственную связь с материальным гражданским правом: кто имеет субъективное гражданское право, тому принадлежит и право на иск. Между тем только после рассмотрения дела суд устанавливает, принадлежит ли истцу субъективное гражданское право. Таким образом, получается внутреннее противоречие (порочный круг): чтобы предъявить иск перед судом, надо обладать субъективным гражданским правом, а деятельность суда и состоит в том, чтобы установить, принадлежит ли истцу субъективное гражданское право.

Для предъявления иска все не нужно в действительности обладать субъективным гражданским правом, а достаточно обладать лишь процессуальной правоспособностью. Суд обязан рассмотреть каждое исковое прошение, поданное правоспособным лицом<sup>2</sup>.

Неправильность материально-правовой теории, утверждающей о существовании теснейшей внутренней связи, даже идентичности между материальным и процессуальным гражданским правом, подтверждается и тем, что не всякое материальное право защищено иском, не всем субъективным гражданским правам присуща исковая защита, например, такой защитой не пользуются так называемые натуральные обязательства, «моральные» обязательства родителей по отношению к детям французского права (art. 204 Code civ.), долги по игре и пари<sup>3</sup>. Кроме того, рассматривая гражданский процесс, как организацию защиты субъективных гражданских прав путем судебного принуждения, материально-правовая теория не охва-

<sup>1</sup> Cp. Unger — System, II, § 113, Wdchter — Pandecten, I, § 98, Dernburg — Pandecten, § 127, Puchta-Pandecten, § 81 и Vorlesungen, § 81, Regelsberger — Pand, § 191, Вцкинг — Institutionen, § 131, Brinz — Pand, § 24, Glasson — Précis théorique et pratique de procédure civile, I, 133—134 стр., Garsonnet — Traité théorique et pratique, I, § 289 и сл., Гольмстен — Юридич. наслед. и статьи, I, стр. 232 и сл., Малышев — Курс гр. судопр., I, § 2.

<sup>2</sup> Cp. Degenkolb — Einlassungszwang und Urtheilsnorm, Plosz — Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 13—14 стр., Wach — Handbuch, § 2, IV, Sohm — Der Begriff des Forderungsrechts, Grünhuts'zeitschrift, стр. 464, Нефедьев — Учение о иске, Гордон — Иски о признании, Васьковский — Курс, I, § 74.

<sup>3</sup> Cp. Garsonnet, ук. соч., I, § 200.

тывает таких явлений, как иски о признании, в особенности отрицательные иски о признании, которые не имеют материально-правового притязания, направленного на принудительное исполнение, просьбы об обеспечении доказательств и некоторые другие<sup>1</sup>.

Таким образом, с одной стороны, и лица, не обладающие в действительности субъективным гражданским правом, имеют право на судебную защиту, с другой стороны, не все, действительно обладающие таким правом, могут пользоваться этой защитой, и, наконец, не все явления процесса объясняются с точки зрения материально-правовой теории. Очевидно, гражданское процессуальное право не зависит от материального, а представляет самостоятельный институт. И по отношению к гражданскому праву и процессу это тем более очевидно, что право на иск, направленное против государства в лице суда и вызывающее к деятельности судебную функцию государства, есть право публичное и гражданский процесс есть институт публичного права, а гражданское право есть право частное.

Гражданский процесс имеет самостоятельный объект и самостоятельные задачи. Гражданское право как наука имеет предметом изучения систему субъективных гражданских прав, совокупность правил, нормирующих частные интересы, гражданский процесс — организацию установления и охраны субъективных гражданских прав. В отличие от гражданского права гражданский процесс есть институт публичного права, на который возложено поддержание правопорядка путем защиты субъективных гражданских прав отдельных граждан.

Несомненно, между гражданским правом и гражданским процессом существует связь, взаимное влияние, есть известная область трудно разграничимых явлений, но все это не устраниет принципиального различия, не лишает обе науки самостоятельного значения.

То же явление наблюдается и по отношению к уголовному праву и процессу<sup>2</sup>. Старая, имеющая и в настоящее время сторонников, теория ставит уголовный процесс в полную зависимость от материального уголовного права.

<sup>1</sup> Wach — Der Feststellungsklage, стр. 15 и след., Pollack — System des öster. Zivilprocessrechts, стр. 2, Jellinek — System der subject, öffentl. Rechte, стр. 126

<sup>2</sup> Уголовный процесс носил еще более зависимый характер, нежели гражданский. В Германии он очень долго, до начала XIX ст., главным образом, до трудов Геннера, рассматривался в виде отрасли гражданского процесса, в качестве одного из видов суммарного производства.

Уголовный процесс составляет часть уголовного права (Вэхтер). Уголовный процесс существует не сам по себе, а исключительно ради «материального» уголовного права (Биркмейер). Связь между уголовным правом и уголовным процессом та же, какая существует между материей и формой одного и того же организма; отсюда уголовное право принято называть материальным, а уголовный процесс формальным уголовным правом (Тальберг). Материальное и формальное уголовное право служат одной и той же государственной цели, именно восстановлению нарушенного наказуемым деянием правопорядка (Ульман). Уголовное право есть право на наказание в статическом состоянии, процесс — право на наказание в динамическом состоянии (Гарро). Таковы взгляды представителей указанной доктрины<sup>1</sup>.

Связь между уголовным правом и уголовным процессом несомненна. Она сильнее связи, существующей между гражданским правом и процессом, ибо частно-правовые притязания могут быть осуществлены без гражданского процесса, между тем, как уголовно-правовое притязание может получить осуществление только путем уголовного процесса. Несомненно и влияние норм уголовного права на процесс и обратное влияние.

Но уже старые авторы правильно указывали на независимость уголовного процесса от уголовного права, на его самостоятельность<sup>2</sup>.

В действительности уголовное право не является предположением процесса, ибо не действительная вина, а утверждение о такой вине составляет предположение процесса; уголовный процесс действует не только против виновного, но и против за подозренного, а также и против невинного; уголовный процесс есть совершенно независимое публичное право на возникновение процессуально-правового отношения и на завершение последнего через приговор; возможно как возникновение процесса без

---

<sup>1</sup> См. Abbeg — Lehrbuch der Strafrechts — Wissenschaft, § 6, Wächter Beilagen zur Vorlesungen über d. deutsch. Strafrecht, Ullmann — Lehrbuch des öster. Strafprocessrechts, стр. 2—4, Zachariae — Handbuch d. deutsch. Strafprocesses, 1861, стр. 2, Birkmeyer — Deutsch. Strafprocessrecht, § 5, 2, Garraud — Traité theorique et pratique d'instruction criminelle et de proc. pénale, I, § 1. Cp. Glaser — Handbuch d. Strafprocesses, I, изд. 1883, стр. 279, 292, Тальберг — Русское уголов. судопр.-во, I, стр. 2, Случевский — Учебник русск. уголов. процесса, 1910, стр. 1, Духовской — Русский уголов. процесс, 1910, стр. 9.

<sup>2</sup> См. A. Bauer — Lehrbuch des Strafrechtswissenschaft, 1827, § 3, A. Feuerbach — Lehrbuch d. peinlichen Rechts, 1847, § 4, № 2.

вины обвиняемого, так и существование материального уголовного права без права на уголовный иск, правомочие на наказание не всегда совпадает с правом на предъявление уголовного иска, например, дела публично-частного обвинения (Биндинг). Уголовный процесс строится не только в соответствии с нормами уголовного права, но также сообразуясь с преследуемыми им задачами раскрытия истины и с природою возникающих при этом отношений (Фойницкий). Таким образом, уголовный процесс представляет самостоятельное целое, только отчасти основывающееся на положениях материального права (Биркмейер)<sup>1</sup>.

Уголовный процесс имеет и самостоятельный объект и самостоятельные задачи. Уголовное право имеет объектом — по выражению проф. Фойницкого: личную виновность и наказуемость, уголовный процесс — способы производства уголовных дел. Его задача установление права государства на наказание.

Путем установления вины и наказуемости отдельных нарушителей правопорядка достигается и охрана самого правопорядка. Причем не надо забывать, что указанная охрана правопорядка уголовным судом производится в значительном числе случаев, вследствие нарушения субъективных прав отдельных граждан, а иногда и только по их почину (в порядке так называемого частного или публично-частного обвинения).

Научные выводы материально-правовой теории нашли в свое время широкое применение на практике: в курсах и учебниках уголовный и гражданский процессы излагались вместе с материальным правом, как часть этого последнего: как в XVIII столетии, так нередко в первой половине XIX столетия, а иногда даже и во второй половине его, законодатели включали процессуальные нормы в материальные кодексы в виде особых частей или глав — что встречалось во Франции, Германии и России еще в первую половину XIX столетия; окончательное разделение законов материальных и процессуальных проведено у нас лишь судебными уставами 20 ноября 1864 г.; в университетах введены общие кафедры для материального и процессуального права, каковая общность существует и теперь: кафедра гражданского права и судопроизводства, торгового права и судопроизводства, уголовного права и судопроизводства — что также требует разделения.

<sup>1</sup> Binding — Handbuch d. Strafrechts, § 39, Birkmeyer, ук. соч., стр. 16. Cp. Benneke und Beling — Lehrbuch d. deutsch. Reichs—Strafprocessrechts, § 62, 2, Фойницкий — Курс угол. судопр-ва, стр. 3.

Что касается взаимоотношения между административным процессом и материальным административным правом, то по существу характер их взаимных отношений один и тот же, что и в первых двух случаях.

Но если такие старые научные дисциплины, как гражданский процесс и уголовный, нашли признание своей самостоятельности лишь в XIX столетии, а административная юстиция в ее настоящей постановке ведет свое происхождение только с прошлого столетия, представляя один из краеугольных камней правового государства XIX века, то вполне понятно, что молодой административный процесс лишь за последние десятилетия начинает подниматься до подобающего ему самостоятельного места наряду с гражданским и уголовным процессами.

В этой области многое еще представляется недостаточно разработанным и спорным. В особенности бедна наша русская научная литература. Поэтому и для обоснования наших дальнейших выводов мы позволим себе бегло остановиться на двух основных вопросах административного процесса: на вопросе о юридической природе административного иска и на вопросе о задачах административной юстиции<sup>1</sup>.

В правовых государствах Западной Европы и Америки существуют две системы организации административной юстиции: система особых административных судов, состоящих в ведомстве внутренних дел (передача вопросов публичного права специальным административно-судебным коллегиям — Пруссия и др. германские государства, Франция, Испания и др.) и система единой юстиции (подчинение вопросов публичного права общим судебным установлениям — Англия, Бельгия, Северо-Американские Соединенные Штаты и др.).

Ознакомимся прежде с положением указанных вопросов в государствах, где для разрешения публично-правовых споров введены специальные административные суды.

По тексту прусского законодательства об административной юстиции нельзя судить о природе административного иска; относящиеся сюда места законов говорят о спорных администра-

---

<sup>1</sup> Конечно, указанные вопросы требуют более обстоятельного исследования. К сожалению, подготовленная нами к печати весной 1918 г. работа «Основные начала административного процесса» осталась не напечатанной. Мы лишены возможности ссылаться на нее и принуждены поэтому, хотя бы вкратце, коснуться указанных вопросов.

тивных делах (*streitige Verwaltungssachen*), о решении в порядке административно-спорного производства и т.п.<sup>1</sup>

Мотивы к правительствуциальному законопроекту 3 июля 1875 г. определяют административно-спорные дела, как «спорные вопросы относительно возникающих из административных законов прав и обязанностей частных лиц и корпораций в противоположность вопросам административной целесообразности»<sup>2</sup>.

В германских государствах в порядке административно-спорном подлежат обжалованию только действия местных, а не центральных органов администрации и притом по вопросам, точно указанным в законе. Общий иск в Пруссии допущен лишь относительно полицейских распоряжений местных полицейских властей, а также относительно распоряжений администрации по вопросам подоходного и дополнительного налога<sup>3</sup>.

Большинство немецких ученых полагают, что административный иск есть иск, имеющий целью установление и защиту субъективных публичных прав граждан, в охране коих и заключается задача административной юстиции (Бэр, Сарвэй, Штэнгель, Шульце, Ленинг, Глют, Гроэнфельд и др.)<sup>4</sup>.

Гнейст рассматривает административный иск, как вид старой жалобы по начальству, задачу административной юстиции (как и задачу администрации) видит в охране объективного правопорядка, а охрану прав граждан считает второстепенным, побочным делом (*Nebensache*)<sup>5</sup>. Точку зрения Гнейста разделяет часть немецких ученых, которые считают административную юстицию

<sup>1</sup> См. Gesetz betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und d. Verwaltungsstreitverfahren, vom 3 Juli 1875, tit I, § 1, новеллу к означеному закону от 2 августа 1880 г., I, § 1, закон о местном управлении 30 июля 1880 г., I, § 7 и др.

<sup>2</sup> Cp. Busso von Bismarck — Das Gesetz vom 3 Juli 1875 betreffend... стр. 1, прим. 1.

<sup>3</sup> См. Аньшюц — Юстиция и администрация, отд. оттиск., стр. 52.

<sup>4</sup> См. Bähr — Der Rechtsstaat, стр. 53, Sarwey — Das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege, стр. 73 и сл. и Würtemb. Arch. Bd. XVII, стр. 2 и сл., Stengel—Lehrbuch d. deutsch. Verwaltungsrechts, 218, Löning—Lehrbuch d. deutsch. Verwaltungsrechts, 797, Schultze-Lehrbuch des deutsch. Staatsrechtes, § 242, Gluth—Archiv für öff. Recht, III, 570, Grotendorf—Preuss. Verwaltungsrecht, I, 324 — Этой же точки зрения держался и автор закона о реформе прусского местного управления Brauchitsch, см. его Die neueren Organisationgesetze der inneren Verwaltung... стр. VII, VIII, ср. Sarwey — Würtemb. Archiv, XVIII, 323-4. В охране правовой сферы индивидуума видит основную задачу административной юстиции и Jellinek, см. System d. subject, öffentl. Rechte, 2 изд., стр. 358 и др., вместе с тем Jellinek отмечает и значение ее для охраны правопорядка.

<sup>5</sup> Der Rechtsstaat, стр. 269—271.

просто видом администрации, совершающей обычное дело администрации только в судебных формах (Борнгак, О. Майер, О. Мюллер, Штир-Зомло)<sup>1</sup>. Однако эта точка зрения больше соответствует конструкции старого полицейского государства, нежели современного правового.

Некоторые ученые считают административную юстицию охранителем как объективного правопорядка, так и субъективных прав граждан<sup>2</sup>.

Австрийская административная юстиция согласно прямому тексту закона является охранителем субъективных публичных прав граждан<sup>3</sup>.

Французская административная юстиция знает два вида административного иска: простой, нормальный, и чрезвычайный (*recours ordinaire* и *extraordinaire*) и два основных вида производства: полное производство (*contentieux de plein juridication*) и производство об отмене (*contentieux d'annulation*)<sup>4</sup>.

К области полной юрисдикции относятся споры, вытекающие из публичных контрактов, например, казенных подрядов и поставок, денежных обязательств государства, споры относительно государственных податей и повинностей, в частности по вопросам прямого обложения, отбывания воинской повинности,

<sup>1</sup> См. Bornhak — Preuss. Staatsrecht, II, 413, O. Mayer—Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 163, 177 и Arch. f. off. Recht, XXI, 2, O. Müller-Begriffe d. Verwaltungsrechtspflege nach preuss. Recht, Stier-Somlo—Staatsrechtliche Abhandlungen, B. II, стр. 509.

<sup>2</sup> G. Meier — Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechtes, 2 изд., стр. 46, Аншюц — Юстиция и администрация, стр. 24, 53, отд. оттиск из Ж.М.Ю., 1907 г., № 6—7, Ср. Fleiner — cr. Einzelrecht und öffentlich. Interesse, стр. 37 и др. в Staatrechtl. Abhandlungen, Bd. II, Tezner — Die deutschen Theorien d'Verwaltungsrechtspflege, стр. 99. Его же — Ueber Verwaltungsrechtspflege, стр. 12—13.

<sup>3</sup> См. ст. 2 закона 22 окт. 1875 г. На этой же точке зрения стоит и автор закона бар. Лемайер, см. его Административная юстиция, стр. 156, 172. Ср. Kissling—Beiträge zur Theorie d. Verwaltungsrechtes, стр. 9, гл. VIII и др.

<sup>4</sup> Laferrière—Traité de la juridication administrative, 2 изд., I, 15—18, а также II, 115—390, 391—600, Haurion — Précis, стр. 288 и сл., 321 и сл. Французская теория насчитывает собственно четыре вида производства адм. юстиции, но *contentieux de l'interprétation* не имеет самостоятельного значения, а *cont. de la répression* не имеет непосредственного отношения к задачам адмистр. юстиции. Laferrière, I, 18—21, II, 600—628, 629—681, ср. Корф — Администр. юстиция в России, II, 484—6, Haurion-Précis, стр. 826. Несколько иное — то же 4-членное деление устанавливает Ducrocq—Cours de droit administratif, II, § 419.

споры по выборам на общественные должности и другие. Recours ordinaire (cont. de pl. juridic.) есть административный иск о восстановлении нарушенного субъективного права. И по содержанию и по процедуре он вполне аналогичен гражданскому иску, нередко и основанием своим имеет субъективное гражданское, а не публичное право (например, сюда относятся чисто гражданские дела казны: споры по подрядам и т.п.). В полном производстве административный суд, говорит Лаферерье, является судьей факта и права, он разрешает споры между администрацией и ее противниками, как гражданские суды между двумя тяжущимися сторонами; он изменяет распоряжения администрации не только, когда они незаконны, но и когда они ошибочны, он заменяет их новыми распоряжениями, он устанавливает наличность обязательств и присуждает к уплате денежных сумм<sup>1</sup>.

Recours extraordinaire (contentieux de l'annulation) иначе называется иском о превышении власти, жалобой на превышение власти — recours pour excès de pouvoir, так как главным видом ее является просьба об отмене на основании превышения власти<sup>2</sup>. Rec. extraordinaire представляет просьбу об отмене незаконного акта администрации. Основанием обжалования служат: 1) incompétence — превышение пределов ведомства; 2) vice de forme — нарушения формальные; 3) violation de la loi et des droits acquis — нарушения материального права; 4) détournement de pouvoir — извращение полномочий, т.е. пользование полномочием вопреки духу и цели закона, предоставившего администрации это полномочие. Жалоба об отмене приносится непосредственно Государственному Совету и создана всецело его практикой. Эта жалоба может быть принесена на всякий административный акт всех властей, не исключая президента республики, кроме небольшой категории так называемых политических актов<sup>3</sup>.

Обжалованию подлежат и дискреционные акты администрации (в порядке détournement de pouvoir). Основание обжалования может составлять не только нарушение права, но и правоохраняемого интереса жалобщика. Государственный Совет ограничивается только отменой административного акта, не прибегая к другим мерам воздействия на администрацию. Причем, надо заметить, что если обжаловано общее распоряжение адми-

<sup>1</sup> Laferrière — Traité, I, 15—16.

<sup>2</sup> Относительно других видов производства об отмене, см. Laferrière — Traité, II, 413—418, Hauriou—Précis, стр. 288, прим. 4.

<sup>3</sup> Категория «политических» или «правительственных» актов в настоящее время очень ограничена, см. Laferrière-Traité, II, 32 и след.

нистрации, то сила судебного решения Государственного Совета распространяется не только на жалобщика, но имеет и общее значение.

Особенности экстраординарной жалобы (в особенности указанное общее значение решения Государственного Совета по частной жалобе) вызывают сомнения и разногласия при определении ее юридической природы<sup>1</sup>.

Одни ученые считают жалобу об отмене ведомственной административной жалобой, направленной на охрану объективного права (Жаклэн, Бертелеми, О. Майер)<sup>2</sup>, другие видят в ней особый объективный иск, направленный на восстановление действия закона (Дюги, Жэз)<sup>3</sup> или иск об отмене в интересах законности (Ориу)<sup>4</sup>, наконец, третий видят в ней иск об охране субъективного публичного права (Бартелеми, Мари, Артур, Кулишер)<sup>5</sup>.

Более правильным нам представляется тот взгляд, согласно которому жалоба об отмене представляет недоразвившийся иск об охране субъективного публичного права, ведущий происхождение из ведомственной жалобы. Сохранившиеся исторические черты последней и составляют особенности этого иска. Но из этих особенностей противоречит понятию иска собственно одна: общее значение решения Государственного Совета (по частному делу) — что подлежит устраниению. Другие же особенности, как, например, защита не только субъективного права, но и правоохраненного интереса и отмена дискреционных распоряжений

---

<sup>1</sup> См. по данному вопросу Кулишер — Защита субъективных публичных прав посредством иска. Юрид. Вест., 1913, IV, стр. 95—105.

<sup>2</sup> Jaquelin—Les principes dominants du contentieux administratif, стр. 227 и сл., Berthélémy—Traité élémentaire de droit administratif, 885, O. Mayer—Theorie d. französ. Verwaltungsrechts, 139 и след.

<sup>3</sup> Duguit—L'état, le droit objectif et la loi positive, 420, Jese—Les principes généraux du droit administratif. Revue général d'administration, 1903, 111, 133.

<sup>4</sup> Haugou—Précis, 290, прим. I, «c'est une de nullité objective, qui est uniquement pour assurer l'application de la légalité». К объективной точке зрения примыкает и С. П. Покровский, см. его работу: Государственный Совет во Франции как орган административной юстиции.

<sup>5</sup> Barthélémy—Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, Marie—L'avenir du recours pour excès de pouvoir—Revue du droit public, 1905, II, Artur—Separation des pouvoir et séparation des fonctions—Revue du dr. publ., 1903, II, Кулишер — указ. статья.

администрации (*détournement de pouvoir*)<sup>1</sup> представляют лишь расширение и углубление понятия административного иска и вместе с тем увеличение способов защиты прав граждан (Мари, Кулишер).

Еллинек, указывая, что французское административное право нормирует более объективное право, чем индивидуальные субъективные права граждан, упрекает французскую научную литературу за такое состояние законодательства и за пренебрежение к вопросам о субъективных публичных правах<sup>2</sup>. Этот упрек по отношению к французской литературе не безоснователен, но за последнее время субъективное направление сделало и во Франции большие успехи (см. вышеуказанных авторов). Но этот упрек совсем не может относиться к французской судебной практике. Хотя французское законодательство не провозглашает *expressis verbis* общего принципа: всякий вопрос о праве публичном подлежит ведению (административного) суда, однако путем столетней практики, в особенности путем развития производства об отмене (*pour excés* и *pour détournement de pouvoir*) Государственный Совет близко подошел к этому принципу (исключение — «политические или правительственные» акты — ничтожная категория) и создал такую защиту индивидуальных прав граждан, какой не знают многие из европейских государств<sup>3</sup>. И основную задачу административной юстиции французская судебная практика видит в защите субъективных публичных прав граждан<sup>4</sup>.

В странах, где решение вопросов публичного права подведомственно общим судам (Англия, Северо-Американские Соединенные Штаты, Бельгия, Швеция, Норвегия, Дания и др.), административный иск конструируется по образцу иска гражданского. Аналогично охране субъективных гражданских прав организована здесь охрана субъективных публичных прав посредством иска<sup>5</sup>.

Статьи 92 и 93 Бельгийской конституции отождествляют за-

<sup>1</sup> См. по данному вопросу Лазаревский — Правовой контроль над дискреционными полномочиями администрации. Право, 1901, № 12.

<sup>2</sup> System, 2 изд., стр. 3.

<sup>3</sup> Leferriere даже утверждает, что контроль над законностью действий администрации и охрана граждан против злоупотреблений властью и ошибок администрации поставлены лучше всех европейских стран, не исключая и тех стран, где акты администрации могут быть оспариваются перед обычными судами, т.е. Англия, С.-А. С. Штаты и др. см. *Traité*, II, 558—559. Это, несомненно, преувеличение. Англо-американская система стоит выше.

<sup>4</sup> Cp. Chauveau—*Procedure administrative*, I, 60, Artur — ук. ст. 415, Loening—*Verwaltungsgerichtsbarkeit*, стр. 183.

<sup>5</sup> Giron—*Droit administrative de la Belgique*, I, Jaquelin — *Les principes dominants*, 39.

щиту гражданских и публичных прав: всякий вопрос о праве гражданском (92) и о праве политическом (93) подлежит ведомству общих судов.

В Англии указанный общий принцип не содержится в законодательстве, но осуществляется в жизни. Все споры о праве публичном и частном подлежат ведению общих судов, имеющих широкую власть воздействия на администрацию: право издавать приказы и запреты в предупреждение, изменение и замену актов администрации с требованием воздержания от известных действий или исполнения законом возложенных обязанностей<sup>1</sup>.

Американская система в существе аналогична английской. Она представляет суду в одном отношении даже большие права: право признания закона не соответствующим конституции.

Лаферьер следующим образом определяет англоамериканскую систему: «Характерные черты этой системы, — говорит он, — общая компетенция судебной власти во всех случаях, где требуется применение права, как в спорах административных, так и других, судье принадлежит право принимать жалобы против незаконного акта и против виновной бездеятельности, направлять администрации приказы и запреты<sup>2</sup>.

Рассмотрев в общих чертах данный вопрос, мы убедились, что исковая защита субъективных публичных прав в большей или

<sup>1</sup> Так наз. wreits, из коих wr. of Habeas Corpus получил всемирную известность.

Между прочим, особенностью английской системы является предварительный судебный контроль над действиями администрации, являющийся исключением на континенте. На континенте по общему правилу администрация осуществляет принадлежащее ей полномочие против частного лица непосредственно, а потерпевший от ее действий в лучшем случае имеет право последующей жалобы — иска об отмене и т.п., часто не имеющей фактически и смысла. В Англии же администрация в виде общего правила должна получить разрешение суда на осуществление полномочия, котороедается или в общем процессе с вызовом сторон и с прочими судебными гарантиями, или в суммарном порядке, т.е. в обоих случаях администрация должна предъявить иск и получить исполнит. лист или судебный приказ, напр., орган податного обложения на взыскание налога — см. Кулишер — Господство права и администр. принуждение. Записки Д. Ю. Лицея, 1911, I, Гаген — Учебник адм. права, I, ср. по данному вопросу Leuthold—Oeffentliche Interesse und öffentl. Klage im Verwaltungsrecht, Annales d. deutsch. Reichs, 1884, § 24, Hatschek, Engl. St.-r. Bd. II, Редлих — История местн. самоупр. в Англии.

<sup>2</sup> Traité, I, 97. Кроме него об английской и американской системе см. Goodnow—Comparative administrative law, II.

меньшей степени находит применение во всех главных государствах Западной Европы и Америки. Административный иск почти везде вырос из ведомственной жалобы и в отдельных государствах сохраняет еще некоторые характерные черты этой последней, но по существу он представляет иск о защите субъективных публичных прав граждан (а не правопорядка, как такого). Задача законодателя освободить административный иск от посторонних примесей, где они еще сохранились. Этот взгляд и более отвечает конструкции современного правового государства, а противоположный — конструкции старого полицейского государства.

Действительно, граждане современного государства обладают не только субъективными гражданскими, но и субъективными публичными правами. К последним относятся, согласно господствующей доктрине, так называемые гражданские свободы, права публичных служб, политические права<sup>1</sup>. Последние так же подвергаются нарушениям, как и первые. Так как в порядке пользования субъективными публичными правами граждане вступают в отношения главным образом с государственной властью, именно с административной функцией этой власти в лице различных органов, то и нарушения субъективных публичных прав имеют место обычно со стороны указанных органов государственной власти, т.е. со стороны администрации. Установление и охрана субъективных публичных прав так же необходима, как установление и охрана субъективных гражданских прав. В этом и состоит основная задача административной юстиции.

Кроме того, в некоторых случаях административная юстиция является и охранителем правопорядка непосредственно, но эта функция является уже дополнительной<sup>2</sup>.

Относительно юридической природы административного иска и отношения его к материальному административному праву воз-

<sup>1</sup> См. Jellinek—System, гл. V, VII—X, Fleiner—Institutionen, 149, Löning, Lehrbuch, § 3, Елистратов — Учебник русского адм. права, I, стр. 85. Ср., однако, Mayer—Deutsches Verwaltungsrecht, § 9, Рождественский — Теория субъективных публичных прав, стр. 248—249.

<sup>2</sup> Последнее имеет место, например, в тех случаях, когда распоряжения и постановления учреждений и должностных лиц, нарушающие закон, отменяются административным судом по протесту подлежащего органа надзора. Бар. Корф, не без известного основания, видит здесь переходную форму начальственного или правительственный надзора, а не функцию административной юстиции — Административная юстиция в России. II, стр. 473, прим. 1.

никают те же вопросы, что и в аналогичном случае с гражданским иском.

Некоторые административисты и рассматривают административный иск, как составную часть материального административного права или проявление последнего<sup>1</sup>. Но эта точка зрения так же неправильна, как и в аналогичном случае с иском гражданским.

Для предъявления административного иска также не нужно, чтобы на стороне истца было действительное материальное право; достаточно, если он утверждает, что такое право у него имеется и требует установления и защиты его<sup>2</sup>. Дело суда разобраться, есть ли у него конкретное право, подлежит ли оно установлению и охране. Для предъявления иска необходима лишь процессуальная правоспособность. Далее, из того обстоятельства, что разрешение спорных вопросов публичного права не всегда передано общим или специальным (административным) судам, что и в последнем случае эти вопросы переданы далеко не везде в полном объеме — очевидно, что материальное административное право может существовать, а право на административный иск отсутствовать. Таким образом, с одной стороны возможно предъявление административного иска без наличности материального права, с другой стороны возможно обратное: отсутствие права на иск при наличии материального права. Очевидно, право на публичный иск и материальное публичное право представляют самостоятельные явления общественной жизни, хотя и находящиеся в известной связи между собой, и административный процесс является самостоятельным институтом. Административный процесс имеет и самостоятельную от материального публичного права задачу.

Таким образом, мы приходим к выводу, что гражданский, уголовный и административный процессы представляют самостоятельные по отношению к материальному праву научные дисциплины. Их самостоятельность относительно материального права подтверждается независимостью процессуального права на иск от материального права, самостоятельностью задач процесса, и, наконец, включением в процесс в качестве составной части воп-

---

<sup>1</sup> Cp. Dreste—*La justice administrative en France*, изд. I, стр. 220, «Tout droit d'une naissance à une action, et toute action doit avoir un juge».

<sup>2</sup> Cp. § 2 закона 22 окт. 1875 г., Lemayer, ук. соч., Löning—*Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift f. Gesetzgebung und Praxis*, 1880, VI.

росов судоустройства, которые непосредственного отношения к материальному праву не имеют<sup>1</sup>.

Установив отношение между процессами — гражданским, уголовным, административным и соответствующими материальными правами, как отношение самостоятельных научных дисциплин, научная мысль не могла вместе с тем не обратить внимания на значительные черты сходства, а нередко и совпадения процессуальных институтов между собою во всех указанных процессах. А это явление послужило поводом к появлению новой, еще весьма мало разработанной доктрины, связавшей три (главные) процесса в одно целое и провозгласившей, что наука процесса едина, что отдельные процессы есть лишь отдельные отрасли единой науки процессуального или судебного права.

Еще Бауэр в 1827 г. писал, что уголовный процесс является не частью уголовного права, а частью процессуального права<sup>2</sup>. Иеринг уже в первом издании своего труда «Цель в праве» (1877 г.) рассматривает процессы, как виды единой судебной защиты<sup>3</sup>. Тот же характер носят и замечания Жуссерандо<sup>4</sup>.

В русской литературе рассматриваемая нами доктрина нашла серьезных сторонников среди процессуалистов-криминалистов.

Так, И. Я. Фойницкий пишет: «Примыкая к уголовному праву по содержанию и задачам, уголовное судопроизводство стоит в самой тесной связи с процессом гражданским по построению и по форме. Вместе с ним оно образует систему судебн-

<sup>1</sup> Например, наше судоустройство до и после 20 ноября 1864 г. представляет коренное различие, а материальные кодексы (угол. и гражд.) остались без изменения.

<sup>2</sup> «Kein Theil des Criminalrechts, sondern ein Theil des Processrechts» — Lehrbuch d. Strafrechtswissenschaft, 1827, стр. 4.

<sup>3</sup> Ihering—Zweck im Recht, I изд., гл. VIII.

<sup>4</sup> Jusserandot—Du pouvoir judiciaire, 1878, стр. 8, 9, 17.

Некоторые ученые — одни, исходя из указанной мысли, другие, задаваясь сравнительно-правовыми целями, предприняли попытку одновременной разработки институтов гражданского и уголовного процессов (John, Heinze, Kries, Stein), см. Розин — Угол. судопр., II изд., прим. 26.

Характерное явление встречаем мы в судебной практике в литературе: постоянное восполнение недостающих норм административного процесса соответствующими нормами гражданского процесса — что прямо установлено нашим законом об админ. судах (ср., напр., Friedrichs—Verwaltungsarchiv, VII и ст. 92 закона 30 мая 1917 г.). Это явление встречается и в отношениях между уголов. и гражд. процессами (ср., напр., п. 8 ст. 246 У.Гр.С. и др., § 37, 325, 419, 495 и др. D. Str. P. O.).

ного права, ее второй член, подле которого постепенно развивается новый, третий член той же системы, административная юстиция»<sup>1</sup>.

Более подробно данное воззрение развито Н. Н. Розиным и в особенностях И. В. Михайловским<sup>2</sup>.

Проф. Михайловский, рассмотрев черты сходства и различия уголовного и гражданского процессов и находя общность в предмете и в основных вопросах у обеих наук, однородность материала и совпадение массы частностей и вместе с тем незначительность и не принципиальный характер различий между ними, пришел к выводу, что «оба процесса должны слиться в одну науку — судебное право, причем особенности уголовного и гражданского судопроизводства составят лишь специальные вопросы (отделы, главы или параграфы) этой единой науки». Кроме уголовного и гражданского процесса в состав единой науки судебного права — по мнению названного ученого — должен войти и административный процесс<sup>3</sup>.

К изложенной точке зрения примкнул и проф. Таубер<sup>4</sup>, давший у нас и пример совместной разработки институтов уголовного и гражданского процессов<sup>5</sup>.

Указанная доктрина заслуживает серьезного внимания. Современное состояние науки дает — нам думается — основание говорить о процессе, о процессуальном праве как о единой науке будущего. Объединение, нам кажется, не встретит принципиальных препятствий, оно подготовляется направлением развития различных процессов, как научных дисциплин и тенденциями законодательной политики в области процесса. Но при этом нельзя не отметить, что как в области сравнительного изучения различных процессуальных институтов, так и в области законодательства далеко не все, точнее очень немногое сделано для указанного объединения. В этом направлении еще необходима значительная работа.

<sup>1</sup> Курс уголов. судопр., 4 изд., I , стр. 4.

<sup>2</sup> См. Михайловский — Основные принципы организации уголовного суда, 1905 г., стр. 93 и др. Его же — Судебное право, как самостоятельная юридическая наука. Право, 1908, № 32, Розин — Процесс как юридическая наука. Ж.М.Ю., 1910, 8, его же, Угол. судопроизводство, введение.

<sup>3</sup> См. указанную статью в Праве.

<sup>4</sup> Уголовный приговор и частное определение и их обжалование — Ж. угол. права и процесса, 1913, № 2.

<sup>5</sup> См. Вестн. Гр. Права, 1917, № 1 и 2, статью: Иск, обвинение и состязательное начало.

Наш вывод может быть подтвержден анализом основных положений процесса.

Право на иск, будет ли этот иск гражданским, уголовным или административным, имеет одну и ту же природу. Иск есть притязание, обращенное к государству в лице суда о постановлении объективно правильного судебного решения. Такое притязание может принадлежать частному лицу по поводу нарушения его субъективных гражданских прав другим частным лицом, по поводу нарушения его субъективных публичных прав органом государственной власти или самому государству по поводу нарушения правопорядка.

Природа иска не изменяется от того, что одной из сторон в процессе выступает государственная власть, в лице того или другого из своих органов — что представляет обычное явление в процессе административном и уголовном. Задача суда: установить право, в случае надобности охранить от нарушения и осуществить его<sup>1</sup>. Право, которое должен установить суд, может быть различно: субъективное гражданское право, субъективное публичное право, право государства на наказание — вследствие этого в зависимости от содержания и свойства материальных прав должны быть проведены и известные различия в организации процесса, но задача суда во всех указанных случаях остается одной и той же. Если суд должен установить право, если установление права и охрана его в борьбе с неправдой и составляет задачу правосудия, в соответствии с этой задачей — целью (постулатом) процесса, всякого процесса, является достижение материальной истины, т.е. соответствие решения норме права (правомерность) и действительным обстоятельствам дела (материальная правда в узком смысле). И суд должен быть поставлен в такое положение, чтобы он мог достичь этой цели, т.е. процесс должен быть организован соответствующим для достижения материальной истины образом, сохраняя при этом, конечно, важнейшее приобретение современного правового государства — права личности<sup>2</sup>.

Между прочим нам представляется совсем неправильным

<sup>1</sup> Проф. Гредескул сводит роль суда к распознаванию права, см. К учению об осуществлении права, стр. 230. Безусловно распознавание или установление права — основная задача суда, но суд не всегда ограничивается конкретным установлением права, а нередко должен принять и меры к его охране и осуществлению.

<sup>2</sup> Как наилучшим образом осуществить такое задание, — это вопрос политики процессуального права.

высказываемый некоторыми учеными взгляд, что цели уголовного и гражданского процессов расходятся, что целью первого является достижение материальной истины, а второй ограничивается достижением истины формальной<sup>1</sup>. Это — заблуждение. Плохо то правосудие, которое ограничивает свои задачи достижением формальных результатов, такое положение ограничит сознательным допущением неправосудия. Суд должен установить право действительно существующее, а не формальное право. Формальная истина есть фикция истины, принимаемая за таковую предписанием закона — при невозможности или крайней затруднительности раскрытия материальной истины. Подобное положение допустимо только в редких исключительных случаях, но не может служить основанием организации процесса, как социального института, не может служить фундаментом отправления правосудия. В таком случае установление действительно существующего права, правильное распознавание права может быть лишь случайным результатом судопроизводства. И гражданский, и уголовный, и административный процессы одинаково имеют верховным постулатом истину, одинаково должны стремиться к достижению материальной истины<sup>2</sup>. И если организация процесса (гражданского, уголовного или административно-

---

<sup>1</sup> Ср. Wach — Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, 2 изд., 198 стр., Zachariae — Handbuch des Strafprocesses, 1860, I, 39, Тальберг — Учебн., 13.

<sup>2</sup> Ср. Азаревич — Правда в гражд. процессе. Ж. Гр. и Уг. Права, 1888 г., кн. 1, Энгельман — Курс гражд. судопр., Ortloff — Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, 858, § 8, Canstein — Rat. Grundlagen, стр. 2. Последние двое верховным принципом процесса считают справедливость, а материальную истину решения вытекающей из нее. Чувство справедливости должно помогать судье в сомнительных случаях, но не может служить верховным принципом процесса вследствие своей субъективности. Решение судьи должно покояться на объективных данных. Правильно говорит Binding: «Das Recht bedarf eines Gerichts, welches Recht und nichts als Recht spricht, welches daher mit der nötigen Einsicht und der nötigen unabhängigen Kraft ausgestattet werden muss seinen erhabenen Beruf zu erfüllen», см. его Die drei Grundfragen des Organisation des Strafgerichts, стр. 2. Ср. проф. Владимиров: «Суд имеет одну цель — правосудно решать дела. Правосудное же решение дел складывается из правильного установления достоверности фактов и точного применения к ним закона. Хорош закон или не хороший, получается ли благие общественные последствия или дурные из данного приговора — все это суда не касается. Его дело — установить факт и применить закон» (Зашитительные речи и публичные лекции, стр. 344).

го) в положительном праве того или другого государства лишает суд возможности установить материальную истину и ограничивает задачи суда достижением истины формальной — значит, в этом государстве неправильно организовано правосудие и процесс требует серьезной реформы, но это не значит, что так и должно быть, что какой-либо процесс по своему существу ограничивается установлением формальной истины.

Проф. Е. В. Васьковский находит<sup>1</sup>, что верховной и конечной целью гражданского процесса является не установление материальной правды, а « осуществление материальных гражданских прав ». С основным свойством этих прав — свободой распоряжения ими — и должна считаться конструкция процесса, чтобы не впасть в разлад с действительностью; отражением указанного свойства гражданских прав в гражданском процессе и является принцип диспозитивности. В другом месте тот же ученый указывает, что государство заинтересовано в охранении публичного правопорядка. « Но для него не представляет непосредственного интереса осуществление частно-правового порядка: государству совершенно безразлично, уплатит ли Иванов свой долг Петрову, внесет ли квартиронаниматель Федоров наемные деньги домовладельцу Григорьеву и т.д. » Поэтому государственная власть принимает необходимые меры к охране и восстановлению публично-правового порядка, ограничивается относительно осуществления частного правопорядка надлежащей организацией органов судебной защиты, к посредничеству которых граждане, если найдут нужным, и могут обратиться за разрешением их споров<sup>2</sup>.

Но осуществление материальных гражданских прав является самоцелью только с точки зрения отдельных лиц, для государства же служит средством для поддержания правопорядка. И, следовательно, при организации процесса должны быть приняты во внимание не только интересы отдельных лиц и свойства принадлежащих им гражданских прав, но и интересы правопорядка, интересы публичные. И не вполне верно (в общей форме даже неверно) утверждение, что для государства безразлично, уплатит ли Иванов свой долг Петрову и т. п. В отдельном конкретном случае — да, безразлично. Но для государства не может быть безразлично, чтобы подобное явление стало общим, чтобы кредиторы были лишены возможности получить долги и

<sup>1</sup> К вопросу о значении признания в гражд. процессе. Право, 1915, стр. 361, ср. Ortloff — ук. соч., §§ 11—13, Случевский — Учебн. рус. угол. проц., 1 изд., стр. 12.

<sup>2</sup> Курс гражд. процесса, 384.

т.п. Государство существенно заинтересовано в том, чтобы действительный кредитор мог получить удовлетворение от действительного должника и чтобы такое положение являлось общим правилом. Следовательно, процесс должен быть так организован, чтобы суд мог установить действительное отношение между сторонами, найти материальную правду. Только такая организация процесса внушает уважение к закону и суду, укрепляет правовой порядок и способствует правильному развитию гражданского оборота.

Неправилен и тот взгляд, согласно которому установление материальной истины связано с инквизиционным процессом, который будто бы более пригоден для этого. Вовсе нет. Инквизиционный уголовный процесс превращал обвиняемого в объект исследования, вплоть до полного физического воздействия на него, однако наука и судебный опыт в достаточной мере выяснили, что эти приемы не способствовали открытию истины. И новый обвинительно-состязательный (и чисто состязательный) уголовный процесс, ставя обвиняемого перед судом в положение равноправной стороны, отнюдь не препятствует, а, наоборот, способствует исследованию истины. Равным образом, было время, когда гражданский следственный процесс возлагал все исследование дела на суд, но такая конструкция процесса не более, а даже менее, способствовала выяснению истины, чем современный состязательный процесс. Современное правовое государство не может рассматривать сторону в процессе, личность как объект исследования, личность в современном государстве не объект, а субъект права. С этим основным положением не может не считаться организация процесса, но это обстоятельство, отнюдь, не препятствует установлению материальной истины.

Таким образом, право на иск (уголовный, гражданский, административный) имеет одну и ту же природу, задача суда (уголовного, гражданского, административного) одна и та же — установить право, осуществить и охранить его, верховным постулатом всякого процесса является постулат материальной истины. Следовательно, основные предпосылки процесса совпадают во всех трех его видах.

Совпадают далее и основные принципы судоустройства.

Положения, что суд должен быть органом власти, что власть должна принадлежать суду независимо от соглашения сторон, в силу закона одинаково относятся к каждому суду (гражданскому, уголовному, административному). Принцип единства суда, объединения всего правосудия в стране (с устранением всех специальных судов) является также общим принципом. Принцип

разделения властей и независимости судебной власти от власти исполнительной носит общий характер. Принципы несменяемости судей и несовместимости судейских должностей с другими должностями и занятиями на государственной, общественной и частной службе также представляют требования общего характера. Единоличное и коллегиальное устройство судов и инстанционная система в одинаковой мере применимы к суду гражданскому, уголовному и административному. Вопросы о способах замещения судейских должностей, о наградах судей и повышениях в должностях, о надзоре за судьями и об ответственности их носят аналогичный общий характер и одинаково применимы ко всем судам. Принцип доступности суда для населения (достаточное количество судов, т.е. близость суда к населению, ведение производства на понятном для населения языке, дешевизна производства) носит общий характер. Таким образом, указанные основные положения судоустройства совпадают.

Но есть и некоторые различия в судоустройстве. Важнейшими из них являются: 1) участие присяжных заседателей в деятельности суда уголовного на континенте и отсутствие их в деятельности суда гражданского и административного<sup>1</sup>; 2) устройство в некоторых странах для разрешения вопросов публичного права специальных административных коллегий в ведомстве управления (особых административных судов), основанное на той теории, что деятельность административной юстиции не является деятельностью судебной, а представляет особый вид административной деятельности («администрация в судебной форме»), поэтому и разрешение споров публичного права должно быть передано не судам, а администрации — что ведет к полному отрицанию для административной юстиции вышеупомянутых основных положений судоустройства; 3) указываемая представителями той же теории необходимость особой подготовки для административных судей сравнительно с судьями по гражданским и уголовным делам.

Рассмотрим эти различия.

Вопрос об участии присяжных заседателей в отправлении правосудия не создает принципиального различия в организации

---

<sup>1</sup> Мы не касаемся здесь других форм участия народного элемента в судебной деятельности: шоффенов, выборных представителей от известных групп населения (в торговых, промышленных и других судах и т.п.). Эти формы народного элемента 1) не имеют такого значения, как участие присяжных заседателей, 2) одинаково допускаются и (отрицаются) для разного типа судов.

уголовного и гражданского суда. Прежде всего, необходимо отметить, что суд присяжных, перешедший на континент из Англии, возник в Англии первоначально для гражданских дел, сначала в форме так называемых *assisi*, т.е. в виде местных старожилов, на разрешение коих ставились судом спорные вопросы о земельных участках, а затем в форме *jurata* — для разрешения под руководством суда фактических вопросов возникшего между сторонами спора на основании знакомства с обстоятельствами дела. Эта последняя форма позднее (XIII, XIV вв.) перешла в уголовный процесс. Постепенно *jurata* в обоих процессах приняла характер суда современных присяжных заседателей. Из Англии суд присяжных, под влиянием идей великой французской революции, перешел на континент Европы, но здесь он получил развитие, главным образом, в процессе уголовном. В процессе же гражданском, суд присяжных заседателей применяется в Англии и ее колониях, в Соединенных Штатах Северной Америки, факультативно в Португалии, а также в некоторых других государствах нашего континента<sup>1</sup>. Таким образом, вопрос об участии присяжных заседателей в отправлении правосудия не создает принципиального различия в организации суда<sup>2</sup>.

Что касается вопроса о том, какова должна быть организация административной юстиции, должна ли административная юстиция быть органом юстиции или администрации, то по этому вопросу существует два направления научной мысли, два противоположных взгляда. Одни ученые являются решительными сторонниками подчинения вопросов публичного права компетенции общих судов (доктрина единой юстиции), другие — компетенции администрации в виде особых судебно-административных коллегий, учреждаемых в ведомстве управления (доктрина специальных административных судов). Двум направлениям теоретической мысли соответствуют и две системы организации административной юстиции на практике. Система единой юстиции принята в Англии, Северо-Американских Штатах, Швейцарии, Дании, Норвегии, Бельгии. Система специальных коллегий в

<sup>1</sup> Если не ошибаемся, еще в Голландии и Швеции, но в настоящий момент лишены возможности навести необходимую справку.

<sup>2</sup> Мы считаем излишним подробнее останавливаться на данном вопросе. Он имеет громадную литературу, которая указана у Glaser'a—Handbuch, § 16, примечания и в др. учебн., у Михайловского — Основные принципы, стр. 191—193, в курсе Васьковского, в учебниках Фойницкого и Случевского и у других авторов.

ведомстве управления действует во Франции, Испании, Португалии, Пруссии и других германских государствах<sup>1</sup>.

Рассмотрим главные доводы представителей той и другой доктрины. Первая доктрина основывается на том основном положении, что всякий спор (вопрос) о праве публичном должен составлять компетенцию судебных установлений, как всякий спор (вопрос) о праве гражданском входит в компетенцию этих установлений. Другими словами, всякий спор о праве независимо от содержания этого права — публичное оно или частное — должен быть подведомствен общему суду, действующему с присущими ему гарантиями<sup>2</sup>.

Сторонники противоположной доктрины основываются: 1) на принципе разделения властей, который требует сосредоточения вопросов административного права в ведении административной власти; 2) на принципе невмешательства юстиции в деятельность администрации — что создает подчинение администрации судебной власти, лишает ее должностной самостоятельности, мешает нормальному развитию административной деятельности по управлению государством и ведет к смешению функций судебных и административных; 3) на неподготовленности судей общих судов к разрешению вопросов публичного права и на незнакомстве их с конкретной административной деятельностью (вопросы факта, целесообразности)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> В Италии действует смешанная система: вопросы публичного права подчинены общим судам, но некоторые из них специальным судам (административным юнтом). Ср. Грецию. В Австрии существует единый высший административный суд, стоящий вне ведомства юстиции и внутр. дел.

<sup>2</sup> Ср. L. Stein—Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege, VI, Bähr—Der Rechtsstaat, стр. 54—73, Westerkamp—Ueber die Reichsverfassung, гл. VI, Schmitt—Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege, 1878, гл. X, XI, Jacquelin — ук. соч., вся английская литература, см. Дайси — Основы государ. права Англии, Корф—Административная юстиция в России, т. 2, кн. 3, гл. 2, Лазаревский и др.

<sup>3</sup> Так смотрит почти вся французская литература и большая часть немецкой. Darest—La justice admin. en France, ч. 2, гл. 1, 3, Laferriere — Traité, 1896, I, § II, Hauriou — Precis, стр. 821—823, Ducrocq Cours, II, § 436—440, Jese—Les principes généraux du droit administratif, 1904, 115 п. сл., Gneist—Der Rechtsstaat, гл. X, E. Meier—Das Verwaltungsrecht, III, C, Brauenbehrens—Betrachtungen ueber d. Verwaltungsrechtspflege in Preussen, гл. V, G. Meier—Lehrbuch d. deutsch Verwaltungsrechtes, Kissling—Beiträge zur Theorie d. Verwaltungsrechtes, § II и др.

Все приведенные соображения, с нашей точки зрения, не выдерживают серьезной критики.

Принцип разделения властей, на который обычно ссылаются французские ученые, приводится ими по исторической традиции (закон 16—24 августа 1790 г. и § 3 конституции 3 сентября 1791 г.). В действительности, этот принцип не может служить основанием для отнесения административной юстиции к ведомству администрации, а скорее, доказательством противного положения<sup>1</sup>. Спорные вопросы права в правовом государстве призваны разрешать судебные установления, а не администрация. В этом заключается основная компетенция суда. Таким образом, именно в силу принципа разделения властей, административная юстиция должна быть передана судебным установлениям. Во-вторых, принцип разделения властей вовсе не означает их полного разобщения. Государственный суверенитет один, и государственная власть едина. Она проявляется в трех главных функциях (властиах): законодательной, исполнительной и судебной. Эти функции разделены, находятся в руках разных органов, но это разделение не носит абсолютного или исключительного характера. Между указанными функциями или властями должно существовать и существует на практике известное взаимоотношение<sup>2</sup>. Это взаимоотношение определяется, как подчинение властей исполнительной и судебной — власти законодательной, как подзаконность судебной и исполнительной властей<sup>3</sup>.

Подзаконность судебной власти достигается правильной организацией судоустройства, возможностью обжалования решения суда в порядке инстанций, надзором высшего суда, контролем парламента. Подзаконность административной власти охраняет-

<sup>1</sup> Так, например, Hauriou—Précis, 1901, на стр. 721—723 ссылается в обоснование французской организации админ. юстиции на принцип разделения властей, как он был выражен в законодательстве великой революции, а на стр. 18—19 того же издания убедительно доказывает, что полного разделения властей на практике не существует и в качестве доказательства приводит между прочим отнесение функций административной юстиции к ведению администрации, т.е. считает эти функции по существу функциями судебной власти.

<sup>2</sup> Интересно, например, сравнить конституцию С.-А. Соед. Штатов, построенную на принципе полного разделения властей и парламентарную практику этой страны.

<sup>3</sup> Esmein—Eléments de droit constitutionnel, 2 изд., стр. 284, Dugui — La séparation des pouvoir et l'assemblée national de 1789, Hauriou—т. ук. соч., 20, ср. Jousserandot—Du pouvoir judiciaire, гл. 2, Гессен — Теория правового государства. В. Права, 1905, I, 115, Лазаревский — Лекции, I, 37.

ся жалобой по начальству, ведомственным надзором, парламентарным контролем и контролем судебным. Таким образом, принцип разделения властей вовсе не требует оставления административной юстиции в руках администрации, а вследствие необходимой для правового государства подзаконности административной власти служит основанием к подчинению вопросов публичного права ведению общих судов.

Принцип невмешательства также не имеет отношения к данному вопросу. Юстиция и в вопросах публичного права остается юстицией, т.е. разрешает спорные вопросы права. Она не вмешивается в активную деятельность администрации, а проверяет действия последней, с точки зрения соответствия их закону, контролирует закономерность действия администрации, соблюдение ею установленных законом пределов. Даже в случае обжалования дискреционных распоряжений администрации судебная власть проверяет последние с точки зрения их закономерности, но не внешней закономерности: соблюдения установленных законом внешних пределов власти, а внутренней закономерности: соответствия этих распоряжений той цели, для достижения которой предоставлено администрации законом соответствующее полномочие<sup>1</sup>. Такое положение создает не подчинение исполнительной власти судебной (об этом можно говорить, только закрыв глаза на действительность), а подчинение исполнительной власти закону, подзаконность ее — что является необходимым условием правового государства.

Подчинение вопросов публичного права судебным установлениям будто бы мешает административной деятельности. Отмена незаконного распоряжения администрации или предписание выполнить законом возложенные обязанности нельзя рассматривать как помеху администрации, как вмешательство в ее действия. Это лишь судебное установление правоотношения между истцом и ответчиком на основании закона, облеченнное принудительной силой. Административная юстиция не вмешивается в нормальную закономерную деятельность администрации, она лишь признает незакономерными действия последней, выходящие из границ, отведенных ей законом, восстанавливает нарушенное право.

Исполнительная или административная власть управляет государством. По самому существу своему власть административная пользуется известным простором, известной свободой при осуществлении возложенных на нее задач. Закон не может преду-

---

<sup>1</sup> Франц. доктрина *détournement de pouvoir*, ср. п. 1 ст. 1 закона 30 мая 1917 г. об административных судах.

смотреть всех случаев, регламентировать все действия административной власти, он предусматривает лишь общие положения, устанавливает известные границы, в пределах которых административной власти предоставляется известная свобода действий. Разрешение некоторых вопросов закон предоставляет дискреционному усмотрению административной власти. Вручая такие обширные полномочия администрации, необходимо позаботиться о контроле над ее действиями, о надзоре за ней. Органы администрации в увлечении своей властью, естественно, склонны превысить свои полномочия, могут неправильно применить закон, ошибочно его толкя, или добросовестно заблуждаясь, могут нарушить пределы ведомства других органов власти и субъективные публичные права граждан. И эти нарушения случаются тем чаще, оказываются тем более серьезными, чем меньшему контролю подлежит администрация.

Таким контролем может быть контроль высшей административной власти, контроль печати, контроль парламента и контроль суда. Самым компетентным и действительным контролем над действиями администрации, какой знает теория и практика управления, и является контроль независимого суда, которому и должно быть передано разрешение спорных вопросов публичного права.

Смещение судебных и административных функций нежелательно. Но такого смещения и не происходит при разрешении спорных вопросов публичного права общими судами. Оно, наоборот, имеет место в системе специальных административных коллегий с судебными функциями (особых административных судов). Причем при таком смещении необходимо различать два положения: возложение на юстицию некоторых административных функций («администрация посредством юстиции» — выражение Гнейста относительно английской системы местного управления) — это положение более соответствует идее правового государства нежели обратное, — возложение на администрацию судебных функций, которое защищают сторонники рассматриваемого взгляда (по мнению Мюллера и др., административная юстиция — прусская — просто администрация в судебных формах). В первом случае мы имеем административную деятельность, совершающую независимыми самостоятельными судьями с соблюдением всех гарантий правильного отправления правосудия, во втором — судебную деятельность, отправляемую зависимыми от начальства, сменяемыми по его воле чиновниками, действующими нередко без необходимых гарантий соблюдения прав сторон. Ясно, что первая система лучше второй.

Что касается указаний на неподготовленность судей, на незнакомство их с административной деятельностью — то эти практические соображения имеют еще меньше значения, нежели теоретические.

Юристы в университете получают одинаковую подготовку, как по частному, так и по публичному праву, а в дальнейшей деятельности углубляют свои познания и приобретают необходимый опыт. Сведущих в области публичного права и опытных в административной деятельности юристов найти можно, и привлечь их к судебной деятельности не так трудно — лишь бы законодатель открыл к тому возможность. Пример Англии, Бельгии и других стран служит достаточно надежным примером деятельности общей юстиции в административных делах<sup>1</sup>.

Таким образом, доводы, приводимые противниками системы единой юстиции, не представляются серьезными и на практике система единой юстиции действует вполне удовлетворительно.

Наоборот, что касается специальных судебно-административных коллегий по делам административной юстиции, то их устройство вызывает серьезные возражения теоретического характера, а их практическая деятельность усиливает эти возражения.

Чиновники в роли административных судей не пользуются судебной самостоятельностью, независимостью и несменяемостью. Они подчинены начальству, подвержены влиянию последнего. Таким образом, администрации открыта широкая возможность влияний на административный суд.

Чиновники в роли административных судей обычно соединяют с судебными функциями и функции чисто административные. Это 1) создает нежелательное смешение активной администрации с юстицией (в вышеотмеченном худшем ее виде возложения на администрацию судебных функций); 2) приводит к тому, что администрация является судьей в собственном деле (как вообще, так нередко и в частности). Так, предоставление разрешения жалоб на администрацию (исков к последней) административным же коллегиям делает последних судьями в собственном деле. В частности жалобы, приносимые на действия должностных лиц, имеют нередко в виду такие действия последних, которые совершены по приказу членов судебно-административных коллегий, как администраторов, или вызваны общими распоряжениями последних, или же соответствуют общему направлению их административной деятельности, с которой подчиненные сильно считаются. Во всех этих случаях члены судебно-административных коллегий (французских префектур, прусских уездных и

<sup>1</sup> Равно как и опыт России с передачей дел админ. юстиц. и общим судам на осн. закона 30 мая 1917 г.

окружных комитетов) являются судьями непосредственно в собственном деле.

И практика подтверждает эти опасения, например, деятельность французских советов префектур. Члены этих советов назначаются министром, находятся под начальством и в полной зависимости от префекта, который является и председателем совета. Вся их дальнейшая карьера зависит от префекта. И деятельность советов префектур вызывает серьезные нарекания во французской литературе, в парламенте. В законодательные палаты вносились много проектов их реформы, но все эти проекты разбивались о сопротивление администрации. Как метко и правильно замечает Дайси о французской системе административной юстиции, «административные суды поддерживаются потому, что они всегда действуют в интересах администрации»<sup>1</sup>. Едва ли подобные коллегии могут претендовать на высокое название суда. Государственный Совет во Франции, эпохи III республики, не вызывает таких нареканий, как советы префектур, но и здесь члены совета не пользуются юридически несменяемостью, мало того, назначаются на срок (9 лет) и также совмещают деятельность чисто административную с судебной.

Лучше чем во Франции организованы низшие административные суды в Пруссии, в состав которых входит выборный элемент: уездный комитет (управа) состоит из председателя — ландрата и 6 выборных уездным собранием членов, окружной комитет из регионгспрезидента, 2 членов по назначению и 4 по выборам. Но и здесь члены комитетов не пользуются независимостью и несменяемостью и соединяют функции активного управления с функциями судебными в значительно большей степени, чем французские советы префектур. Уездные комитеты являются органами уездного административного управления и вместе с тем органами административной юстиции, отличаясь во второй своей деятельности только особыми формами судопроизводства. Окружной комитет является органом активного окружного управления. Благодаря этому и уездный и окружной комитеты, рассматривая дела подчиненных должностных лиц и учреждений, являются нередко судьями в собственном деле. Все это не может не вызывать сомнений и нареканий<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См. Дайси — Основы, 1905, стр. 371, Jése—La reform des Conseils de préfecture. Bulletin de la Société des études législatives, 1909, а также Jaquelin, ук. соч.

<sup>2</sup> Третья инстанция (Высший Админ. Суд) организована в Пруссии и др. германских государствах по образцу общих судов: члены его поставлены в положение, аналогичное с членами имперского суда, пользуются общесудейскими прерогативами — независимостью, несменяемостью и т.п.

По образцу французской административной юстиции организована административная юстиция в Испании и Португалии; по образцу Пруссии — в других германских государствах.

По изложенным теоретическим и практическим соображениям мы и являемся сторонниками системы единой юстиции: всякий вопрос о праве, будет ли это право гражданским, публичным или правом на наказание, подлежит ведению общих судебных установлений<sup>1</sup>.

Таким образом, организация суда уголовного, гражданского и административного возможна и должна быть единой, основы судоустройства — одни и те же.

Перейдем к дальнейшему сравнительному обзору институтов процесса и остановимся, прежде всего, на принципах процесса.

Большинство из принципов применимы к каждому процессу, представляют общие требования, но есть и известные различия, особенно подчеркиваемые некоторыми учеными.

**Принцип диспозитивности.** Субъективные гражданские права отличаются особым свойством — свободной распоряжаемостью или диспозитивностью: они могут быть свободно приобретаемы, подлежат полному распоряжению владельца и, в частности, могут быть отчуждаемы безвозмездно или за вознаграждение. Та же свобода распоряжения принадлежит владельцу субъективного гражданского права и в отношении процесса. Если субъективное гражданское право нарушено, обладатель его волен обращаться к суду за защитой или не обращаться, предъявить иск в полной сумме убытка или в части. Господствующая доктрина переносит начало диспозитивности и в самый процесс (гражданский)<sup>2</sup>. Если субъективным гражданским правом можно распоряжаться до процесса, если от него можно совсем отказаться, то по мнению господствующей доктрины нельзя лишить обладателя его права свободного распоряжения принадлежащим ему субъективным гражданским правом во время процесса; поэтому истец вправе отказаться от иска, помириться с противником, признать его заявления или возражения, в известных случаях покончить дело присягой (распоряжение субъективным гражданским правом в процессе — материальная диспозитивность). Если

<sup>1</sup> Это не мешает, конечно, учреждению в общих судах особых отделений и департаментов по делам административной юстиции, как и по делам уголов. и гражд. Ср. Leuthold—Öffentliche Interesse und öffentl. Klage im Verwaltungsrechte. Annalen d. deutsch. Reiches, 1884, 437 стр.

<sup>2</sup> Canstein—Rat. Gr. II, 169 и сл., Lehrbuch—I, 344—346, Wach—Vorträge, 54 и сл., Endemann—Deutsch. Civilprocess, I, 436, Menger—System d. öster. Civ.-pr.-rechts, 250—252, Васьковский — Курс, I, 367 и сл.

стороне в процессе принадлежит распоряжение самим субъективным правом — ей должно принадлежать и распоряжение процессуальными средствами борьбы для защиты этого права: приводить доказательства или не приводить их, обжаловать решение суда или нет и т.п. (формальная диспозитивность).

Субъективные публичные права и право на наказание не подлежат свободному распоряжению. Поэтому принцип диспозитивности не применим в уголовном и административном процессе<sup>1</sup>. В этом большинство ученых видят принципиальное различие между гражданским процессом, с одной стороны, уголовным и административным с другой<sup>2</sup>.

Равноправность сторон в процессе. В современном процессе стороны признаются принципиально равноправными. Это начало не только определено проведено в гражданском процессе (ср. ст. 4, 312, 338 и др. Уст. Гр. С.), где обычно спорят частные лица, но также в уголовном и административном, где по общему правилу одной из сторон является само государство в лице его агентов (ср. 610 ст. У. Уг. С., ст. 52 и др. закона 30 мая 1917 г.). В современном правовом государстве личность субъект права, такой она является и в процессе, в частности и в уголовном процессе. В целях достижения материальной истины, в целях ограждения прав личности обвиняемому должны быть предоставлены все права стороны в (уголовном) процессе, все законные средства для защиты. Было бы недостойно правового государства, если бы оно, вооружая своего представителя в процессе необходимыми средствами в целях защиты правопорядка — лишило бы частных лиц необходимых средств для защиты своих субъективных прав и в частности против нападения (например, обвинения) представителя государственной власти. Принцип равноправия сторон в процессе представляет не только проявление справедливости, но и одно из проявлений общей конструкции правового государства. Поэтому необходимо допущение защиты в предварительное следствие, чего нет в нашем Уст. Уг. Суд., представляется принципиально неправильным предоставление прокурору больших прав, нежели обвиняемому по вызову свидетелей, как это установлено ст. 573—576 Уст. Уг. Суд. или неравенство сторон в процессе по делам о диффамации (1213 У.Уг.С.).

---

<sup>1</sup> Ср. ст. 4 и 718, 1357, 480, 485 Уст. Гр. С., 19, 680—682, 518, 523—525, 528, 740 Уст. Уг. С., 56, 57 закона 30 мая 1917 г.

<sup>2</sup> Случевский — Учебник, стр. 12, Birkmeyer—Deutsches Str.-pr.-recht, стр. 65—66, Ortloff—Das Strafverfahren, § 13 и др.

Состязательность. Право (и обязанность) сторон на собирание фактического материала и приведение доказательств по делу, свободное состязание сторон перед беспристрастным третьим судом составляет общее явление для гражданского, уголовного и административного процесса (с большим или меньшим добавлением официального начала). Принцип состязательности есть выражение самодеятельности сторон в процессе.

Многие ученые различают состязательный принцип и состязательную форму, как в гражданском (*Verhandlungsmaxime*, *Verhandlungsform*), так и в уголовном (*Anklageprinzip*, *Anklageform*) процессе<sup>1</sup>. И некоторые ученые полагают, что в уголовном процессе применима лишь состязательная форма, а не состязательный принцип, и в этом видят различие между уголовным и гражданским процессом<sup>2</sup>.

Руководство суда: формальное и материальное. Процесс есть институт публичного права, суд действует как орган государственной власти в интересах поддержания правопорядка. Стороны обращаются к суду за установлением права. И суду должна принадлежать руководящая роль в развертывающемся перед ним споре сторон. Руководство суда прежде всего относится к формальной стороне процесса: суд наблюдает за тем, чтобы процесс развивался в законом установленных формах — правомерно, последовательно и быстро, и принимает необходимые меры для этого. Формальное руководство принадлежит суду во всяком процессе. Но кроме формального, возможно и материальное руководство суда в процессе, под которым разумеется право суда *ex officio*, независимо от сторон принимать меры для установления материальной правды, например, по собиранию доказательств (*Instructionsmaxime Officialmaxime*). Это официальное начало сильно развито в процессах уголовном и административном, значительно слабее в процессе гражданском. Поэтому некоторые ученые видят в применении официального начала или инструкционного принципа принципиальное различие уголовного процесса с гражданским<sup>3</sup>.

Принцип непосредственности, т.е. личного ознакомления

---

<sup>1</sup> Stein—Das private Wissen des Richters, 87, Schrutka v. Rechenstamm—Stellung d. Richters, 5, 6, Васьковский — Курс, 428, Ortloff—Das Strafverfahren, 50, Birkmeyer—Strafpr-recht, § 27, Mittermaier—Die Parteistellung, 114 и др. Cp. Glaser—Handbuch d. Str.-processes, I, 36 и прим. 11.

<sup>2</sup> Mittermaier—idem, Birkmeyer, ук. соч. 136, Stein—id, 88.

<sup>3</sup> Случевский — Учебник, 12, 13, Тальберг — Русское угол. судопр-во, 13, Birkmeyer — ук. соч. 65, 136, 137 и др.

суда с фактическим материалом по делу одинаково применим к гражданскому, уголовному и административному процессу. Чем меньше посредствующих инстанций между судом и исследуемыми фактами, тем больше оснований для правильного вывода суда, тем ближе решение суда к материальной истине.

Устность и письменность представляют те формы, в которых процессуальный материал сообщается суду. Нельзя сказать, чтобы какому-либо из процессов в отличие от других соответствовала которая либо одна определенная форма: устность или письменность. В истории процесса мы встречаем переходы от одной формы к другой, в современном процессе мы наблюдаем комбинацию обеих (в различных соотношениях).

Принципы гласности (для сторон) и публичности (для общества) представляют общее явление современного процесса.

Концентрация процессуального материала — в одном и том же судебном заседании и перед одним и тем же составом суда — полнее всего осуществляется в процессе уголовном, но и современные гражданские процессуальные кодексы принимают серьезные меры к проведению в жизнь этого принципа<sup>1</sup>, а за ними и административный процесс.

Принцип свободной оценки доказательств по их внутреннему достоинству составляет общее явление современного процесса.

Принцип процессуальной экономии (или постулат процессуальной экономии, как называют некоторые), требующий достижения большего результата с возможно меньшей затратой труда, выражением чего является быстрота производства и простота его, одинаково применим ко всем видам процесса.

Таким образом, применение принципа диспозитивности в гражданском процессе и отсутствие его в уголовном и административном, применение состязательного принципа и состязательной формы в гражданском процессе и только состязательной формы в уголовном и административном процессе, применение официального начала в уголовном и административном процессе и отсутствие его в гражданском, вот те существенные особенности в основных началах судопроизводства, коими отличается — по мнению многих ученых — гражданский процесс от уголовного и административного.

Рассмотрим эти особенности.

Понимание принципа диспозитивности господствующей доктрины не представляется нам правильным.

Субъективные гражданские права отличаются особым свой-

---

<sup>1</sup> Ср. § 178, 239 и др. австр. уст. гр. суд., § 222 венгер. уст. гр. с.

ством: свободной распоряжаемостью их. Гражданские права можно приобретать, передавать, отчуждать. Если гражданское право нарушено, его обладатель волен защищать или не защищать его. Из указанного свойства субъективных гражданских прав господствующая доктрина делает следующие выводы по отношению к процессу.

1. Если обладатель субъективного гражданского права может свободно распоряжаться им — отчуждать возмездно и безвозмездно, отказаться от него и т.д., то он может терпеть это нарушение или же обратиться к суду за защитой, но никто принудить его обратиться к суду за защитой не может: *nemo iuris agere cogitur*. И гражданские суды не могут начинать дела без просьбы истца по своей или чьей-либо посторонней инициативе: *nemo iudicis sine actore, kein Kläger kein Richter*. И задача суда ограничивается рассмотрением дела в пределах заявленной претензии, суд не выходит за пределы требования сторон: *ne eat iudex ultra petita partium*.

Указывают на то, что приведенные положения не применимы к уголовному (и административному) процессу.

Так, при гражданском правонарушении потерпевший не обязан обратиться в суд, не может быть принужден к этому, а при публичном правонарушении прокурор обязан возбудить дело. Но приведенное противоположение логически неправильно. При гражданском правонарушении потерпевшим и эвентуальным истцом является обладатель нарушенного гражданского права, а при публичном правонарушении потерпевшим и обладателем права на наказание является государство, прокурор же (истец) является только представителем государства. Вполне понятно, что ему не принадлежит право распоряжения наказанием, такое право принадлежит государству (право амортизации, помилования, амнистии). Прав Bennecke, который отмечает, что здесь только меняется субъект распоряжения. В том же случае, когда частному лицу предоставлено право распоряжения наказанием (дела частного обвинения) ему принадлежит и право прекращения дела, примирения с противником и т.п. По некоторым законодательствам прокурору предоставлено право по известным преступлениям возбуждать или не возбуждать уголовное преследование, см. § 416 герм. Уст. Уг. Суд. Аналогичное явление имеем мы и в гражданском процессе. Например, в случае причинения ущерба казне соответствующий представитель последней обязан предъявить иск, опекуны в интересах подопечных, душ-

приказчики по духовному завещанию обязаны прибегать к судебной защите<sup>1</sup>.

Положение: «нет истца, нет судьи» в общем применимо как к гражданскому, так уголовному и административному процессу, но более последовательно указанное правило проводится только в гражданском процессе, уголовный же и административный процессы допускают известное отступление от указанного положения<sup>2</sup>.

Что касается административного процесса, то в некоторых (в очень немногих) государствах административным судам предоставлено право начинать административный процесс *ex officio*. Но совершенно правильно указывает барон Корф, что это право есть не что иное, как пережиток старого ведомственного надзора<sup>3</sup>.

В уголовном процессе отступления от приведенного начала идут гораздо дальше.

Если оставить в стороне деятельность следователя<sup>4</sup>, которая носит предварительный характер и направлена на собирание материала для обвинительного акта, т.е. для предъявления иска прокурором, то и сам суд иногда начинает дело *sine actore*.

Согласно ст. 543 Уст. Уг. Судопр. производство в окружном суде по делам уголовным начинается: 1) по определению судебной палаты о предании обвиняемого суду; 2) по обвинительному акту прокурора, предложенному окр. суду; 3) по жалобе частного обвинителя. Дела, которые начинаются в суде по обвинительному акту прокурора или по жалобе частного обвинителя (523, 527 ст. У. У. С.), несомненно, начинаются по иску стороны. Точно так же дела, начинающиеся по определению

<sup>1</sup> По австр. праву см. Menger — System, стр. 52 и сл.

<sup>2</sup> Даже в гражд. процессе, строго проводящем начало *nemo iudex sine actore*, появилось исключение из него, созданное норвежским законодательством о внебрачных детях (три закона 1915 г.), которое возлагает на суд обязанность *ex officio* возбуждать дело о розыскании и признании отца внебрачного ребенка.

<sup>3</sup> Админ. юстиция в России, II, стр.

<sup>4</sup> Судебн. следователь приступает к предварительному следствию не только по жалобе потерпевшего и предложению прокурора, но также по сообщению частных и должностных лиц и даже по собственному усмотрению (ср. ст. 297, 298, 301 и др. У. Уг. С.). Только по иску (прокурора или потерпевшего) в герм. праве (ср. 151—153 D. Str. P. O.). В аналогичное положение со следователем у нас поставлен мир. судья (42 ст.), что вообще не вызывается существом дела и неизвестно герм. и австр. праву.

судебной палаты, если это определение соответствует обвинительному акту или жалобе потерпевшего (534 ст.) могут рассматриваться, как начавшиеся по иску стороны, а обвинительная камера судебной палаты играет здесь роль контролера над основательностью притязаний истца<sup>1</sup>. Но власть обвинительной камеры гораздо шире. В тех случаях, когда прокурор дает заключение о прекращении дела, а окружной суд не соглашается с ним, и судебная палата, на разрешение которой поступает дело в силу 528 ст. Уст. Уг. Суд., согласится с окружным судом, то определение судебной палаты заменяет обвинительный акт<sup>2</sup>. В силу 529 ст. Уст. Уг. Суд., судебная палата, если до ее сведения дойдет о прекращении судом дела неправильно, по собственной инициативе может потребовать дело на свое рассмотрение и дать ему движение, хотя бы на прекращение дела и не последовало жалобы потерпевшего. Так как обвинительная камера не представляет исключительно органа контроля и обвинения, а находится в составе судебной палаты и состоит из членов палаты, отправляющих вместе с тем и свои судебские обязанности, то оказывается, что в указанных случаях окружной суд начинает уголовное дело без истца, хотя и не по собственной инициативе, а по предложению другого высшего суда. Это явление представляет несомненное нарушение правила *nemo judex sine actore*, т.е. принципа диспозитивности.

По германскому уставу уг. суд. также возможно предание суду вопреки заключению прокурорского надзора о прекращении дела (202, 204 ст.<sup>3</sup>). Но как правильно указывает проф. Таубер, такое положение вещей не вызывается с необходимостью особенностями уголовного процесса.

Так, австрийскому праву неизвестно возбуждение обвинения перед судебным следователем и судом без требования обвинителя. Обвинительный акт, составленный прокурором (или в известных случаях частным обвинителем), сообщается обвиняемому и только в случае возражения последнего восходит для разрешения спора о допустимости обвинения в суд второй инстан-

<sup>1</sup> Ср. 1331 ст. У. Гр. С. (необходимость предварительного разрешения для предъявления иска к лицам судеб. ведомства вследствие неправильных действий последних по службе).

<sup>2</sup> То же при изменении обвинительного акта судеб. палатой (537 ст.), но в этом случае истец есть, определение же судебной палаты может выйти *ultra petita* истца-обвинителя, как в отношении наказания, так и лиц обвиняемых и вменяемых им деяний.

<sup>3</sup> Ср. Stenglein—Lehrbuch d. deutsch. Str.-pr.-rechts, стр. 255, Birkmeyer, ук. соч., стр. 609.

ции (209—215 ст. Str. P. O.). Только по требованию обвинительного акта вторая инстанция может предать обвиняемого суду и только по возражению обвиняемого она может проверить допустимость обвинения. Сходные постановления содержит венгерский устав уг. судопр.<sup>1</sup>

Наконец, допустим такой взгляд: суд, всякий суд, есть орган публичной власти и должен обладать правом *ex officio* принимать во внимание публичные интересы.

Суд не выходит из пределов требования сторон. Требования истца определяются исковым прошением (ст. 257 Уст. Гражд. Суд., ст. 226 австр. У. Гр. Суд.). Согласно 706 ст. У. Гр. Суд., суд (гражданский) не имеет права ни постановлять решения о таких предметах, о коих не предъявлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимися, ни возбуждать вопроса о давности, если тяжущиеся на нее не ссылались. То же требование подтверждено относительно апелляционной инстанции в ст. 773 и относительно кассационной в ст. 798 Уст. Гр. Суд., относительно мирового суда в ст. 131 Уг. Гр. Суд. Изменение решения к худшему (*reformatio in pejus*) без жалобы не допускается. Изменение исковых требований Уставом Гр. Суд. допускается в очень ограниченных пределах, установленных 332, 333 ст. У. Гр. Суд., более свободно в австрийском процессе — 235 ст. австр. У. Гр. Суд. Но все допускаемые законом изменения и исправления гражданского иска возможны лишь по заявлению истца.

В уголовном процессе мы видим отступления от положения, что «суд не выходит за пределы требований сторон».

Требования истца (обвинителя) определяются в обвинительном акте (ст. 520 Уст. Уг. Суд.) или жалобе потерпевшего (ст. 526 У. У. С.) и в этих пределах предлагается дело на рассмотрение суда. Но суд *ex officio* может поставить на основании данных судебного следствия и прений сторон дополнительный вопрос о новом обстоятельстве и даже о новом деянии (751—752 ст. У. У. С.), если только последнее не влечет наказания более строгого сравнительно с тем, которое предусмотрено в обвинительном акте (752 ст.)<sup>2</sup>. Кроме того, суд и при отказе обвинителя от обвинения обязан рассмотреть дело и может присудить обвиняемого к наказанию. Следовательно, наш суд *ex officio* мо-

<sup>1</sup> Ср. Таубер—Иск, обвинение и состязательное начало. Вест. Гр. Пр., 1917 г., стр. 82—83.

<sup>2</sup> См. Немировский — Отношение приговора к обвинению, стр. 371 и сл., Случевский — Учебник, 3 изд., стр. 513 и сл.

жет распространить свой приговор дальше требования сторон, лишь бы это не влекло увеличения наказания против первоначального требования.

Германский и австрийский уставы угол. судопроизводства также допускают судебный приговор на основании изменения данных инкриминируемого деяния на судебном следствии без требования обвинителя (ср. § 263 герм. Уст. Уг. Суд., 262 ав. У. У. С.). Что касается нового преступного деяния, обнаруженного на судебном следствии, то постановление приговора о нем возможно лишь по требованию обвинителя (ср. § 264 герм. У. Угол. Суд., 291 австр.<sup>1</sup>) с предоставлением обвиняемому возможности защищаться.

Таким образом, указанные законодательства не выходят собственно за пределы требований, но допускают изменение фактического основания иска, нарушают принцип тождества.

Административный процесс некоторых государств также знает выход суда *ultra petita partium* и в частности *reformatio in rebus* решения низшей инстанции<sup>2</sup>. И русский закон об административных судах в ст. 58 содержит указание, что «решение суда может касаться предметов, которые в требовании участвующих в деле лиц не указаны, поскольку эти предметы неразрывно связаны с заявленными требованиями».

Приведенная норма не представляет, однако, исключительного явления. Норма 58 ст. имеет то же значение в административном процессе, что и норма 332 ст. в гражданском. Согласно 332 ст. Уст. Гр. Суд., истец может предъявить новые требования, если они истекают непосредственно из заявленных требований. То же право принадлежит истцу по силе ст. 92 закона о судах по административным делам и ст. 332 Уст. У. С. истцу и в административном процессе. Но здесь подобное же право (по объему даже более широкое)<sup>3</sup> предоставлено ст. 58 суду (значит,

<sup>1</sup> Ср. Таубер, ук. ст. В. Гр. Пр., 1917, т. I, стр. 96, *Contra Немировский*, ук. соч., 256 стр.

<sup>2</sup> Ср. Аншиц — Юстиция и администрация.

<sup>3</sup> Ст. 332 У. Гр. С. говорит о требованиях истца, вытекающих непосредственно из заявленных требований, т.е. первоначальное требование есть основание, из которого должно с логической необходимостью вытекать новое. По ст. же 58 первоначальное требование может быть следствием другого правоотношения, которого суд может коснуться в своем решении. Например, городская дума незаконно увеличила обложение недвижимых имуществ в 10 раз. Городская Управа на этом основании взыскивает по окладному листу увеличенный сбор. Плательщик обжаловал действие Управы. Суд в своем решении имеет право и поневоле должен высказаться относительно постановления Думы, но в пределах разрешения жалобы. Общего значения решение суда по частной жалобе иметь не может (для того существует протест комиссара).

и истцу). И благодаря такому предоставлению означенного права самому суду мы имеем как будто выход суда за пределы требований сторон<sup>1</sup>. Если рассматривать административный иск как иск, направленный на защиту субъективных публичных прав граждан, подобное отступление от принципа: «суд не выходит за пределы требований сторон» не может быть оправдано. Но ст. 58 может применяться в обоснование, а не изменение требований истца — что правильнее, в этом случае суд не выходит за пределы искового требования (ср. прим. 2). Поскольку же административный иск сохранил черты объективного иска — выход за пределы требований принципиально может быть обоснован, равно как в уголовном и даже гражданском процессе. Сображеня процессуальной целесообразности говорят, однако, против этого.

Далее господствующая доктрина всецело распространяет принцип диспозитивности и на процесс, на права сторон в процессе.

Из материально-правового полномочия сторон распоряжаться спорным правом необходимо вытекает — говорит Эндеман — что они могут располагать и частным правом в том процессуальном виде, в котором оно выступает в процессе<sup>2</sup>. Или, как говорит проф. Васьковский: «Если обладатель гражданского права может свободно распоряжаться им до процесса и вне процесса, если он может даже совершенно отказаться от него, то нет основания лишать его такого же свободного распоряжения во время процесса...». «Поэтому истец не может быть лишен права отказаться от иска (ст. 718, п. 2), помириться с противником (ст. 1357), признать его возражения правильными (ст. 480). Наконец — продолжает тот же ученый — если от обладателя права зависит, добиваться ли его защиты путем процесса, т.е. стремиться ли к окончательной цели процесса, или нет, то в его свободном распоряжении должны находиться и те процессуальные средства, которые ведут к достижению этой цели... Следовательно, ему должно быть дано также право оспаривать возражения противника или согласиться с ними (ст. 314), приводить доказательства в пользу своего требования или нет (ст. 773),

<sup>1</sup> Равным образом указание в ст. 58, что при постановлении решения «суд не ограничен доводами участвующих в деле лиц и теми фактическими данными, на которые они ссыдались», не имеет значения допущения privatum Wissens судьи при постановлении решения, а лишь подчеркивает то обстоятельство, что суд сам собирает доказательства (ст. 54) и может основывать свое решение на этом собранном им судебном, а не внесудебном материале.

<sup>2</sup> Deutsch, Civilprocess, I, 436.

подать жалобу на решение суда и отказаться затем от нее». (Герм. У. Гр. С., § 346, 514, 566, австр. § 239 и сл., 472 и сл., венгерский § 223, 410 и др.)<sup>1</sup>.

Еще дальше идет Канштейн. Он учит, что «право распоряжения сторон в гражданском процессе обнаруживается в трех направлениях: 1) сторонам предоставлено возбуждение и поддержание внешнего хода процесса; 2) уважается право распоряжения сторон их правовыми притязаниями и потому судья при подлежащем одностороннему отказу правовом притязании связан односторонним отказом, при общих правах сторон — их общим распоряжением, принцип диспозитивности в узком смысле; 3) сторонам предоставлено представлять судье материал, который должен лечь в основу решения так, что они остаются господами фактического и доказательного материала... — принцип состязательности».<sup>2</sup>

Таким образом, Канштейн находит, что право распоряжения сторон в процессе простирается: на правовые притязания (матер. диспозитивность), на внешний ход процесса (формальная диспозитивность и почин сторон) и на фактический материал (состязательность)<sup>3</sup>.

Господствующая теория диспозитивности нам представляется неправильной<sup>4</sup>. Нельзя рассматривать принцип диспозитивности как безусловное и непреложное начало процесса, вытекающее из сущности гражданских прав, не допускающее отступлений без воли заинтересованных сторон<sup>5</sup>. Мы уже неоднократно указывали, что государство заинтересовано в организации процесса. Оно не может допустить, чтобы гражданский процесс служил только формальной истине, чтобы правосудие, этот оплот правопорядка, расходилось с задачами правопорядка и было подчинено интересам отдельных лиц. Обладателю субъективного гражданского права принадлежит автономия в распоряжении своим правом до процесса, но если он обратился к суду, то и должен считаться с организацией процесса, созданной государством не только в его личных интересах, а прежде всего в инте-

<sup>1</sup> Курс, I, стр. 368.

<sup>2</sup> Rat Grndl., II, 169, прим. I, ср. также Lehrbuch, II, 20—21.

<sup>3</sup> Ср. в особенности Rat. Gr., II, 197—198.

<sup>4</sup> См. по данному вопросу в русской литературе в особенности проф. Яблочкиков — К учению об основных принципах гражд. процесса в сборнике памяти Шершеневича, его статью о диспозитивности в сборнике памяти Завадского и др.

<sup>5</sup> Ср. Васьковский — Курс, I, 368—369, Гольмстен — Юридич. исследования, I, 405—406.

ресах целого, в интересах всего государства. А интересы целого требуют, чтобы процесс служил к охране правопорядка, целям раскрытия материальной истины. Таким образом, от усмотрения субъекта права зависит, обратиться или нет к суду, дальше уже дело государства организовать процесс наиболее целесообразно для охраны правопорядка<sup>1</sup>. Поэтому частная автономия тяжущихся в процессе не может иметь широкого применения. Распоряжение объектом процесса и средствами процессуальной борьбы должно терпеть ограничения в интересах раскрытия материальной истины. В частности отказ от иска, признание, мировая сделка не могут носить, да в действительности и не носят характера безусловных диспозитивных актов в гражданском процессе.

*Отказ от иска.* Наша судебная практика стоит на той точке зрения, что отказаться от иска с правом возобновления можно только с согласия ответчика, но отказ от иска навсегда возможен и без согласия ответчика, последний может требовать лишь присуждения ему судебных издержек и вознаграждения за ведение дела (Гр. К. Д. 1910—1912). Эту точку зрения поддерживает в литературе проф. Яблочкив (и нам думается, в противоречие с защищаемой им конструкцией процесса), исходя из принципа процессуальной экономии. Если истец отказывается от иска, нельзя заставлять суд тратить время и труд на разбор дела: истец и выиграв дело, может отказаться от взыскания<sup>2</sup>. Однако указанная точка зрения не представляется нам правильной.

Вместе с проф. Поповым мы полагаем, что отказ истца от иска не прекращает его право вновь возбудить дело<sup>3</sup>. Право на иск рассматривается или как субъективное публичное право, или как проявление процессуальной право- и дееспособности. И в том и другом случае ограничение этого права возможно лишь в случаях, законом установленных. В частности наш закон не знает одностороннего отказа от права на судебную защиту. И в нашей судебной практике право на судебную защиту рассматривается как неотъемлемое право граждан, неотменимое путем частного соглашения (Гр. К. Д. 1900—23, 1891—75, 1901—119 и др.). Только *res judicata* прекращает возможность нового возоб-

---

<sup>1</sup> Ср. Pollak—Ger. Gest., 79, Hellwig—Lehrbuch, II, 41.

<sup>2</sup> Юрид. вест., 1905, II, Суд правый, милостивый, Вест. Гр. Пр., 1916, I — Нормативная сила судебного решения. Ср. Гольмстен, ук. соч.

<sup>3</sup> Вест. права, 1915, № 29, 30 — Мировая сделка, прекращение дела и судебное решение. Вест. права, 1916, № 47, 48 — Право ответчика на судебное решение.

новления дела. Поэтому отказ истца от иска может служить для суда основанием при нежелании ответчика продолжать процесс закончить дело судебным решением в виде отказа истцу в иске, при желании же ответчика продолжать процесс — суд должен довести его до конца. Какой смысл в последнем? Какой в этом интерес для ответчика? Истец может выиграть и не взыскивать: суд напрасно потратил время и труд. Дело истца взыскивать или не взыскивать присужденное ему, но у ответчика может быть моральный интерес, указывает проф. Попов. Действительно, ответчик может быть иногда весьма заинтересован в том, чтобы предъявленный против него иск был доведен до конца, дело исследовано всесторонне и суд вынес авторитетное решение об отказе в иске (например, шантажный иск о выдаче на содержание внебрачного ребенка, спор о праве на изобретение и т.п.). Но у ответчика или вообще у противной стороны может быть и материальный интерес в продолжении дела. В нашей судебной практике 1919 года встретился такой случай. Истцу был присужден иск заочным решением с допущением предварительного исполнения. Ответчик подал отзыв на заочное решение. Прошло три года и поверенный ответчика заявил просьбу оставить отзыв на заочное решение без рассмотрения. Оказывается, истец в течение 3-х лет не привел решение в исполнение, а для предъявления нового иска за это время истек давностный срок. Истец возражал против оставления отзыва без рассмотрения. Кроме соображений теоретических, он указывал на следующие соображения: он пытался, но не мог разыскать скрывшегося ответчика и вручить ему повестку об исполнении, кроме того, ввиду подачи отзыва и не было оснований приводить заочное решение в исполнение, так как дело пересматривалось, в иске или, по крайней мере, в предварительном исполнении решения по отзыву могло быть отказано. Безусловно, в данном случае у истца был и материальный интерес требовать рассмотрения дела.

По изложенным соображениям мы и полагаем, что отказ от иска (первоначального и встречного, отзыва на заочное решение, апелляции и т.д. после вызова противника в суд) возможен лишь с согласия (явного или молчаливого) противной стороны и должен закончиться судебным решением об отказе в иске, а не определением о прекращении дела.

Полляк правильно указывает, что отказ от иска «не имеет никакого материально-правового значения, он не уничтожает материально-правового притязания (матер. права). Это становится ясным, если по какой-либо причине весь процесс или только отказ от иска делается недействительным. Все его значение

исчерпывается влиянием на содержание решения (приговора); последнее основывается на отказе без исследования фактического состава дела)»<sup>1</sup>. Только вступившее в законную силу судебное решение окончательно разрешает спорный вопрос. И § 394 австр. уг. гр. с. дает совершенно правильное решение: «если истец в первом заседании или при словесном разбирательстве откажется от предъявленного им требования, то суд, по *просьбе ответчика*, постановляет решение об отказе в иске».

Таким образом, отказ от иска не представляет распоряжения своим правом в процессе, ответчик может потребовать продолжения дела, и суд постановит объективно правильное решение.

В нашем уголовном процессе отказ обвинителя по делам частного обвинения (молчаливый — путем неявки на разбор дела или положительным заявлением) ведет к прекращению дела, но отказ прокурора от обвинения по делам публичного обвинения не ведет к прекращению дела, суд обязан рассмотреть дело по существу и вынести приговор.

По австр. у. уг. с. отказ обвинителя от обвинения ведет к прекращению предварительного следствия и оправданию обвиняемого судом (§ 109 и 259). По итальянскому уложению (§ 88) обвиняемый по делам частного обвинения и при отказе обвинителя может требовать рассмотрения дела и вынесения приговора по существу<sup>2</sup>.

*Признание*<sup>3</sup>. Признание рассматривается или как показание в пользу противника (доказательство), или как акт распоряжения. Господствующая теория рассматривает признание как акт распоряжения своим материальным правом в процессе<sup>4</sup>. Предметом признания могут быть фактические обстоятельства, иски, юридические отношения. Различие в силе и значении того и другого вида признания несомненно. Показание есть засвидетельствование истины и может иметь доказательную силу, поскольку со-

<sup>1</sup> System, I, 380—381.

<sup>2</sup> См. Таубер — В. Гр. Пр., 2, стр. 77—78.

<sup>3</sup> Литература предмета очень обширна. Она указана у Васьковского — Сборн. Памяти Шершеневича, стр. 49 и у Яблочкива — Право, 1915, № 50.

<sup>4</sup> Bettmann-Hollweg-Versüche über die einzelnen Theile der Theorie des Civilprocesses, Canstein—Anerkennung und Geständniss, Wach—Das Geständniss (Archiv. Civ. Prax, 64), Schmidt—Lehrbuch, § 84, Васьковский — ук. статья, Малышев — Курс гр. судопр., 302, Энгельман — Курс, 293 и др., Contra Hellwig—System, § 149, Яблочкив — ук. ст. и др., Pollak—Ger. Gest, 108 и сл., который допускает диспозитивное значение за признанием в некоторых исключительных случаях.

отвечает истине. Следовательно, совершивший признание вправе опровергнуть его, ссылаясь на несогласие его с действительностью (вследствие, например, ошибки и др. обстоятельств); суд оценивает в этом случае признание в соответствии с установленными им обстоятельствами дела. Признание, как акт распоряжения, представляет волеизъявление, одностороннюю процессуальную сделку (по мнению некоторых, материально-правовую), направленную на то, чтобы сделать определенное обстоятельство бесспорным и не подлежащим судебному рассмотрению. Суд обязан подчиниться этому волеизъявлению, считать признанное обстоятельство установленным и не вправе исследовать его достоверность. Да и сам совершивший признание не вправе опровергать признание указанием на несоответствие его действительности, на свою ошибку и т.п., потому что, делая волеизъявление — признание, тяжущийся устранил вмешательство суда в это волеизъявление независимо от его истинности. Но он, конечно, вправе оспаривать признание на основании пороков воли. Наш ученый, проф. Васьковский, дает и ответ на вопрос, в каком случае надлежит рассматривать признание, как показание, засвидетельствование истины, и в каком, как акт распоряжения. Он предлагает принять презумпцию, чтобы суд при сомнении считал признание простым показанием в пользу противника, потому что 1) это — нормальный, чаще встречающийся вид признания; 2) ближе соответствует постулату материальной правды; 3) легче по последствиям для учинившего признание<sup>1</sup>.

Господствующая теория, рассматривающая признание как акт распоряжения, не представляется нам правильной.

В некоторых случаях присуждение иска не может последовать, несмотря на признание ответчика. Так, напр., признание не дает силы ничтожному в правовом смысле требованию (напр., если сделка, служащая основанием притязания, запрещена законом или лишена исковой защиты, например, сделка ростовщическая, пари, заем по игре и т.п.). Объектом признания не могут быть права, основанные на законе, вещи, не находящиеся в обороте, права оборотные, для установления коих необходимо соблюдение установленной формы, предметом признания не могут быть факты невозможные, факты повторные и т.п. Указанные обстоятельства и некоторые другие, например, допустимость признания через поверенных и т.п., не мирятся с диспозитивным характером признания. И действующие законодательства не рассматривают признание, как акт распоряжения, а

---

<sup>1</sup> См. указ. статью в Сб. памяти Шершеневича.

помещают признание или среди общих учений о доказательствах, например, в герм., австр., венгерском уставах гр. судопр-ва, или в специальной части о доказательствах (французский относительно обязательств и русский у. гр. суд.).

Так называемая бесповоротность признания или точнее затруднительность опровержения признания основывается не на том, что признание есть акт распоряжения, а на принципе добросовестности (действий и заявлений сторон в процессе). Все заявления сторон в процессе должны быть обдуманными и иметь серьезное значение. Опровержение признания нарушает интересы противника. По указанным соображениям опровержение признания и обставлено строгими требованиями. Так, по нашему праву необходимо, чтобы признание относилось не к его личным действиям и было вызвано заблуждением вследствие неведения обстоятельства, открывшегося лишь впоследствии (ст. 481 У. Гр. С.). Однако и по нашему уставу признание не устраниет предустановленных доказательств, не может опровергнуть фактов ноторных и пр., оно делает только излишним представление в разъяснение признанного обстоятельства дальнейших доказательств (ст. 480), но не может устранить из дела уже собранные существующие доказательства и не лишает суд права сделать оценку признания на основании всего имеющегося в распоряжении суда материала. В ст. 483 (в редакции закона 10 июня 1914 г.) указанное начало и прямо проведено законодателем. А если мы обратимся к иностранному законодательству по данному вопросу, то увидим, что и опровержение признания учинившим его допускается более свободно. Так, согласно герм. уставу гр. суд. опровержение признания допускается в случае наличности ошибки и несоответствия признанного обстоятельства действительности (§ 290). По австрийскому и венгерскому уставам гр. суд-ва суд определяет по своему усмотрению, основанному на тщательном соображении всех обстоятельств дела, насколько действие признания устраниется или умаляется вследствие добавления к нему дополнений или ограничений или вследствие последующего отказа от признания (266 авст. у. г. с. и 263—265 венг. у.).

Проф. Яблочков<sup>1</sup> рассматривает признание, как одно из правил, регулирующих *onus probandi* между сторонами. Нам кажется, правильнее рассматривать признание (по нашему праву), как доказательство. Признание устраниет в силу указанных причин дальнейшее доказывание по данному вопросу, но оно не имеет

<sup>1</sup> См. указ. статью в Сборнике памяти Шершеневича, стр. 315 примеч.

силы, если удостоверяет факты невозможные или противоречит фактам ноторным, равным образом, если относится к запрещенному правооснованию к вещам, находящимся вне оборота или к тем правам, для приобретения коих необходима особая форма. Признание не требует дальнейших доказательств (480 ст. У. Гр. С.), но оно не устраняет предыдущих. Если оно противоречит имеющемуся в распоряжении суда материалу, оно не связывает суд и обсуждается как доказательство, а в случае сомнения суда в его истинности по имеющемуся в деле материалу может быть проверено судом (ср. ст. 483). Нам припоминается имевший место лет пять тому назад случай из судебной практики. К имуществу умершего был предъявлен иск по сохранной расписке. Опекун над имуществом признал иск. Суд потребовал представления к делу сохранной расписки. Таковой не оказалось. Опекун был предан суду и осужден. Таким образом и наша судебная практика разделяет защищаемый нами взгляд на признание.

Нам кажется, что (приведенные выше) постановления австр. устава гр. судопроизводства правильно определяют силу и значение признания в гражданском процессе.

Ст. 57 закона об административных судах следующим образом определяет значение признания: «признание участвующих в деле лиц для суда не обязательно и доказательная его сила определяется судом на общем основании».

В процессе уголовном сознание подсудимого не связывает суд и не устраниет *ipso jure* дальнейшего производства.

*Мировая сделка.* Мировая сделка в общем суде редкое явление. Обычно мировое соглашение заключается вне процесса, а затем сторонами заявляется просьба о прекращении дела навсегда на основании ст. 4 Устава Гражданского судопроизводства. Заключение мировых соглашений всячески поощряется законодателем: мировому судье и председателю суда вменяется в обязанность склонять стороны к миру, заключение мировых соглашений допускается во всяком положении дела, дело прекращенное мировой сделкой считается законченным навсегда (70, 177, 337, 361, 400, 1357, 1366 ст. У. Гр. С.). Это поощрение мировых соглашений объясняется желанием законодателя прекращать споры, содействовать социальному миру. И главное значение мировой сделки — внепроцессуальное, материально-правовое. Стороны поступаются частью своих действительных или воображаемых прав, заключают относительно последних компромисс и пре-

кращают дело. Процессуальное значение мировой сделки сводится только к прекращению дела, но мировая сделка не разрешает данного дела: не происходит присуждения или отказа в иске. Центр значения мировой сделки в материально-правовом компромиссе, заключенном сторонами и имеющем значение вне данного процесса. На основании судебной мировой сделки предполагается последующее добровольное исполнение. Если такового не последует, обиженная сторона должна обратиться в суд с иском. Таким образом, судебная мировая сделка по существу не отличается от внесудебной: она является только болееочно оформленной, значение же и той и другой вне процесса.

Являясь по существу не актом распоряжения материальным правом в процессе, а актом распоряжения, имеющим внепроцессуальное значение — мировая сделка не всегда свободно допускается нашим законодательством в процессе. Так, по делам казны мировые сделки не допустимы, дела по искам о вознаграждении потерпевших от несчастных случаев служащих, мастеровых и рабочих и членов их семейств указанных в законе предприятий могут заканчиваться примирением только на основаниях, предложенных судом (1357<sup>1</sup> ст. У. Гр. С.).

Последнее правило надлежало бы распространить и на мировые соглашения, заключаемые от имени подопечных (малолетних, больных и пр.).

Наш закон о судах по административным делам умалчивает о мировой сделке. В уголовном процессе примирение допускается по делам частного обвинения.

Итак, применение принципа диспозитивности к гражданскому процессу не создает того принципиального различия между гражданским процессом, с одной стороны, и уголовным и административным, с другой, как полагает господствующая доктрина. Правила: «никто не может быть принуждаем к иску», «нет судьи без истца», «суд не выходит за пределы требований сторон» не носят абсолютного характера и по существу одинаково применимы или не применимы к каждому процессу и различия в применении не вызваны отличительными свойствами того или другого процесса, а, главным образом, соображениями целесообразности. Равным образом, отказ от иска, признание и мировая сделка не являются актами распоряжения материальным гражданским правом в гражданском процессе и не свидетельствуют о перенесении начал внепроцессуальной свободы распоряжения материальным правом в процесс.

Что касается формальной диспозитивности — распоряжения средствами процессуальной борьбы (право сторон оспаривать или нет доводы противника, приводить или не приводить доказательства и т.п.<sup>1</sup>), то последняя также не имеет самодовлеющего значения, она ограничивается усилением официального начала в процессе, усилением материального руководства суда процессом — о чем дальше.

Указание на то, что в уголовном процессе применима только состязательная форма, а не состязательный принцип (Биркмайер, Миттермайер, Штейн и др.), неправильно.

Сущность принципа состязательности заключается в праве сторон на собирание фактического материала и разыскание доказательств по делу. Два основных соображения говорят в пользу указанного принципа: 1) сами стороны лучше суда знают обстоятельства дела и доказательства и легче могут установить их; 2) тяжущиеся непосредственное суда заинтересованы в исходе процесса — потому они примут все меры для представления доказательств и возражений против них. В указанном основном смысле принцип состязательности одинаково применим и применяется в каждом современном процессе.

Но если под состязательным принципом в гражданском процессе разуметь и право распоряжения фактическим материалом, фактами, то понимание состязательности в гражданском и уголовном процессе будет отличаться. Однако указанный взгляд представляется нам неправильным.

Представители рассматриваемого взгляда полагают, что принцип состязательности основывается на сущности субъективных гражданских прав и является дальнейшим развитием принципа материальной диспозитивности, как полагает Канштейн, или формальной диспозитивности, как думает Васьковский. «Стороны на основании принципа состязательности являются господами фактического материала и имеют, пока длится состязание, свободное право распоряжения фактическим материалом», — учит Канштейн<sup>2</sup>. «Обладая полной свободой распоряжения процессуальными средствами защиты, в том числе и доказательствами, которыми подтверждаются и устанавливаются те или иные части процессуального материала, тяжущиеся, — говорит проф. Васьковский, — могут по своему усмотрению увеличивать или уменьшать количество самого материала»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> В частности право стороны обжаловать решение суда в следующую инстанцию может быть рассматриваемо аналогично первоначальному предъявлению иска.

<sup>2</sup> Rat. Grundl., 197—198.

<sup>3</sup> Курс, I, 381.

Что вытекает из такого взгляда? Что стороны вправе представить на разрешение суда не действительно бывшие события, а те, на существование которых они согласятся в процессе. Следовательно, стороны могут представить дело в ложном виде и суд лишен будет возможности исследовать материальную истину, следовательно, и решение его будет расходиться с истиной. Такое положение противоречит задачам правопорядка, задачам правосудия, и государство не должно допускать его. Стороны обязаны говорить правду и представлять действительно имевшие место факты, государство со своей стороны обязано представить суду необходимую власть для проверки судебного материала. Kohler указывает: «Стороны могут распоряжаться их притязаниями, но отсюда, отнюдь, не следует, что они имеют право вместо действительно существующего состава фактов подставлять любую ими выдуманную категорию фактов и объявлять ее существующей. Процесс приноровлен к действительности, а не к фиктивным отношениям»<sup>1</sup>. Факты не допускают свободного распоряжения — говорит тот же ученый. Факты или верны или не верны. Никакая власть на земле не может нарушить путь истории и снабдить прошлое фактами, которые остались ему чуждыми<sup>2</sup>. Таким образом, разделяя ту точку зрения, что стороны могут распоряжаться притязаниями (что с нашей точки зрения возможно до и вне процесса, а не в процессе, Kohler решительно восстает против доктрины распоряжениями фактами. И действительно: *judici fit probatio*. Суд должен исследовать фактический материал процесса, а не стороны. Интересы публичные, интересы правильного направления правосудия требуют достижения материальной истины, которая является целью процесса. Поэтому сторонам и не может быть предоставлено право свободного распоряжения доказательствами и вообще фактическим материалом процесса, иначе решение может быть основано на недостаточном или ложном составе фактов. Поэтому же суду должна быть предоставлена возможность направлять деятельность тяжущихся по пути исследования материальной истины, т.е. принцип состязательности (в указанном нами смысле) должен быть дополнен началом следственным, принципом материального руководства суда процессом (*Instructions, Official-maxime*).

И с практической стороны принцип состязательности в чистом виде может быть допустим там, где обе тяжущиеся стороны равносильны, но этого достичь почти невозможно. Когда же с

---

<sup>1</sup> Der Prozess, als Rechtsverhältniss, 18.

<sup>2</sup> Там же, стр. 19.

одной стороны выступает присяжный поверенный, с другой не-грамотный крестьянин, о равенстве сторон говорить не приходится. Но и мера познаний, опыта, умения патентованных юристов не одинакова. При таком положении суд, связанный принципом состязательности, вынужден иногда выносить заведомо ложные решения — что несомненно ни с достоинством суда, ни с задачами правосудия. Поэтому суду и должна быть предоставлена возможность устраниТЬ указанные дефекты состязательности.

И современные процессуалисты пришли к выводу, что гражданский процесс должен быть построен на принципе состязательности, но принцип состязательности должен быть дополнен правом суда на руководство процессом, правом его на вмешательство в состязание сторон. При этом одни из ученых процессуалистов допускают вмешательство суда в состязание сторон в очень ограниченном размере. Такова господствующая доктрина: Вах, Канштейн, Шмидт, у нас Гольмстен, Васьковский и многие другие. Другие же отводят суду более существенную роль. Они распространяют руководство суда и на материальную сторону процесса и придают процессу состязательно-следственный характер: Клейн, Полляк, у нас Яблочков и др.

Представитель первого течения, проф. Васьковский, следующим образом определяет взаимоотношение принципов гражданского процесса. Процесс «необходимо построить на принципе состязательности; вмешательство же суда допустимо в той мере, в какой оно не противоречит принципу диспозитивности» (Курс, 393). А представитель второго течения, проф. Яблочков, следующим образом определяет указанное взаимоотношение. «Процесс необходимо построить на принципе состязательности; вмешательство же суда допустимо в той мере, в какой оно не противоречит постулатам самоответственности сторон и процессуальной экономии» (сб. Шершен., 290)<sup>1</sup>. Признавая правильным второе направление научной мысли, мы со своей стороны полагаем, что процесс должен быть построен на принципе состязательности, вмешательство же суда (руководство его процессом) допустимо, поскольку оно необходимо для выяснения материальной истины с сохранением, разумеется, прав личности, ибо в современном процессе личность не может быть объектом процесса, а всегда является субъектом в нем.

<sup>1</sup> Под постулатом самоответственности проф. Яблочков понимает необходимость для стороны в процессе в собственных интересах действовать добросовестно, за бездеятельность и недобросовестные действия сторона несет сама ответственность.

С указанной точки зрения нет принципиального различия между уголовным и административным процессом, с одной стороны, и гражданским, с другой, и новые процессуальные кодексы не знают такого различия: они широко применяют принцип материального руководства суда не только в уголовном и административном, но и в гражданском процессе.

На самом деле: согласно ст. 534 Уст. Уг. Суд. судебная палата, убедившись в недостаточной полноте предварительного следствия, имеет право направить дело к доследованию, то же право принадлежит по ст. 634 У. У. С. и окружному суду. По ст. 682 того же Устава, судьи, присяжные, прокурор и участвующие в деле лица могут потребовать, несмотря на сделанное подсудимым признание, судебного следствия, и суд обязан приступить к рассмотрению дела и поверке доказательств. По силе ст. 648, 724 председателю, членам суда и присяжным заседателям принадлежит право расспроса обвиняемого и свидетелей, а по ст. 695 также экспертов. Далее, суд может по собственной инициативе или указанию сторон и присяжных заседателей потребовать дополнительного объяснения от экспертов, назначить новое освидетельствование или испытание — ст. 690, 692 и др. Аналогичные постановления содержатся и в других европейских уголовно-процессуальных кодексах (ср., например, ст. 96 и др. австр. Уст. Уг. С.). Ст. 54 нашего закона об административных судах представляет суду право, независимо от указаний участвующих в деле лиц, принимать меры к выяснению обстоятельств дела, собирать относящиеся к делу доказательства, требовать от судебных, правительственные, частных и общественных учреждений и от третьих лиц представления необходимых ему документов и сведений, постановить о вызове и допросе свидетелей, участвующими в деле лицами не указанных, и об истребовании заключения сведущих лиц, назначить осмотр на месте; объявлять участвующим в деле лицам, какие доказательства должны быть ими представлены, для чего — в случае надобности, снабжать их надлежащим свидетельством. Согласно ст. 98 того же закона административный суд при решении дела «не ограничен доводами участвующих в деле лиц и теми фактическими данными, на которые они ссылались».

Таким образом, материальное руководство суда широко применяется в уголовном и административном процессе. Обратимся к гражданскому.

Наш Устав Гражданского Судопроизводства в своей первоначальной редакции 1864 г., вслед за французским, наиболее последовательно проводит начало состязательности, самодея-

тельности сторон в процессе. Так, ст. 367 Уст. Гр. Суд. гласит: «суд ни в каком случае не собирает сам доказательств или справок, а основывает решение исключительно на доказательствах, представленных тяжущимися». Ст. 339: «решение суда должно быть основано на документах и других письменных актах, представленных сторонами, равно и на доводах, изъясненных при изустном состязании». Ст. 706: «суд не имеет права ни постановлять решения о таких предметах, о каких не предъявлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимися, ни возбуждать вопроса о давности, если тяжущиеся на нее не ссылались». Но одаренные чувством меры, правовым чутьем составители судебных уставов ввели и некоторые корректизы к принципу состязательности, усилив роль суда в процессе. Так, согласно ст. 361 «словесным состязанием управляет председатель суда, он имеет право предлагать тяжущимся вопросы для полного разъяснения дела и обязан соглашать их к примирению, как после первого ответа, так и по заключении состязания». Согласно ст. 335, «председатель и члены, с разрешения председателя, могут требовать положительных объяснений от стороны, выражающейся неясно и неопределенно, или же когда из слов ее не видно: признает ли она или отвергает обстоятельства или документы, на которых основано требование или возражение противной стороны». Ст. 368 гласит: «когда, по выслушиванию сторон, суд найдет, что по некоторым из приведенных ими обстоятельств, существенных для разрешения дела, не представлено доказательств, то объявляет об этом тяжущимся и назначает срок для разъяснения вышеозначенных обстоятельств». Ст. 400 предоставляет председателю и членам суда право расспроса свидетелей. На основании ст. 507 и 515 суд вправе по собственному усмотрению назначить осмотр на месте и истребовать заключение сведущих людей.

Новеллами последнего времени (1912 и 1914 г.) роль суда в гражданском процессе еще более усилена.

Так, на основании ст. 81 Уст. Гр. Суд., мировой судья вправе устраниТЬ несущественное для дела доказательство или доказательство, в подтверждение достаточно разъясненного обстоятельства, то же право предоставлено ст. 336<sup>1</sup> окружному суду. На основании ст. 81<sup>2</sup> мировой судья может предоставить срок для устранения препятствия к поверке доказательства и, при неустраниении в срок препятствия, дать дальнейший ход делу без этого доказательства. Согласно ст. 82 судья по собственной инициативе может приложить к делу «не касающиеся существа дела» справочные сведения, находящиеся в его же делах, ст. 82<sup>1</sup> повторяет правило ст. 368, кроме того, предоставляет судье пра-

во «потребовать представления тяжущимися доказательств, на которые они указывали в своих объяснениях, хотя бы на эти доказательства и не было сделано прямой ссылки». Ст. 15<sup>3</sup> дает суду право принимать во внимание доказательства, представленные явившимися соучастниками, в пользу неявившихся, хотя бы последние на них не ссылались. Ст. 706<sup>1</sup> (также 135<sup>1</sup>) содержит следующее правило: «если в иске о доходах и убытках суд признает за истцом право на вознаграждение, но найдет, что установление размера такового, по свойству требования, не может быть подчинено общему правилу о подтверждении иска доказательствами, то может назначить вознаграждение по своему справедливому усмотрению, основанному на соображении всех обстоятельств дела». Ст. 483 дает суду право определять силу признания одного из необходимых соучастников по соображению с объяснениями прочих соучастников и с обстоятельствами дела. Еще дальше пошел законодатель в законе 12 марта 1914 г. в отношении дел, вытекающих из союза брачного (о совместном жительстве супругов, о содержании жены, о правах родителей в отношении детей). Суду предоставлено право по собственному усмотрению постановить о допросе самих супругов (т.е. тяжущихся), их родственников (без ограничения степеней родства) и соседей, а равно и других лиц, могущих сообщить необходимые сведения по делу — ст. 1345<sup>8</sup> Уст. Гр. Суд.

Таковы основные положения нашего законодательства, определяющие роль и значение суда в гражданском процессе. Совершенно правильно указывают проф. Гредескул и Яблочков, что одно более широкое толкование и применение статей 361 и 368 (сюда же надлежит отнести статьи 335 и 706<sup>1</sup>) дало бы возможность усилить роль суда, поднять его руководящее значение в процессе, но, к сожалению, наша судебная практика, во главе с Сенатом, не воспользовалась в достаточной мере указанной возможностью.

Несомненно, однако, что наш гражданский процесс не представлял уже по судебным уставам, и тем более не представляет собой в настоящее время чистого типа состязательного процесса. Усиление официального начала все растет. Так обстоит дело со старым процессуальным кодексом, насчитывающим 55 лет существования. Современные же процессуальные кодексы: австрийский и венгерский идут по указанному пути значительно дальше. Они построены по типу смешанного, состязательно-следственного процесса.

Для сравнения приведем постановления австрийского устава гр. суд.

Ст. 182: «председательствующий должен посредством предложения сторонам вопросов или иным образом способствовать тому, чтобы стороны указали существенные для разрешения дела обстоятельства, дополнili недостаточные указания по обстоятельствам, приводимым ими в подтверждение своего требования или опровержение требования противной стороны, указали доказательства в подтверждение приводимых ими обстоятельств или дополнili недостаточные указания по сему предмету — и вообще дали объяснения обо всем, что может оказаться необходимым для установления, согласно истине, обстоятельств, служащих основанием прав и требований их. Если сторона при словесном состязании даст объяснения, несогласные с содержанием поданной ею состязательной бумаги, или если объяснения сторон окажутся несогласными с содержанием имеющихся в деле документов, которые суд обязан принять в соображение по собственному почину, то председательствующий обязан обратить на это внимание сторон. Равным образом председательствующий должен обратить внимание сторон на сомнения, касающиеся обстоятельств, которые должны быть приняты в соображение судом по собственному почину».

Ст. 183: «Для исполнения обязанностей, возложенных на него статьей 182, председательствующий вправе: 1) требовать, чтобы стороны являлись лично к разбирательству; 2) требовать, чтобы стороны представили суду находящиеся в их руках документы, акты и иные вещественные доказательства, родословные, планы, чертежи и рисунки — на которые той или другой стороной была сделана ссылка; 3) требовать, чтобы стороны приняли надлежащие меры к доставлению суду находящихся в актах нотариуса или правительенного установления документов, на которые той или другой стороной были сделаны ссылки; 4) назначать осмотр на месте в присутствии сторон или экспертизу, а также допрос свидетелей, показания которых могут служить к разъяснению существенных для разрешения дела обстоятельств. Приведенные меры, насколько таковые касаются документов и свидетелей, однако, не могут быть приняты председательствующим, если обе стороны заявят, что они на то не согласны. Указанные в настоящей статье распоряжения могут быть сделаны председательствующим даже до начала словесного состязания, если есть основания опасаться, что существенные для разрешения дела обстоятельства не могут быть впоследствии установлены или что последующее установление их будет сопряжено с значительными затруднениями.

Ст. 184: «Каждая сторона, через посредство председательствующего и с разрешения сего последнего, может непосредственно предлагать присутствующей в заседании противной стороне

или ее представителю вопросы, клонящиеся к разъяснению существенных для разрешения дела обстоятельств, а в особенности вопросы о существовании и свойстве относящихся к делу документов. Если председательствующий признает предлагаемый стороной вопрос неуместным, или если противная сторона заявит спор о недопустимости предлагаемого ей вопроса, то подлежащая сторона вправе требовать, чтобы судебная коллегия постановила о допустимости или недопустимости вопроса».

Приведенные положения австр. уст. гр. суд. достаточно подтверждают, насколько глубоко проникло в гражд. процесс официальное начало. Если мы сравним постановления австрийского и венгерского уставов гражд. суд. по данному вопросу с соответствующими постановлениями уголовного и административного процесса (хотя бы вышеприведенными), то должны признать, что принципиального различия между ними нет.

Следовательно, принципы диспозитивности, состязательности и материального руководства суда в применении к гражданскому и уголовному (также административному) процессу не содержат принципиальных особенностей, отличающих гражданский процесс от уголовного и административного.

Так обстоит дело с принципами процесса.

Из основных конструкционных вопросов процесса нам надлежит отметить еще один. Это — вопрос о юридической конструкции процесса. И в этом вопросе мы принципиальных расхождений не встретим.

По господствующей среди цивилистов со времени Бюлова доктрине процесс есть юридическое отношение (или ряд юридических отношений)<sup>1</sup>. Эта доктрина нашла большое признание и среди криминалистов<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Bülow—Die Lehre von den Prosesseinreden und die Pr.-voraussetzungen. Его же — Civilprocess. Fictionen und Wahrheiten, Arch. civ. Pr., 62, Canstein, Das Civilprocessrecht и Lehrbuch, § 18, Wach—Handbuch, Hellwig—Lehrbuch, Schmidt—Lehrbuch, стр. 27, Pollak—System, § 19, Schrutka v. Rech—Lehrbuch, § 132, Kohler—Der Process, als Rechtsverhältniss и мн. др. У нас: Гольмстен — Принцип тождества. Юрид. иссл. и статьи, I, Учебник, стр. 1 и сл. В защиту процесс. теории Бюлова. Ж.М.Ю., 1916 г., IX, Гордон — Понятие процесса в науке гражд. судопр. Яблочкин, Энгельман, осторожно Васильковский.

<sup>2</sup> Binding—Grundriss d. deutsch. Strafprocessrecht, § 1, Birkmeyer—D. Str.-recht, 1898 г., § 2, Benneke—Beling—Lehrbuch, § 3. Cp. Mittermaier—Die Parteistellung d. Sttatsanwaltschaft, 1897, стр. 1, Rosenfeld—Der Reichsstrafprocess, 1912, § 9, у нас: Щегловитов — Уголов. судопр.-во перед лицом науки. Право, 1904, № 17, Розин — Процесс как юридич. наука. Ж.М.Ю., 1910, 8, его же — Русское угол. судопр.-во, 1916, § 1 и Ж.М.Ю., 1916, 2, Червонецкий — Предмет и задача науки уголовно-судеб. права, 1910, стр. 14—15, Фельдштейн — Лекции и др.

Мы не будем вдаваться в оценку указанной господствующей доктрины, имеющей серьезных противников<sup>1</sup>, так как подобное углубление вопроса не существенно для нашей цели. Если и не разделять господствующей доктрины и рассматривать процесс, например, как движение, как совокупность действий суда и сторон и т.п. и в этих случаях единая юридическая конструкция процесса еще более применима ко всем видам последнего. Если господствующая доктрина, рассматривающая процесс как юридическое отношение, распространяет это понятие и на уголовный процесс — тем легче провести общую конструкцию в других случаях.

Таким образом, верховный постулат процесса один для всех видов последнего: раскрытие материальной истины, задача всякого процесса одна и та же: установить право, осуществить и охранить его, юридическая природа права на иск идентична, основные принципы судоустройства совпадают, равно как совпадают и основные принципы судопроизводства (принципы процесса), единая юридическая конструкция процесса применима ко всем видам последнего.

Сравнительным исследованием изложенных основных элементов процесса мы и ограничиваем наш очерк.

Что касается прочих — с точки зрения настоящей работы второстепенных элементов процесса, то и здесь мы должны бегло констатировать то же явление. Возникновение, развитие, окончание производства, учение о судьбах процесса и процессуальных отношениях, учение о доказывании, доказательствах и их оценке, учение о законной силе судебного решения (приговора), исполнение решений, понятия резолюции, решения и приговора, частного определения, постановления и т.д. содержат значительные черты сходства, иногда полного тождества, а в некоторых случаях известные особенности в применении к различным процессам. Не останавливаясь подробно на рассмотрении черт сходства указанных институтов и их особенностей (внимательный анализ привел бы к констатированию того же явления: сходства по существу и расходления в подробностях, деталях),

<sup>1</sup> Plank—Lehrbuch, I, § 42, Menger—System, 293 сл., Schultze—Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung и другие. У нас: Недельев — К учению о сущности гражд. процесса, стр. 135 и сл., Гредескул — К учению об осуществлении права, 193 и сл., Случевский — Учебник, 19 и сл., Люблинский — Новая теория уголов. процесса. Ж.М.Ю., 1916, I и его же — Процесс, как судебный порядок и процесс, как правоотношение. Ж.М.Ю., 1917, I, Полянский — Спор о юрид. природе уголов. процесса, Юр. В., 1916, III.

мы не можем не отметить здесь вкратце некоторых определенных черт различия.

Так, если субъективное соединение исков или соучастие в известной степени возможно в каждом процессе, то объективное соединение исков, допускаемое в гражданском процессе (258<sup>1</sup> Уг. Гр. С., 227 австр. Уг. Гр. С.), не допускается в уголовном процессе. Но принципиально и гражданский процесс может не допускать такого соединения, ср. ст. 258 Устава Гражданского Судопроизводства. В уголовном процессе суррогатом объективного соединения исков является постановление приговора по совокупности и сложности.

Встречный иск допускается в гражданском процессе, но не применяется в уголовном, как средство защиты против уголовного иска — за исключением некоторых дел, возникающих в порядке частного обвинения, где мы находим аналогичное явление (например, при взаимности обид и др., ср. ст. 138, 130—137 Устава о нак.).

Вступление и привлечение 3-х лиц в процесс допускается в процессе гражданском, в некоторых случаях возможно и в процессе административном, но не применимо к процессу уголовному, как таковому.

Однако вопросы о допустимости встречного иска, объективном соединении исков и участии третьих лиц в процессе представляют уже отклонения от нормального типа процесса, осложнения последнего. Они не являются принципиальными институтами гражданского процесса, а вызваны к жизни соображениями целесообразности.

На основании изложенных данных мы полагаем, что говорить о едином процессе и о единой процессуальной науке при настоящем ее состоянии, еще преждевременно, но вместе с тем нам думается, что тенденции развития современного процесса (как в области судоустройства, так и судопроизводства) ведут к объединению различных его видов и к созданию единого процессуального или судебного права. Для последнего необходима предварительная подготовительная работа, которая и должна быть проделана как в сфере теории процесса, так и в области законодательной практики.

*Проф. В. Рязановский*

Проф. В. КОБАЛЕВСКИЙ

**СОВЕТСКОЕ  
АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО**

**ЧАСТЬ ПЕРВАЯ  
(ОБЩАЯ)**

**Глава III  
СУБЪЕКТИВНЫЕ ПУБЛИЧНЫЕ ПРАВА  
И ОБЯЗАННОСТИ  
В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ**

**Понятие субъективного публичного права.** Под субъективным правоприменением понимается обеспеченная положительным правом возможность требовать чего-либо от другой стороны юридического отношения. В тех случаях, когда эта возможность вытекает из публично-правовой нормы, являясь элементом публично-правового отношения, говорят о субъективном публичном праве<sup>1</sup>.

Последние могут иметь место, следовательно лишь в тех отношениях, в которых в качестве одной из сторон обязательно участвует носитель государственного управления.

Для того чтобы то или иное притязание было субъективным правом, недостаточно наличие интереса, хотя бы и покоящегося на правовой норме. Правовая норма, вменяющая администрации в обязанность совершать те или иные действия в интересах гражданина, но не предоставляющая последнему возможности требовать от носителя государственного управления определенных действий, не может служить основанием для субъективного правоприменения. Субъективного права тем более не существует в тех случаях, когда

---

<sup>1</sup> Современная юридическая литература дает многочисленные определения субъективного публичного права в связи с расхождением во взглядах на природу субъективного правомочия вообще. Наиболее правильным, по нашему мнению, является определение, какое дает субъективному публичному праву Отмар Бюллер, хотя формулировка этого определения несколько широка и может дать основание к распространению этого понятия и на правоприменения частноправового характера (см.: Ottmar Büller, Die subjectiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 224 ff.).

закон не связывает администрацию обязанностью к определенным действиям, открывая ей возможность свободного усмотрения при проведении мероприятий публичной службы. Нет субъективного права и тогда, когда правовая норма, возлагая на администрацию обязанность выполнения определенных действий, не связывает с этой обязанностью индивидуальных интересов конкретных граждан, а следовательно, и их правоприменений.

Во всех тех случаях, когда закон не предоставляет гражданину субъективных правоприменений, последнему принадлежит лишь возможность ходатайствовать перед администрацией об удовлетворении его интересов, если эти интересы не противоречат правовой норме и связаны с выполняемой администрацией публичной службой. Но гражданин в таких случаях не имеет возможности предъявить к администрации гарантированного правом требования на исполнение этих действий.

В литературе публичного права довольно распространено мнение, что для наличия субъективного правоприменения необходима судебная защита соответствующих требований гражданина (иск)<sup>1</sup>.

Однако, хотя исковое требование и является одной из наиболее надежных гарантий для правоприменения, но не может служить обстоятельством, отсутствие которого влечет за собой отсутствие самого правоприменения. Положительное право данной страны, не зная института административной юстиции, может все же обеспечить притязание гражданина целым рядом достаточно надежных гарантий, при наличии которых требование, исходящее от гражданина и адресованное к носителю государственного управления, будет носить, несомненно, характер субъективного правомочия.

Всякому субъективному правоприменению соответствует правовая обязанность, что и создает юридическую взаимозависимость (*vinculum juris*) между участниками юридического отношения.

Субъективное публичное право на стороне гражданина вовсе не является необходимым элементом административно-правового отношения. Чаще всего гражданин выступает в области административного права не в качестве управомоченного, а именно в качестве правообязанного субъекта, и тогда соответствующее требование исходит от носителя государственного управления к гражданину. Рассматривая отношения последнего рода, т.е. отношения, в коих правообязанным субъектом является гражданин с точки зрения

---

<sup>1</sup> См. Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie de droit subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Contribution à la théorie générale de recours contentieux, P., 1899, P. 19—30.

элементов юридического отношения, необходимо, естественно, искать субъективное правоприменение, соответствующее правовой обязанности гражданина, на стороне носителя государственного управления, и столь же естественно, говоря о субъективных публичных правах, анализировать субъективные правоприменения обоих участников административно-правового отношения. Но это логическое рассуждение наталкивается на такие особенности правового требования носителя государственного управления к гражданию, которые препятствуют распространению общего учения о субъективных публичных правах граждан на правоприменение, исходящее от органов государственного властования. В учении о субъектах публичного административного права мы имели уже случай отметить, что требование, исходящее от носителя государственного управления, рассматриваемое изолированно, не дает основания считать его субъективным публичным правом, аналогичным правоприменению другого участника юридического отношения. Правоприменение гражданина к носителю государственного управления, несмотря на свой строго личный характер, на невозможность передоверия и ряд других черт, в коих выражается доминирование в нем интереса публичного перед частным, все же является правом, а не обязанностью индивида, так как последний имеет возможности использовать или не использовать его по своему усмотрению. Так, например, если закон предоставляет гражданину право на пенсию или право воспользоваться услугами почты, телеграфа, железной дороги и тому подобных публичных служб, то это не значит, что гражданин обязан воспользоваться этим своим правом. Он может и отказаться от своего правоприменения. Между тем правовое требование носителя государственного управления к гражданию, как было отмечено выше, является его служебной обязанностью, должностной функцией и совершенно однородно с теми действиями органа власти, которые последний совершает в ответ на субъективные правоприменения граждан. В виду вышеизложенного, в учении о субъективных публичных правах нами будут рассмотрены лишь субъективные правоприменения граждан.

**Учение о субъективном публичном праве в юридической литературе.** Первые зародыши теории публичных прав мы встречаем в небольшой работе Gerber'a, *Ueber öffentliche Rechte* (Tübingen, 1852). Эта работа не дает еще ни глубокого анализа субъективного публичного правоприменения, ни классификации субъективных публичных прав. В ней мы видим только постановку проблемы, разработка которой была произведена впоследствии представителя-

ми публично-правовой науки. Но уже 20 лет спустя в работах Ульбриха, Реслера<sup>1</sup> и других публицистов система субъективных прав находит себе полное выражение и достаточно тонкую юридическую разработку. На почве этих предварительных исследований появляется монографический труд Г. Еллинека<sup>2</sup>, с именем которого и связывается обычно современное учение о субъективных публичных правах граждан.

Еллинек при построении теории субъективных публичных прав исходил из идеи государства-лица, связанного правовыми нормами, подобно тому, как ими же связаны граждане. Правовая связанность государства, по мнению Еллинека, выражается в том, что государство, признав за индивидом личность, приняло на себя обязанность защиты притязаний гражданина, обращенных к государству в лице его органов, и в такой же мере, в какой государство признает за гражданином известную сферу свободного действия, оно ограничивает самого себя<sup>3</sup>. В силу этого самоограничения государства правовое положение гражданина в настоящее время характеризуется четырьмя различными статусами, в коих гражданин находится: пассивным, негативным, позитивным и активным.

Пассивный статус гражданина (*status passivus*) охватывает собою ту сферу, в которой индивид всецело подчинен государству, не располагая никаким самоопределением и никакими правопримитиями. В этой сфере гражданин несет только обязанности и лишены правовой личности.

Наряду с тем есть область, в которой верховенство государства ограничено, а индивид располагает индивидуальной свободой. Эта сфера индивидуальных свобод и есть негативный статус гражданина (*status negativus sive libertatis*), в котором строго индивидуальные цели находят удовлетворение в свободном действии индивида.

Государственная деятельность осуществляется в интересах подвластных. В том случае, когда государство при осуществлении своих задач признает за индивидом правовую способность требовать

---

<sup>1</sup> J. U l b r i c h, *Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Rücksicht auf die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes in Österreich*, Prag, 1875; H. R ö s l e r, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, 1872—75; K. S t e n g e l, *Lehrbuch*, 1886, S. 36—47, L ö n i n g, *Lehrbuch*, 1884, S. 8—18.

<sup>2</sup> G. J e l l i n e k, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 1 Aufl., 1892, 2 Aufl., 1919.

<sup>3</sup> *Ibid*, 2 Aufl., 1919, S. 85.

от государственной власти известных услуг, право использовать государственные институции, — перед нами позитивный статус гражданина (*status positivus sive civitatis*), базисом для которого является совокупность государственных действий, осуществляемых в индивидуальных интересах.

Наконец, ввиду того что государственная деятельность возможна только в действиях индивида, государство, признавая за индивидом правовую способность осуществлять эту деятельность, т.е. участвовать в образовании государственной воли и в выполнении государственного действия, ставит индивида в положение, какое может быть названо активным статусом гражданина (*status activus*).

Этими четырьмя статусами исчерпывается положение индивида как члена государственного общения<sup>1</sup>.

Таким образом, Еллинек делит все субъективные правоприменения гражданина на три категории: а) права на свободу, б) права на услуги со стороны государства и в) политические. Право на пользование государственным имуществом Еллинек рассматривает не как субъективное право гражданина, а как рефлекс права объективного<sup>2</sup>.

Теоретические воззрения Еллинека на субъективное публичное право, равно как и приведенная выше классификация субъективных публичных прав, не являются в юридической литературе бесспорными и общепризнанными. Как и большинство юридических конструкций, учение о субъективных, публичных правах граждан дает крайнее разнообразие взглядов отдельных авторов, которые расходятся между собою не только в деталях, но часто в основных предпосылках, вплоть до отрицания всяких правоприменений в области публичного права. Однако все эти теоретические споры об объеме, содержании и классификации субъективных публичных прав в большинстве случаев имеют для себя базисом все же учение Еллинека о субъективном публичном праве, являющееся как бы стержнем всех современных учений в этой области<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> G. Jellinek, Ibid. S. 87.

<sup>2</sup> Ibid. S. 74f.

<sup>3</sup> Из современных исследований в этой области следует упомянуть о работах О. Вилье, *Die subjectiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berl. — Stuttg.— Lpz., 1914; О. Ф.leinеr'a, *Institutionen*, § 11, Н. Кесена. *Hauptprobleme Tüb.*, 1911; Неггигитта, *Grundlehren*, § 6; цитированный выше труд Н. Barthélémy, а в русской литературе работы Елистратова, Понятие о субъективном праве, М., 1913; Егоже, Основные начала, § 16; А. Рождественского, Теория субъективных публичных прав, М., 1913.

Оставляя в стороне юридические контраверзы, большинство которых обусловлено чисто логическими операциями с понятием субъективного публичного права, почему и лишены интереса<sup>1</sup>, нельзя не отметить, что из области отвлеченных построений теория субъективных публичных прав превратилась в последнее время, благодаря работам Отто Майера, Флейнера, Кормана и др., в служебную юридическую конструкцию административно-правовой доктрины. Что же касается классификации субъективных публичных прав, то в основном, несмотря на все расхождения в этом вопросе, следует признать принятым Елинековское деление публичных правоприменизаний с добавлением к нему еще одной категории, а именно, публичного вещного права, как совокупности субъективных публичных прав, вытекающих из пользования государственным имуществом.

**Теоретические предпосылки к учению о субъективном правоприменизании в советском административном праве.** Ранее чем перейти к анализу правоприменизаний гражданина в области административного права советских республик, необходимо отметить, что основная теоретическая установка в учении о субъективных правах граждан в том виде, в каком она имеется в трудах большинства современных публицистов, совершенно не соответствует правовой мысли, заложенной в нормах советского конституционного и административного права, равно как не оправдывается и общими теоретическими соображениями по данному вопросу.

Из предшествующего изложения нетрудно заметить, что учение о субъективных публичных правах граждан построено в литературе на идеи противоположения личности социальному целому, или что то же, на идеи ограничения суверенитета нормами объективного права и субъективными правоприменизаниями граждан. Для обоснования бытия субъективных публичных прав развивается сложная теория о связанности государства правом, о самоограничении суверенитета и т.п.

Различные авторы по-разному пытаются доказать правильность этой мысли.

По Елинеку связанность государства правом является естественным последствием того обстоятельства, что правовые нормы представляют собою правила, безусловно обязательные для органов власти. Признавая государство юридическим лицом, не отделимым от органов власти ("государство и органы власти есть одно и

---

<sup>1</sup> Примером подобного рода изысканий может служить упомянутая выше работа А. Рождественского.

то же лицо”), Еллинек считает доказанным, что связанность государства правом есть связанность не этическая, а правовая, в виду бесспорности правовой обязанности органов власти<sup>1</sup>.

Проф. Палиенко в специальном исследовании, посвященном этому вопросу, исходит из анализа природы правовой нормы и природы государственного властовования. “Власть государства, — говорит Н. И. Палиенко, — есть в основе своей явление коллективно-психологического характера”<sup>2</sup>. Она обусловлена не только сознанием зависимости со стороны подвластных, но и признанием, одобрением ими этой власти и исходящих от нее норм. Без такого признания порядок государственного властовования обречен на гибель. Он уступает свое место другому, более соответствующему желаниям данной социальной группы. Отсюда создаваемые государством правовые нормы не являются односторонними императивами самого властующего, а представляют собою в то же время императивы подвластных<sup>3</sup>. Сама природа права, как двухстороннего веления, объясняет связанность государства правом, не являясь для последнего, как говорит автор, “юридическим нутлем”<sup>4</sup>.

Несколько иную оригинальную аргументацию мы находим в работе Кельзена, по мнению которого государство связано им самим созданным правом потому, что, вступая в юридические отношения с гражданами, оно противостоит последним как субъект прав и обязанностей. Будучи субъектом прав и обязанностей, государство необходимо стоит в равных отношениях к своему контрагенту, а не над ним, не над тем лицом, с кем оно участвует в юридическом отношении. То обстоятельство, что государство в одних случаях выступает как равный гражданину субъект, а в других — этот последний является объектом государственной деятельности, по мнению Кельзена, не имеет для юриста значения, так как отношение властования, господства есть отношения чисто фактические, юридически не весомые и не могущие быть выражеными средствами юридического формального мышления. Юридическому анализу доступны лишь юридические отношения, последние

<sup>1</sup> G. Jelinek, System, S. 195, Еже, Общее учение о государстве, стр. 349.

<sup>2</sup> Н. И. Палиенко, Учение о существе права и правовой связанности государства, Харьков, 1908, стр. 319.

<sup>3</sup> Там же, стр. 342.

<sup>4</sup> Там же, стр. 326.

знают только упражненного и правообязанного, т.е. юридически равных субъектов, участников юридического отношения<sup>1</sup>.

Сопоставляя все эти и подобные им теории с тем определением диктатуры пролетариата, какое мы имели в ряде работ, посвященных Советскому государству, и особенно с определением В. И. Ленина, по формулировке которого диктатура пролетариата является “ничем не ограниченной, никакими законами, никакими абсолютно правилами не стесненной, непосредственно на насилие опирающейся властью”<sup>2</sup>, приходится признать, что идея связанности государства правом чужда принципам советской правовой системы.

Но учение о связанности государства правом не только ошибочно в применении к советскому праву и Советскому государству, оно не оправдывается и юридическими предпосылками, на которых поконится всякая вообще правовая система и, в частности, конституционные нормы современных европейских государств.

Суверенная власть во всех государствах юридически не связана исходящими от нее самой нормами.

Равным образом, не может быть никакой речи о противопоставлении индивида законодателю, так как в своей деятельности последний вовсе не считается с субъективными правопримитиями граждан, которых для законодателя не существует.

Все попытки построить учение о юридической связанности вытекают из стремления примирить идею государства-лица с наличием публичных правопримитий к носителям государственного управления. Если же отбросить учение о государстве-лице во внутригосударственных отношениях, тогда нет никакой, ни практической, ни теоретической, надобности в учении о связанности государства правом.

Верховная власть, осуществляющая государственный суверенитет и не связанная никакими законами, ранее изданными, создает правовые нормы, безусловно обязательные как для граждан, так и для носителей государственного управления. В. И. Ленин, определив суверенную власть рабоче-крестьянского государства как власть, не связанную никакими законами, в то же время по вопросу о применении законодательных форм, исходящих от советской власти, говорит: “Малейшее беззаконие, малейшее нарушение со-

---

<sup>1</sup> Н. Кесен, Hauptprobleme, S. 226.

<sup>2</sup> В. И. Ленин, Собрание сочинений, том VII, стр. 124.

ветского порядка есть уже дыра, которую немедленно используют враги трудящихся”<sup>1</sup>.

Закон, наделяя носителей государственного управления властью, вместе с тем предоставляет гражданину в целом ряде случаев предъявлять к ним те или иные требования, и в этих публично-правовых притязаниях нельзя усмотреть ни ограничения государственного суверенитета, ни противопоставления ему индивида.

Все правовые нормы, как те, которые предусматривают порядок осуществления государственного властовладения, так и те, которые сообщают гражданину возможность чего-либо требовать от подзаконных органов власти, установлены законодателем для осуществления задач, какие ставит себе правовая система данного государства. Объем, содержание и цели этих правопримитязаний обусловлены теми принципами, какие лежат в основе данной правовой системы и какие, равным образом, определяют содержание и формы деятельности носителей государственного управления.

**Отдельные категории субъективных публичных прав в советском административном праве.** Переходя к рассмотрению отдельных категорий субъективных публичных прав граждан в области советского административного права, необходимо, прежде всего, отметить, что вопрос о политических правах граждан является, в сущности говоря, предметом анализа науки конституционного права, так как эти права вытекают из законодательства об организации власти, а отнюдь не из правовых норм, регулирующих государственную деятельность. Следует, однако, иметь в виду, что к этой категории прав относятся не только избирательные права граждан, но также и те права, которые принадлежат гражданину, как индивиду, призванному к осуществлению государственных функций, т.е. к работе в органах рабоче-крестьянского представительства, а именно, права членов и кандидатов местных советов и их исполнительных комитетов, съездов советов, ЦИКов и т.п. на участие в работе этих органов власти, на известный иммунитет и иные права, вытекающие из их служебного положения, за исключением прав, в коих выражается осуществление должностной функции самого носителя государственного управления, так как последние права являются уже не субъективными правами гражданина и должностными действиями активного субъекта административно-правового отношения.

<sup>1</sup> В. И. Ленин, Письма к рабочим и крестьянам по поводу победы над Колчаком // Собрание сочинений, том XXI; см. также: В. И. Ленин, О пролетарском государстве, М., 1924, стр. 263.

Из других категорий субъективных публичных прав граждан особое значение в советской правовой системе имеют права, относящиеся к так называемому публичному вещному праву. В западноевропейских государствах эта категория исчерпывается обычно правом на государственное имущество общего пользования. Но так как элемент субъективного правоприменения крайне ослаблен при пользовании гражданином этого рода имуществом ввиду того, что площади, парки, улицы и т.п. предоставлены в пользование не индивида и даже не группы индивидов, а всех вообще граждан, — нет ничего удивительного, что многие исследователи отказываются рассматривать публичное вещное право как особую категорию субъективных правоприменений. И, действительно, нет никакого сомнения, что публичное вещное право в европейских государствах стоит на грани между субъективным правоприменением в собственном смысле слова и рефлексом объективного права.

Совершенно иную картину представляет собою советская правовая система, которая выработала многообразные формы коллективного и индивидуального пользования государственным имуществом, положив в основу этого пользования публично-правовые принципы. Советское право не знает понятия частноправовой недвижимости, а следовательно, и частно-правовых форм пользования землей, недрами, лесами и т.п. Вместо частной собственности на недвижимость советское право создало разветвленную систему субъективных публичных прав, принадлежащих всевозможным объединениям и отдельным гражданам на пользование государственным имуществом.

Право на услуги со стороны носителей государственного управления, составляющее основную категорию субъективных правоприменений в европейских странах, занимает иное место в системе субъективных правомочий советского административного права. В Советском государстве эта категория субъективных публичных прав несомненно уступает первенство системе публичного вещного права, хотя по объему государственной деятельности, по количеству публичных служб, а следовательно, и по масштабу и характеру услуг, осуществление которых возложено на носителей государственного управления, данная отрасль права в советских республиках значительно шире, нежели в праве иных современных государств.

Отмеченное соотношение между правом на услуги со стороны носителей государственного управления и категорий публичного вещного права объясняется не только исключительным значением последнего в советской правовой системе, но и свойствами той государственной деятельности, которая порождает этого рода пра-

вопритеzания. Та огромная область государственной деятельности, которая входит в понятие права публичных служб лишь в ограниченной сфере сообщает гражданину субъективные правопритеzания к органам власти. Не известные западноевропейскому праву отрасли государственной деятельности по организации и управлению социалистическим сектором народного хозяйства, по общему правилу, не создают субъективных публичных правопритеzаний для гражданина. С одной стороны, деятельность по организации и управлению государственной промышленностью и торговлей стоит вне непосредственных юридических отношений с гражданами, а с другой, по действующему советскому праву деятельность государственных промышленных и торговых аппаратов (трестов, синдикатов, госторгов и т.п.) протекает во вне в гражданском обороте и регулируется нормами гражданских кодексов.

Прочие виды государственной деятельности по оказанию положительных услуг населению в большинстве случаев имеют столь общий характер, что вместо субъективных правопритеzаний они дают гражданину лишь рефлекторную выгоду, а иногда, идя на пользу общую и создавая те или иные блага для всего социально-го целого, совершенно не индивидуализируют услуги, не сообщая отдельным гражданам даже той конкретной выгоды, которая имеется рефлексом объективного права.

Но за всеми этими изъятиями, интересующая нас область права все же нормирует ряд юридических отношений между носителями государственного управления, в которых одна сторона — гражданин — выступает в качестве уполномоченного субъекта, а другая — орган власти — в качестве правообязанного. Примерами этого рода субъективных публичных прав граждан могут служить — право на пенсию, право на пользование, при наличии известных условий, врачебною, агрономическою, педагогическою и юридическою помощью от государственных учреждений и должностных лиц п т.п.

Наконец, совершенно своеобразное место среди субъективных публичных прав граждан занимает право на невмешательство, юридическая природа которого вызвала большие контраперзы в юридической литературе. Здесь имеются в виду те правопритеzания, которые сопутствуют принудительной милицейской деятельности, т.е. гарантии против неправомерного вторжения администрации в сферу индивидуальной жизни гражданина при осуществлении ею мероприятий по охране революционного порядка и спокойствия. Если в прочих отраслях права гражданин располагает возможностью требовать определенных действий от носителя государственного

управления или правом на собственные действия над определенным объектом, то в данной области мы видим лишь требование об отказе от известных действий или о прекращении их, коль скоро они выходят за рамки принудительных полномочий власти. Вот почему следует признать ошибочным наименование этих правопримитязаний довольно распространенным термином — права на свободу, за отсутствием в них иного объекта, кроме требования о невмешательстве.

В советском административном праве эта категория субъективных публичных прав граждан ограничена принципом диктатуры пролетариата, на котором базируется вся правовая система и который, естественно, в первую очередь оказывается на принудительных полномочиях административной власти.

**О правовых обязанностях граждан в области административного права.** При определении понятия субъективного правопримитязания было уже указано на то, что в области административного права нет полного равновесия между правами и обязанностями граждан и превалирующее значение имеет, несомненно, не правопримитязание, а правовая обязанность. Государственное властовование неизбежно предполагает правовую обязанность гражданина, в то время как правопримитязание к носителю государственного управления есть продукт развитого правового творчества.

Не касаясь таких основных обязанностей граждан, как воинская повинность и повинность налоговая, выходящих за сферу административно-правового исследования, необходимо подчеркнуть, что в области внутреннего управления правовые обязанности граждан имеют громадное значение, выражаясь в одних случаях в обязанностях массовых, в других — в обязанностях индивидуальных. Основанием для тех и других является положительное право страны, предъявляющее ко всем без исключения гражданам требование беспрекословного повиновения законным распоряжениям власти.

Иногда правовая обязанность базируется непосредственно на законодательной норме, и индивидуальное требование носителя государственного управления адресуется к конкретным гражданам только в случаях нарушения ими возложенной на них законом обязанности (закон об обязательной прививке оспы, об обязательной регистрации актов гражданского состояния и т.п.).

В других случаях обязанность возлагается на гражданина соответствующим актом носителя государственного управления, и законодательная норма является лишь законным титулом для этого требования. Примерами последнего рода обязанностей могут служить обязанности, вытекающие для тех или иных граждан из за-

конодательства о трудгужповинности, о борьбе со стихийными бедствиями, о благоустройстве населенных пунктов, о санитарном состоянии рыночных площадей и улиц и т.п. Этого рода обязанности индивидуализируются от случая к случаю, то охватывая собою более или менее значительные массы населения, то выражаясь в требованиях, предъявляемых к отдельным гражданам.

Все эти обязанности, лежащие на гражданине на почве норм административного права, имеют, конечно, юридический характер и в юридических отношениях между носителями государственного управления и гражданами являются одним из элементов этого отношения. Несмотря на то что правовые обязанности граждан занимают в юридических отношениях административного права гораздо большее место, нежели правовые притязания гражданина, последний несет упомянутые обязанности, как правовой субъект, — пассивная сторона юридической отношения.

Наиболее четко эта мысль выражена Кельзеном, указывающим на то, что право и обязанность есть лишь формы субъективного проявления правовой нормы, причем обязанность есть необходимая, а право только возможная форма этого проявления<sup>1</sup>. Отмеченное положение имеет большое теоретическое и практическое значение, так как оно ставит правовую обязанность гражданина в известные формальные рамки и, соответственно этому, связывает свободное усмотрение носителя государственного управления.

## ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ (ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ)

### ГЛАВА IX

#### ОХРАНА РЕВОЛЮЦИОННОЙ ЗАКОННОСТИ

**Вводные замечания.** Возлагая на органы власти осуществление задач государственного управления и регулируя их деятельность, законодательство предусматривает и способы, обеспечивающие правильное применение носителями государственного управления административно-правовых норм. Совокупность этих способов не представляет собою какой-либо особой новой отрасли управления, существующей наряду с рассмотренными выше ветвями административной деятельности, а совокупность норм, регулирующих по-

<sup>1</sup> H. K e l s e n, Hauptprobleme, S. 620. В том же смысле U 1 b g i c h, Op. cit. S. 60—72, Е л и с т р а т о в, Основные начала, стр. 148 и др.

рядок и методы охраны революционной законности, не является по существу частью материального административного права. Правовое содержание этих норм, характер юридических отношений, возникающих на почве их применения, ставят их в положение, аналогичное тому, какое занимают нормы гражданского и уголовного процессов по отношению к нормам гражданского и уголовно-го материального права.

Но в то время, как в сфере отношений, регулируемых гражданскими и уголовными кодексами, всякий спор о праве подлежит ведению судебных органов, в области административно-правовых отношений законодатель, прибегая к методам судебного разбира-тельства, не ограничивается ими и создает ряд специальных пра-вовых институтов, преследующих те же цели, т.е. направленных к ограждению данной правовой системы от всяких нарушений, от кого бы эти нарушения ни исходили.

Необходимость в создании, наряду с судебной проверкой зако-номерности административных действий, особых, самостоятельных способов, гарантирующих правильность и законность действий но-сителей государственного управления, обусловлена природой адми-нистративной деятельности и своеобразными особенностями адми-нистративно-правовой нормировки.

Деятельность органов государственного управления характе-ризуется тем, что она не только направлена на служение публич-ным интересам, так как последним подчинена по советскому праву деятельность всех граждан (ст. 1 и 4 Гражданского кодекса), но представляет собою связанную систему мероприятий государствен-ной публичной службы, т.е. государственную деятельность, осу-ществляемую по определенному плану носителями государственного управления.

Отсюда вытекает систематическое руководство деятельностью нижестоящих органов власти, а следовательно, и постоянный над-зор за правильностью и целесообразностью этих действий и конт-роль за выполнением директив и предписаний законодателя.

Поэтому вопрос о закономерности действий органов власти да-леко выходит за рамки защиты прав и интересов участников юри-дического отношения, имея в виду в первую очередь защиту объективного правопорядка, обеспечение правильности адми-нистративных действий и соответствие их целям и задачам, какие ставит закон перед администрацией.

Но даже в том случае, когда речь идет о защите прав и инте-ресов гражданина от неправильных действий администрации, про-верка формальной закономерности административного акта нахо-

дится в органической связи с проверкою правильности и целесообразности административных действий, что в свою очередь порождает особые пути и методы охраны революционной законности. Это объясняется наличием у администрации свободного усмотрения при разрешении ею практических задач управления и тем, что свободное усмотрение является в целом ряде случаев неотъемлемою чертою административной деятельности, без которой невозможно осуществление администрацией возложенных на нее законом обязанностей.

Различные правовые системы по-разному разрешают вопрос о проверке актов свободного усмотрения администрации, но самый факт невозможности в многочисленных случаях судить о правомерности акта без анализа всех обстоятельств дела, а следовательно, и без суждения о правильности и целесообразности административных действий, является фактом общепризнанным, породившим особые методы защиты прав и интересов гражданина в порядке ли административной жалобы или в порядке особых форм административно-судного процесса. Так, если администрации принадлежит право требовать закрытия предприятия, угрожающего здоровью и безопасности населения, или право наложения административного взыскания за антисанитарное состояние двора, улицы или жилого помещения, то для суждения о закономерности конкретных административных действий необходима проверка самых фактов, послуживших основанием к этим действиям, с учетом всех обстоятельств данного конкретного случая. Это же невольно приводит к разрешению вопроса о целесообразности того или иного административного мероприятия.

Возьмем к примеру приведенное выше понятие акта санитарного состояния двора, улицы, площади или жилого помещения. Совершенно очевидно, что каких-либо твердых и общих критериев никакой законодатель не может дать администрации для руководства в ее деятельности при суждении о том — имеется ли основание для наложения административного взыскания в данном конкретном случае или нет, так как то, что в благоустроенном городе является антисанитарным, не может рассматриваться как повод к наложению административного взыскания в поселениях, где отсутствуют элементарные условия благоустройства. Еще Рудольф Гнейст указывал на то, что самое простое требование, скажем, требование очистки улицы, допускает возможность широкого усмотрения администрации, которая на законном основании может довести дело до абсурда, так как нет по существу границ при оп-

ределении того, когда считать улицу чистой или недостаточно чистой.

Вместе с тем администрация обязана применить те или иные меры административного воздействия против лиц, виновных в нарушении тех же санитарных правил и несет ответственность за вверенную ей отрасль управления.

Стремление примирить необходимость свободного усмотрения администрации и защиту прав и интересов гражданина приводит к созданию таких способов проверки закономерности административных действий, которые, не посягая на самостоятельность администрации, в то же время обеспечивают возможность контроля правильности административных действий по существу, а не только с точки зрения их формальной закономерности.

Надзор за административной деятельностью и проверка закономерности и правильности действий носителей государственного управления осуществляется: а) избирателями, б) в порядке соподчиненности различных органов власти, в) прокуратурою и органами рабоче-крестьянской инспекции и г) в судебном порядке.

В виду того что органы советской власти строятся по принципу выборности, контроль избирателей за деятельностью местных советов приобретает особое значение. Все законодательные акты, касающиеся местных советов, вменяют в обязанность депутатам периодически отчитываться о своей деятельности в совете на собраниях избирателей, которым закон предоставляет право отзыва депутата, в случае невыполнения наказов избирателей, при недостаточной активности (непосещение заседаний, невыполнение поручений совета и т.п.) и в иных случаях, когда депутат не оправдывает доверия избирателей.

Надзор за правильным и целесообразным расходованием местных средств осуществляется избирателями через сельские, поселковые и районные избирательные комиссии, не принимающие участия в непосредственном управлении и не зависящие от органов, ревизию деятельности которых они производят.

Административный контроль, надзор и ревизия по советскому праву характеризуются множественностью органов, обладающих соответствующими правами, что вытекает из самого принципа построения власти в Советском государстве. Помимо ведомственного контроля в порядке иерархической соподчиненности местных органов власти (отделов и инспектур) соответствующим народным комиссариатам и центральным учреждениям, существует контроль и надзор за их деятельностью со стороны местных советов и их исполнительных органов.

нительных комитетов. Кроме того, местным советам и исполнительным комитетам принадлежит право надзора за деятельностью предприятий, учреждений и лиц, находящихся на их территориях, но им непосредственно не подчиненных. В этом последнем случае местные советы и исполнительные комитеты могут производить обследования, заслушивать доклады руководителей упомянутых учреждений и предприятий, возбуждать вопрос о неправильности их действий перед соответствующими органами власти, но не вправе вмешиваться непосредственно в их оперативную деятельность. Органы рабоче-крестьянской инспекции могут производить ревизии и обследования всех без исключения учреждений и предприятий, а в части финансовой ревизии и обследования всех учреждений и предприятий производятся органами Народного Комиссариата Финансов. Вот почему то понятие имманентного, т.е. не выходящего за рамки административного аппарата, ведомственного контроля, которое сложилось в европейской юридической литературе, являясь для западноевропейского права тождественным по существу понятию административного контроля<sup>1</sup>, далеко не соответствует гораздо более широкому понятию административного контроля по советскому праву.

Не останавливаясь подробнее на этих способах обеспечения закономерности и целесообразности действий носителей государственного управления, связанных с самою структурою советской власти, перейдем к рассмотрению иных методов охраны революционной законности, известных законодательству советских республик.

**Административная жалоба.** Под административной жалобой понимаются ходатайство о пересмотре, отмене либо изменении распоряжения или постановления носителя государственного управления, а равно ходатайство об устранении бюрократизма или волокиты в государственном предприятии, возбуждаемые организацией, учреждением или частным лицом перед вышестоящим в порядке иерархии органом власти.

Общих норм, которые бы регулировали порядок и сроки административного обжалования, охватывая все мыслимые случаи такого обжалования, в советском праве не существует. В большинстве случаев отдельные законодательные акты, касающиеся той или иной отрасли деятельности, предусматривают и порядок обжалования незаконных или неправильных административных действий.

---

<sup>1</sup> См.: A. M e r k e l, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1927, S. 363 ff.

Административный кодекс УССР пытается внести некоторую унификацию в порядок административного обжалования, посвящая ему специальную главу, но, принимая во внимание ст. 10 этого кодекса, согласно которой его нормы распространяются лишь на ведомственные органы Народного Комиссариата Внутренних Дел, а также на городские, сельские и поселковые советы, их президиумы, сельских исполнителей и лишь отчасти на те органы власти, какие в нем упоминаются, следует признать, что его нормы не колеблют специальных узаконений, касающихся административного обжалования во всех остальных предусмотренных им случаях. Еще более узкий характер имеют "правила о порядке направления и рассмотрения жалоб на действия административных органов и должностных лиц", изданные в РСФСР в порядке циркулярного распоряжения НКВД от 9 октября 1924 г. № 459. Имея ведомственный характер, эти правила относятся почти исключительно к административно-милицейскому аппарату Народного Комиссариата Внутренних Дел РСФСР, т.е. касаются обжалования действий административных отделов органов милиции и уголовного розыска.

Впрочем, некоторые имеющиеся в упомянутом циркуляре НКВД РСФСР и в Административном кодексе УССР нормы формулируют общие принципы административного обжалования, свойственные всем отраслям внутреннего управления в советском государстве. Используя эти нормы и извлекая необходимые дополнительные данные из анализа прочих законодательных актов, касающихся административного обжалования, можно наметить некоторые общие основные начала учения об административной жалобе по советскому праву ранее, чем перейти к рассмотрению порядка обжалования действий тех органов власти, на которые распространяется Административный кодекс УССР и циркуляр от 9 октября 1924 г. НКВД РСФСР.

В учении об административной жалобе наиболее существенными являются вопросы о том: а) кто и по каким мотивам может возбудить дело, в порядке административной жалобы, б) кому подается административная жалоба, в) каковы фонды и сроки административного обжалования и г) каковы последствия, связанные с подачею административной жалобы. На самый первый вопрос — о субъектах, имеющих право на подачу административной жалобы, советское право дает чрезвычайно широкий ответ: жалоба на действие учреждения или должностного лица, а также на бюрократизм и волокиту может быть подана любой организацией, учреждением или частным лицом, независимо от того, имеется ли у жалобщика личный интерес в отмене или изменении акта либо

в проверке правильности административного действия. Этим советское право открывает возможность широкого общественного контроля за деятельностью носителей государственного управления, подчеркивает превалирование публичного интереса над интересом частным в вопросе административного обжалования. Покоящееся на индивидуалистических началах право западноевропейских государств конструирует понятие административной жалобы на другом принципе. По общему правилу для подачи административной жалобы на Западе требуется личная заинтересованность жалобщика в отмене или изменении неправильного акта администрации. Лица, чьих интересов не затрагивает непосредственно тот или иной административный акт, не имеют права на подачу жалобы. F. Fleiner находит даже, что правом на жалобу не располагают лица, экономическим интересам коих, хотя и угрожает административный акт, но лишь косвенным образом<sup>1</sup>. Советское право, как было указано выше, не знает этих ограничений и, допуская принесение административной жалобы учреждениями, организациями и лицами при отсутствии всякой личной заинтересованности жалобщика, т.е. в интересах общих, придает ей характер “*actio popularis*” римского права.

Административная жалоба может быть направлена как против незакономерных, так и против нецелесообразных действий носителей государственного управления. Поэтому административная жалоба по своему содержанию представляет собою ходатайство, а не требование, чем и отличается от иска.

Административная жалоба подается на имя того органа власти, в непосредственном ведении коего находится носитель государственного управления, чьи действия подлежат обжалованию. Так как в подавляющем большинстве случаев органы власти в Советском государстве находятся в двойной зависимости, подчиняясь одновременно высшему в порядке иерархии ведомственному органу и местному исполнительному комитету или совету, то, по общему правилу, и административная жалоба по советскому праву может быть принесена в любую из этих инстанций.

Для того чтобы избежнуть лишней волокиты при рассмотрении жалобы, жалоба подается нормально в то учреждение, чье постановление обжалуется и пересыпается этим учреждением с его заключениями и всеми материалами по делу в ту инстанцию, на имя которой подана жалоба. Это не исключает, однако, возможности

---

<sup>1</sup> F. F e i n e r, Institutionen, 1922, S. 223.

подачи жалобы непосредственно в высшую инстанцию, т.е. в тот орган власти, от которого зависит разрешение жалобы.

Каких-либо особых требований относительно административной жалобы закон обычно не устанавливает, почему последняя может быть подана как в письменном виде, так и в устном. В случае устной подачи жалобы, лицо, принимающее жалобу, обязано изложить ее в письменном виде. Срок, в который жалоба должна быть подана, иногда устанавливается в самом законе, но по общему правилу советское право не связывает жалобщика никаким твердым сроком.

Подача административной жалобы не приостанавливает проведения в жизнь обжалуемого постановления или распоряжения.

Самый процесс рассмотрения жалобы законом не регулируется. В качестве общего правила административная жалоба решается на основании тех материалов, какие имеются в деле или получены учреждением, рассматривающим жалобу, по его запросу, от соответствующих органов власти и заинтересованных лиц. Жалоба рассматривается в отсутствии лица, подавшего жалобу, если учреждение не найдет нужным использовать личные объяснения жалобщика и иных заинтересованных лиц, что бывает лишь в виде редких исключений. В случае необходимости учреждение производит расследование всех обстоятельств дела на месте в порядке контроля или ревизии, но и этот способ проверки данных, имеющихся в жалобе, не является обязательным и всецело зависит от усмотрения учреждения, рассматривающего жалобы.

Постановление, вынесенное органом власти по существу данной жалобы, может быть в свою очередь обжаловано в следующую за сим инстанцию, причем закон обычно не ограничивает в этом отношении жалобщика. В порядке последовательных инстанций жалоба может восходить на рассмотрение вплоть до законодательных органов республики. Лишь в отдельных случаях закон ограничивает количество инстанций для административного обжалования, определяя тот орган власти, решение которого по определенному вопросу является окончательным. Равным образом, в случае отказа в жалобе, недовольное лицо может возбудить ту же жалобу вторично перед тем же самым учреждением, которое однажды уже рассматривало жалобу и последнее вправе пересмотреть свое предшествующее постановление по данному вопросу.

Обжалование действий органов власти, предусмотренных ст. 10 Административного кодекса УССР и циркуляром НКВД от 9 октября 1924 г. (см. выше), нормировано более подробно, осо-

бенно в части порядка прохождения административной жалобы, базируясь в основном на указанных выше принципах.

Административный кодекс УССР делает попытку ввести административное обжалование действий органов власти, на которых распространяются соответствующие нормы кодекса, в известные рамки и устанавливает предельный месячный срок для подачи жалобы, исчисляя этот срок со дня, когда жалобщику стало официально известно об обжалуемом действии. Жалобы, поступающие по истечении указанного месячного срока, могут быть оставлены вышестоящим органом власти без рассмотрения, но могут быть и рассмотрены им в зависимости от степени важности приведенных в жалобе фактов и характера имеющихся в ней доказательств. Циркуляр НКВД РСФСР от 9 октября 1924 г., напротив, подчеркивает, что для принесения жалобы особых сроков не устанавливается.

Должностное лицо или учреждение, на действие которого приносится жалоба, в случае подачи жалобы через него, обязан выдать жалобщику справку о принятии жалобы и не позднее трехдневного срока со дня получения жалобы, направить ее со всеми материалами и со своим объяснением в вышестоящий орган власти, а этот последний обязан рассмотреть дело в точно указанный срок (в РСФСР — в семидневный, а в УССР — двухнедельный) и в письменной форме уведомить жалобщика о результатах жалобы.

Эти же правила распространены НКВД РСФСР на случай поступления в административные отделы и отделы местного коммунального хозяйства писем и заметок рабкоров и селькоров<sup>1</sup>. При этом Народный Комиссариат Внутренних Дел РСФСР требует от упомянутых органов власти немедленного и строгого расследования всех приведенных в этих письмах и заметках фактов и обстоятельств<sup>2</sup>.

**Дисциплинарная ответственность должностных лиц.** Под дисциплинарной ответственностью понимается ответственность должностных лиц в порядке служебной соподчиненности за нарушение ими служебного долга или служебной дисциплины. Дисциплинарная ответственность выражается в наложении на должностных лиц, виновных в упомянутых выше служебных проступках, соответствующих взысканий не органами судебной власти, а их не-

<sup>1</sup> Циркуляр НКВД РСФСР от 28 февраля 1925 г. № 131 (Бюллетень НКВД, 1925, № 10).

<sup>2</sup> Циркуляр НКВД РСФСР от 27 мая 1915 г. № 289 (Бюллетень НКВД, 1925, № 24 (164)).

посредственным начальством или вышестоящим носителем государственного управления.

Отличительными чертами дисциплинарной ответственности являются: а) должностное положение лица, совершившего проступок, б) служебный характер самого проступка (нарушение служебного долга или служебной дисциплины), в) административный (а не судебный) характер органов власти, налагающих взыскание.

Все эти признаки одинаково необходимы для понятия дисциплинарной ответственности, но для ограничения дисциплинарной ответственности от ответственности уголовной, с которой дисциплинарная ответственность наиболее тесно соприкасается, единственно надежным критерием является только последний из указанных выше признаков. Должностные лица за служебные правонарушения могут нести ответственность как в дисциплинарном, так и в уголовном порядке. Все попытки дать материальное определение дисциплинарного проступка в отличие от уголовного правонарушения не увенчались успехом, так как принципиального различия между уголовной и дисциплинарной неправдой провести не представляется возможным. Определение того, в каких случаях служебное правонарушение влечет за собою дисциплинарную и в каких — уголовную ответственность, зависит всецело от законодателя. В разных государствах законодатель по-разному разрешает этот вопрос, и даже в одном и том же государстве один и тот же служебный проступок может влечь за собою либо уголовную, либо дисциплинарную ответственность, в зависимости от социально-политического уклада жизни в стране в данный исторический период. Этим же объясняется невозможность даже на почве положительного права конкретного государства установить четкие грани между правонарушениями, влекущими за собою уголовную или дисциплинарную ответственность должностного лица. Так, согласно ст. 112 Уголовного кодекса РСФСР и ст. 110 Уголовного кодекса УССР, злоупотребление властью, превышение или бездействие власти и халатное отношение к служебным обязанностям влекут за собою в одних случаях уголовную, а в других — дисциплинарную ответственность, в зависимости от последствий данного правонарушения. Если в результате этого правонарушения последовали полное расстройство и развал деятельности руководимых должностным лицом центральных или местных органов управления или таких же хозяйственных государственных аппаратов производства, торговли, кредита и транспорта, виновное лицо отве-

чает в уголовном порядке, а при отсутствии этих отягчающих обстоятельств — в порядке дисциплинарном.

Советское законодательство о дисциплинарной ответственности находится в настоящее время в стадии переработки. Созданные несколько лет тому назад дисциплинарные суды для рассмотрения наиболее важных дел о дисциплинарных проступках, особо перечисленных в законе категорий должностных лиц, ныне расформированы<sup>1</sup>. В связи с этим неизбежен некоторый пересмотр и законодательства о дисциплинарной ответственности в порядке подчиненности. Но в то время как в РСФСР Положение о дисциплинарной ответственности в порядке подчиненности издано 4 июля 1927 г.<sup>2</sup> и может рассчитывать на более или менее длительное существование тем более, что расформирование дисциплинарных судов не должно вызвать значительных в нем изменений, благодаря тому, что оно распространяется, в конце концов, на всех без исключения должностных лиц, — законодательство УССР с отменою Положения о дисциплинарных судах почти совершенно будет лишено норм о дисциплинарной ответственности в порядке подчиненности, так как ныне действующее постановление ВУЦИКа от 5 октября 1921 г.<sup>3</sup> настолько устарело, что нуждается в особой замене. Внесенный на рассмотрение законодательных органов УССР проект нового положения о дисциплинарной ответственности по своему содержанию не имеет сколько-нибудь существенных расхождений с упомянутым выше Положением, принятым в РСФСР. Все это крайне усложняет сравнительный анализ действующего в УССР и РСФСР права о дисциплинарных взысканиях.

Одним из наиболее существенных вопросов в учении о дисциплинарной ответственности является вопрос о том, кого следует понимать под “должностным лицом” по советскому праву, так как в зависимости от ответа на этот вопрос разрешается тем самым и вопрос о том, кто может быть субъектом дисциплинарного проступка. Нормы права административного как в РСФСР, так и в УССР, для разрешения этого вопроса отсылают к соответствующим статьям уголовных кодексов этих республик. Согласно примечания 1-го к статье 109 Уголовного кодекса РСФСР, “под должностными лицами разумеются лица, занимающие постоянные или временные должности в государственном (советском) учреждении,

---

<sup>1</sup> Постановление ВЦИКа и СНК РСФСР от 28 мая 1928 г. (Известия, 1928, № 137).

<sup>2</sup> Собр. узак. РСФСР, 1927, № 72, Ст. 547.

<sup>3</sup> Собр. узак. УССР, 1921, № 29, Ст. 574.

предприятиях, а равно в организации или объединении, на которые возложены законом определенные обязанности, права и полномочия в осуществлении хозяйственных, административных, профессиональных или других общегосударственных задач". Формулировка соответствующей статьи Уголовного кодекса УССР несколько иная, но по существу понятие должностного лица в УССР тоже, что и в РСФСР. Анализируя это определение, необходимо иметь в виду, что термин "должность" употребляется в советском законодательстве в ином смысле, нежели на Западе и в европейской литературе. Должность по советскому праву не является понятием, допускающим противоположение служащего рабочему. Как служащие, так и рабочие, занятые в государственных и приравненных к ним учреждениях и предприятиях, почитаются должностными лицами, равно как и лица, работающие не по найму, а по выборам. Второй отличительной особенностью советского права является расширение понятия должностного лица на работников кооперативных, профессиональных и иных общественных организаций, призванных к осуществлению тех или иных государственных задач. Такое расширительное понятие должностного лица соответствует юридической природе этих организаций, поскольку они в известной мере являются носителями государственного управления. Но, с другой стороны, принимая во внимание, что эти организации все же входят в состав государственного аппарата, необходимо согласиться с точкой зрения проф. Трайнина, полагающего, что по смыслу советского права должностные лица общественных организаций лишь в той мере несут ответственность по соответствующим статьям Уголовного кодекса о должностных преступлениях, "в какой та или иная общественная организация является носительницей публично-правовых функций и в те моменты, когда она эти функции конкретно исполняет"<sup>1</sup>. Прямым подтверждением этой точки зрения является принадлежащее в РСФСР профессиональному союзу право самому решить вопрос — подлежит ли то или иное должностное лицо профессионального союза за совершенное им служебное преступление ответственности, как за преступление должностное, т.е. признать ли в его действиях наличие тех элементов, которые свидетельствуют о выполнении им публичной службы или нет (примечание 2 к ст. 109 Уголовного кодекса РСФСР).

---

<sup>1</sup> А. Н. Трайнин, Уголовное право, Изд. 2-е, М., 1927, стр. 219—220. Contra — А. Трубинер, Дисциплинарная ответственность, стр. 77 (Советское Право, 1927, № 5).

Несмотря на все значение вопроса о субъекте дисциплинарного проступка, коренным вопросом в учении о дисциплинарной ответственности по советскому праву, благодаря необходимости согласования законодательных норм о дисциплинарной ответственности с Кодексом законов о труде, является вопрос о видах дисциплинарных взысканий и о порядке наложения их.

По действующему в УССР праву никаких затруднений при разрешении этого вопроса не возникает. В качестве дисциплинарных мер взысканий, предусмотренных постановлением ВУЦИКа от 5 октября 1921 г., в связи с отменою ареста, как меры дисциплинарного воздействия<sup>1</sup> известны лишь — выговор и выговор с опубликованием в печати. Эти виды дисциплинарных взысканий налагаются администрацией или органом власти, от которого зависит назначение на должность либо утверждение в должности. Никакого согласования вопроса о наложении этих взысканий с профсоюзными организациями и КРК не требуется, причем здесь нет и никакой коллизии в нормах дисциплинарного права с правилами внутреннего распорядка, издаваемыми на основании Кодекса законов о труде, так как сами правила внутреннего распорядка предусматривают за администрацией право наложения этих мер взыскания самостоятельно. Ни увольнения со службы, ни смещения с должности упомянутый закон не знает в качестве мер дисциплинарного взыскания в порядке подчиненности, налагаемых самой администрацией. Правила внутреннего распорядка напротив знают увольнение со службы за наиболее тяжкие нарушения служебной дисциплины и хотя этого рода увольнение по своей юридической природе носит характер крайней меры дисциплинарного взыскания (а не простого расторжения трудового договора, вследствие, скажем, непригодности к службе), но назначается оно лишь в порядке ст. 47 п. "г" Кодекса законов о труде, т.е. не администрацией по ее усмотрению, а с соблюдением всех правил Кодекса законов о труде. Законодательство РСФСР по данному вопросу, равно как и проект соответствующего закона в УССР, гораздо сложнее и вызывают ряд сомнений при их истолковании. Согласно положения о дисциплинарных взысканиях от 4 июля 1927 г. органы власти, налагающие дисциплинарные взыскания, т.е. должностные лица или учреждения могут использовать одну из следующих мер дисциплинарного воздействия: а) замечание, б) выговор, в) строгий выговор, г) перемещение на другую должность в том же учреждении или предприятии и д) увольнение со

<sup>1</sup> Собр. узак. УССР, 1923, № 33, Ст. 479 (приложение).

службы. Все эти взыскания налагаются в случаях, предусмотренных Уголовным кодексом в статьях, отсылающих к дисциплинарной ответственности, а равно на основании особых узаконений (ст. 1). Увольнение же со службы может иметь место в порядке дисциплинарного взыскания, только в силу соответствующих статей Уголовного кодекса (примечание 2 к ст. 3). Какие же проступки и неправильные действия могут повлечь за собою увольнение со службы или перемещение с должности. Отыскивая ответ на этот вопрос в Уголовном кодексе, мы находим не конкретные, а общие и достаточно широкие формулировки. Как было указано, дисциплинарные взыскания по Уголовному кодексу могут быть применены, главным образом, за превышение власти и халатное отношение к служебным обязанностям, не повлекшие за собою тяжелых последствий для учреждения или предприятия, т.е. не нанесшие серьезного вреда самой публичной службе. Эти взыскания налагаются, очевидно, без соблюдения того порядка, который предусмотрен в Кодексе законов о труде. Положение о дисциплинарных взысканиях в порядке подчиненности требует лишь предъявления тех или иных обвинений трудящемуся за 7 дней до наложения взыскания и истребования от него объяснений, которые он вправе представить в письменной форме в упомянутый срок. Постановление о наложении дисциплинарного взыскания может быть обжаловано в 7-дневный срок со дня их вынесения на имя высшего в порядке подчиненности должностного лица или учреждения, причем эта жалоба не приостанавливает проведения в жизнь обжалуемого постановления, за исключением случаев увольнения со службы.

Если после сказанного обратиться к “правилам внутреннего распорядка” и к табели дисциплинарных взысканий за нарушение этих правил, то придется признать, что те служебные проступки, которые влекут за собою увольнение или перемещение с должности в порядке п. “г” ст. 47 Кодекса законов о труде и упомянутых правил, по существу представляют собою либо превышение власти, либо халатное отношение к служебным обязанностям, т. е. являются проступками, предусмотренными соответствующими статьями Уголовного Кодекса. Совершенно естественная общая формулировка статей Уголовного Кодекса находит себе конкретизацию в правилах внутреннего распорядка, причем эти правила в то же время являются конкретизацией ст. 47 Кодекса законов о труде. Но в то время, как дисциплинарная ответственность за служебные

проступки, предусмотренные Уголовным Кодексом, налагается администрацией самостоятельно, Кодекс законов о труде и правила внутреннего распорядка не допускают увольнения со службы или перемещения с должности без согласия КРК<sup>1</sup>.

Разумеется, на практике случаи увольнения со службы или перемещения с должности в порядке дисциплинарном, в силу соответствующих статей Уголовного Кодекса, могут ограничиться случаями наиболее тяжелых дисциплинарных проступков, в связи с чем намечается какие-то грани между этого рода взысканиями и взысканиями, налагаемыми на основании правил внутреннего распорядка. Но логическое толкование закона о дисциплинарной ответственности Уголовного Кодекса и Кодекса законов о труде в части, касающейся случаев и порядка наложения дисциплинарных взысканий, несомненно приводят к затруднениям, свидетельствующим о необходимости более тесной и четкой увязки всего этого законодательства.

Дисциплинарное производство имеет более короткую, нежели уголовное производство давность, так как оно может быть возбуждено не позже одного года со времени совершения служебного проступка или упущения. Если в течение одного года после наложения дисциплинарного взыскания не будет на то же лицо наложено новое дисциплинарное взыскание, постановление о наложении дисциплинарного взыскания считается в дальнейшем утратившим силу, т.е. лицо, на которое было в свое время наложено дисциплинарное взыскание, рассматривается как лицо, не подвергшееся таковому.

Ввиду ограниченности мер дисциплинарного взыскания, предусмотренных постановлением ВУЦИКа от 5 октября 1921 г., действующее в УССР право этих последних правил не предусматривает.

Как в РСФСР, так и в УССР правила, касающиеся наложения дисциплинарных взысканий в порядке подчиненности, не распространяются на лиц, отбывающих обязательную военную службу, на время состояния их в рядах РККА, на работников милиции, работников мест заключения и ОГПУ, дисциплинарная ответственность которых регулируется особыми законами, а также на тех работников юстиции, на которых дисциплинарные взыскания на-

<sup>1</sup> Из этого правила сделаны лишь отдельные изъятия для весьма ограниченного круга случаев увольнения рабочих промышленных предприятий за нарушение ими служебной дисциплины (См.: Известия НКТ СССР, 1927, № 32—33).

лагаются дисциплинарными коллегиями соответствующих судов и президиумами коллегии защитников.

**Уголовная ответственность должностных лиц.** Среди различных мер обеспечения закономерности действий носителей государственного управления одной из наиболее существенных является уголовная ответственность должностных лиц. Дисциплинарные взыскания, распространяясь на менее серьезные случаи служебных правонарушений, оказываются совершенно недостаточными для борьбы с такими должностными преступлениями, как взяточничество, присвоение или растрата вверенного должностному лицу по службе имущества, а равно злоупотребление властью, халатное отношение к служебным обязанностям, бездействие власти, сопровождающееся отягчающими обстоятельствами, и т.п. Все эти должностные правонарушения наносят громадный вред публичной службе и государственным интересам, посягают часто на права отдельных граждан, подрывают доверие населения к власти и в силу всех этих причин требуют применения к виновному более серьезных средств социальной защиты, чем те, какие знает дисциплинарная ответственность должностных лиц.

Опасность этого рода преступлений усиливается тем, что благодаря служебному положению должностного лица и наличию у него часто публичной власти, предоставленной ему законом для выполнения государственных задач, привлечение его к уголовной ответственности фактически более затруднено, нежели возбуждение уголовного преследования против частного лица. Казалось бы, что при таких условиях предание суду должностных лиц, в случае совершения ими должностных преступлений, должно быть построено таким образом, чтобы парализовать для них возможность уклониться от суда и следствия. А между тем долгое время на Западе и в дореволюционной России законодательство базировалось на противоположных принципах и, исходя из той мысли, что предание суду должностных лиц ведет к дискредитации власти, создало для них особые гарантии, препятствовавшие до известной степени возбуждению против них уголовного преследования. Эти гарантии получили название административных гарантий и выражались обычно в требовании согласия начальства на предание суду должностного лица без какового ни один суд не мог принять дела к своему рассмотрению. “Административная гарантия” вызывает единодушное осуждение в юридической литературе и в чистом виде в настоящее время неизвестна современным государствам Западной Европы.

Советское право не только не предусматривает администра-

тивной гарантии, но обращает особое внимание на борьбу с должностными преступлениями и устанавливает для лиц, виновных в этого рода правонарушениях, особенно сюровую ответственность. Чрезвычайно интересным в этом отношении является циркуляр НКВД РСФСР от 27 апреля 1925 г. № 231, обращающий внимание подведомственных ему органов власти на недопустимость со-здания каких бы то ни было привилегий для должностных лиц при привлечении их к уголовной или административной ответственно-сти по сравнению с частными лицами. Подобного рода незакон-ные привилегии, говорит упомянутый акт, разлагающие действуют на аппарат и препятствуют проведению принятого правительством курса на улучшение работы советов и укрепление революционной законности. Поэтому Наркомвнутдел категорически предлагает не-укаснительно и без всяких послаблений привлекать к уголовной или административной ответственности всех без исключения лиц, со-вершивших преступление или правонарушение безотносительно к занимаемому ими должностному положению и принадлежности к той или иной общественной организации<sup>1</sup>.

С административной гарантией не следует смешивать иммунитета членов Центрального Исполнительного Комитета Союза ССР и ЦИКов союзных и автономных республик — верховных законода-тельных органов рабоче-крестьянского представительства. Для пре-дания суду упомянутых лиц требуется разрешение соответствующих центральных исполнительных комитетов или их президиумов.

Равным образом не является “административной гарантией” запрещение административного ареста некоторых категорий долж-ностных лиц, без предварительного согласия на то органов, в со-став которых они входят (членов ЦИКов и СНК Союза ССР, со-юзных и автономных республик) либо без предварительного уве-домления о том соответствующих органов (членов исполнкомов, советов и т.п.), так как ограничение случаев административного ареста едва ли может вызвать теоретические возражения, особен-но если лицо, подлежащее задержанию, обличено доверием изби-рателей.

**Гражданская ответственность должностных лиц.** Под граждан-ской ответственностью должностных лиц понимается обязанность этих лиц возместить вред и убытки, причиненные гражданину их неправильными действиями.

Совершенно несомненно, что гражданская ответственность долж-ностных лиц является одной из весьма важных гарантий закономер-

---

<sup>1</sup> Бюллетень НКВД РСФСР, 1925, № 1.

ности действий органов власти, так как угроза имущественной ответственности за вред, причиненный гражданину неправомерными действиями должностного лица, служит в целом ряде случаев достаточно надежным средством, обеспечивающим соблюдение правил, регулирующих служебную деятельность носителей государственного управления. Не нужно упускать из виду также то обстоятельство, что нередко ни административная жалоба, ни привлечение должностного лица к уголовной или дисциплинарной ответственности, ни отмена неправомерного акта не в состоянии восстановить нарушенных прав гражданина и загладить тот имущественный вред, какой был ему причинен незаконными действиями органа власти.

Благодаря тому что вопрос о гражданской ответственности должностных лиц органически связан с более широкой проблемой о том, кто и как отвечает за вред, причиненный гражданину действиями носителя государственного управления, не представляется возможным, говоря об ответственности должностных лиц, не коснуться этого более общего вопроса о возмещении вреда и убытков, причиненных тому или иному лицу в порядке осуществления задач государственного управления.

Действия носителей государственного управления далеко не однородны по своему характеру, и не всегда вред, причиненный гражданину этими действиями, возмещается из одного и того же источника, и, мало того, законодательство почти всех современных государств знает случаи, когда этот вред ложится всецело на самого пострадавшего и остается никем не возмещенным. И юридическая литература, и положительное право современных государств различают, прежде всего, действия носителей государственного управления, которые они совершают, вступая в юридические отношения имущественного характера в области гражданского оборота, а с другой стороны, действия, осуществляемые ими, как органами власти в порядке одностороннего административного акта. Как и в отношениях между частными лицами, последствия, вытекающие для сторон из гражданской сделки, ложатся на участников конкретного юридического отношения. Отсюда и вред, причиненный должностным лицом, выступающим как представитель государственного учреждения или предприятия в гражданском обороте, возмещается тем учреждением или предприятием, от имени которого данное должностное лицо вступило в юридические отношения. Иными словами, вред и убытки, причиненные гражданину должностным лицом в сфере гражданских отношений, возмещаются из публичных средств, и самый иск

предъявляется не к должностному лицу, а к тому публично-правовому субъекту, который формально является контрагентом данного юридического отношения. Например, если то или иное должностное лицо в порядке управления имуществом местного исполнительного комитета в силу своих легальных полномочий или доверенности заключило гражданскую сделку, при реализации которой для контрагента возникает право на иск об убытках, эти убытки будут возмещены из средств исполнительного комитета, к которому и будет адресовано соответствующее исковое требование. В этом именно смысле разрешается вопрос о возмещении вреда и убытков, вытекающих из гражданских отношений между носителем государственного управления и гражданином как в западноевропейском, так и в советском праве. Должностное лицо за свои неправильные действия несет ответственность (дисциплинарную или уголовную с имущественными последствиями или без таковых) перед тем органом власти, именем которого данное лицо действовало, но не отвечает своими личными средствами перед гражданином, потерпевшим вред и убытки. Такое решение этого вопроса, естественно, вытекает из основных принципов гражданского оборота, так как если бы вред и убытки возмещались в данном случае не учреждением и предприятием, а должностным лицом, действующим от имени учреждения или предприятия его личными средствами, контрагент либо отказался бы от заключения сделки, либо обеспечил бы себя иными средствами, т.е. учел бы при составлении сделки и возможный риск вреда и убытков от неправильных действий должностного лица.

Совершенно иную картину представляет собою отношение, возникающее в порядке одностороннего административного акта, т.е. властеотношения.

Осуществляя государственное управление, должностное лицо может причинить вред гражданину либо в силу законных на то полномочий, т.е. своими легальными действиями, либо в силу своих незаконных или ошибочных действий.

Законодательство всех стран предусматривает многочисленные случаи, когда должностное лицо вправе для осуществления возложенных на него законом обязанностей не останавливаться перед причинением вреда и убытков отдельным лицам. Таковы, например, случаи реквизиции имущества, умерщвления зараженного животного, уничтожения имущества или нанесения убытков частным лицам при подавлении беспорядков вооруженною силою или в случаях внешней войны, борьбы со стихийными бедствиями (пожарах, наводнениях) и т.п.

Разумеется, не может быть и речи о том, чтобы должностное лицо несло имущественную ответственность за вред, причиненный им гражданину публично-правовыми действиями, если эти действия совершены должностным лицом без всякого нарушения существующего на этот предмет законодательства. С другой стороны, представляется теоретически неправильным возложить этот вред на самого потерпевшего, отказав ему в возмещении понесенных им убытков. Если причинение отдельному гражданину или отдельным гражданам имущественного ущерба оправдывается публичными интересами, то те же публичные интересы требуют, чтобы этот ущерб был возмещен за счет публичных же средств, в образовании коих участвует все население, т.е. был разложен на всех участников государственного общения. Однако в качестве общего принципа это положение сформулировано в настоящее время лишь в законодательстве отдельных государств (например, в Германской Конституции). Обычно же вместо общего принципа для всех подобных случаев мы имеем законодательные акты, предусматривающие возмещение имущественного ущерба, причиненного законными публично-правовыми действиями за счет государственного или местного бюджетов. Другими словами, эта публично-правовая обязанность активного субъекта публично-правового отношения не преюдируется в законе и для того, чтобы иметь соответствующее правоприменение к власти, необходимо всякий раз базироваться на особом законодательном акте, специально предусматривающем именно данную категорию случаев. Подобного рода отдельные законодательные акты имеются и в советском праве, устанавливающем, например, возмещение из государственных средств ущерба, причиненного реквизицией имущества для государственных или общественных надобностей, уплату потерпевшему определенных сумм на покрытие убытка, понесенного им вследствие умерщвления принадлежавшего ему зараженного животного или животного, павшего от прививки, и т.п. Наиболее сложным является вопрос о том, кто обязан возместить вред и убытки, причиненные незаконными или неправильными действиями должностного лица. При разрешении этого вопроса положительное право еще более, нежели в предшествовавшем случае, расходится с теми теоретическими выводами, которые вытекают из анализа публично-правовой функции. Как бы ни были незаконны действия должностного лица, нет никаких оснований считать ответственным перед гражданином физическое лицо, осуществляющее должностную функцию и совершившее эти незаконные действия. Характерной особенностью публично-правовых отношений является отсутствие

для гражданина возможности выбрать для себя контрагента публично-правового отношения по своему усмотрению. Должностное лицо, будучи субъектом публичных прав и обязанностей, все же не превращается в частно-правового субъекта, и для гражданина по существу совершенно безразлично, какое конкретное физическое лицо, осуществляя публично-правовую функцию, нанесло ему материальный ущерб. В должностном лице он справедливо видит носителя государственного управления, и известный риск, обусловленный неподготовленностью данного должностного лица к выполнению публично-правовых задач либо незакономерностью его действий, должен, естественно, покрываться из общегосударственных средств, и лишь в порядке начета уплаченные гражданину суммы могут быть взысканы с виновного должностного лица. Не подлежит никакому сомнению, что в подавляющем большинстве случаев ответственность должностного лица перед гражданином, которому причинен вред незаконными действиями этого носителя государственного управления, равносильна отказу от всякого возмещения пострадавшему причиненного ему имущественного ущерба. Личные средства должностного лица слишком ничтожная гаранция того, что убытки, понесенные гражданином, действительно будут ему возмещены. Это, конечно, не значит, что должностное лицо может быть во всех случаях освобождено от гражданской ответственности за допущенные им ошибки и незаконные действия, но эту ответственность оно обязано нести не перед гражданином непосредственно, а перед подлежащими органами власти, тем более что не всегда ошибка является виной данного должностного лица, а очень часто причины ее следуют искать в незаконных или нецелесообразных распоряжениях нижестоящих органов власти.

Эти, казалось бы, бесспорные положения не решается, однако, принять законодатель. Напротив, если можно говорить о некотором общем принципе,ложенном в основу современного законодательства европейских государств, то таким принципом является признание ответственности самого должностного лица за вред и убытки, причиненные его незаконными или неправильными действиями. И лишь в виде известной тенденции можно отметить появление в последнее время законов, предусматривающих возмещение гражданину этого рода убытков за счет государственных средств.

Гражданские кодексы союзных республик с полной четкостью формулируют изложенные выше положения относительно личной ответственности должностного лица за убытки, причиненные его

незаконными и неправильными действиями. Согласно ст. 407 гражданских кодексов РСФСР и УССР "учреждение отвечает за вред, причиненный неправильными служебными действиями должностного лица лишь в случаях, особо указанных законом, если притом неправильность действий должностного лица признана подлежащим судебным или административным органом. Учреждение освобождается от ответственности, если потерпевший своевременно не обжаловал неправильного действия. Учреждение вправе, в свою очередь, сделать начет на должностное лицо в размере уплаченного потерпевшему вознаграждения".

Таким образом, и по советскому праву, гражданскую ответственность перед потерпевшим за имущественный ущерб, причиненный ему неправильными должностными действиями, несет должностное лицо, если противное прямо не оговорено в специальном законодательстве. Такими специальными законами,лагающими эту ответственность не на должностное лицо, а на учреждение, являются, например, законодательство о реквизициях (в силу которого потерпевший имущественный вред от незаконной реквизиции имеет право на возмещение убытков с органа власти, производившего реквизицию), постановления законодательных органов Союза ССР об ответственности почтово-телефрафного ведомства за внутренние почтовые отправления или железнодорожного ведомства за железнодорожные перевозки и т.п.

Начет на должностное лицо, в целях покрытия расходов, понесенных учреждением, вознаградившим потерпевшего, производится либо в бесспорном порядке, путем удержания соответствующих сумм из заработка должностного лица, либо путем проявления к нему гражданского иска. Начет в бесспорном порядке может быть произведен лишь в том случае, если вознаграждение было выплачено потерпевшему не добровольно (т.е. в силу простого согласия самого учреждения), а на основании судебного приговора.

**Надзор прокуратуры за закономерностью действий органов власти.** Своебразной особенностью советской системы по обеспечению закономерности действий органов власти являются возложенные на прокуратуру республики и ее местные органы обязанности наблюдать за деятельностью носителей государственного управления и, в случае обнаружения незаконных постановлений, приказов, циркуляров, инструкций и распоряжений, опротестовывать таковые перед вышестоящими органами власти. Функции советской прокуратуры не ограничиваются выступлениями в судебных процессах в качестве государственного обвинителя, привлечением

виновных в уголовных правонарушениях лиц к судебной ответственности, руководством при производстве следствия и дознания и другими, подобного же характера, обязанностями, возлагаемыми обычно на органы прокуратуры, законодательством о судоустройстве. Помимо всех этих обязанностей, прокуратура в Советском государстве выполняет задачу вневедомственного контроля за законностью управления, т.е. осуществляет отчасти ту функцию, ради которой созданы в европейских государствах суды административной юстиции. Этого не следует понимать, конечно, в том смысле, будто прокуратура в Советском государстве является органом административной юстиции. Как и всякая судебная деятельность, административная юстиция, о чем будет речь ниже, характеризуется не только вневедомственным характером осуществляемого ею правового контроля, но, в первую очередь, судебною процедурою рассмотрения административных исков, возбуждаемых заинтересованными лицами против неправомерного административного действия и последствиями административно-судного разбирательства. Прокуратура республики ни в коем случае судом не является и ее действия не влекут за собою последствий, присущих судебному приговору. Мало того, целевая установка деятельности прокуратуры — это защита объективного правопорядка, охрана революционной законности, и лишь косвенным образом — защита прав и интересов отдельных граждан, в то время как административная юстиция рассматривает дела в исковом порядке, т.е. приводит к охране объективного правопорядка, путем защиты субъективных прав и интересов гражданина. Но вместе с тем вневедомственный характер ее правового контроля и возможность поступления в прокуратуру дел о незаконных действиях администрации по жалобам частных лиц превращают прокурорский надзор в одну из наиболее существенных гарантий закономерности управления, такую роль в европейских государствах играет административная юстиция.

Надзор за закономерностью действий центральных органов власти осуществляется прокуратурой республики, права которой распространяются на все народные комиссариаты и центральные учреждения, за исключением центрального исполнительного комитета и совета народных комиссаров соответствующей республики. Надзор за действиями местных исполнительных комитетов и подведомственных им органов и иных местных учреждений и предприятий возлагается на губернскую или окружную прокуратуру.

В случае обнаружения незаконного постановления или распоряжения центральных или местных органов власти органы про-

курорского надзора вправе предложить подлежащему органу привести свое постановление или распоряжение в соответствие с действующим законодательством либо опротестовать незаконный акт перед вышестоящими органами власти. Прокуратура не вправе собственною властью отменить или изменить незаконный акт администрации. Ей не принадлежит также право приостанавливать проведение в жизнь незаконных постановлений или распоряжений органов власти, и лишь в исключительных случаях, особо оговоренных в законе, прокуратура располагает этим последним правом. Такими случаями являются: приостановление незаконного административного выселения из жилого помещения либо приостановление проведения в жизнь незаконного распоряжения административного отдела о наложении административного взыскания за нарушение обязательного постановления.

В целях обеспечения прокуратуре возможности надзора за закономерностью административных действий, закон предоставляет прокуратуре право присутствовать на всех заседаниях местных советов и их исполнительных комитетов и возлагает на органы власти обязанность представлять в прокуратуру все необходимые ей материалы и сведения, а также протоколы заседаний, ведомственные бюллетени, сборники обязательных постановлений и иные официальные издания. Только органы госполитуправления вправе не представлять в прокуратуру особо секретных документов, обеспечивая прокуратуре возможность ознакомиться с ними на месте.

**Роль органов рабоче-крестьянской инспекции в деле охраны революционной законности.** Основная задача органов рабоче-крестьянской инспекции состоит в изыскании способов рационализации государственного аппарата, устранения его недостатков, в частности, бюрократизма и волокиты, а отнюдь не в борьбе с отдельными случаями правонарушений и незаконных действий органов власти. Ту же цель, в сущности говоря, преследуют и организованные при народных комиссариатах рабоче-крестьянской инспекции бюро жалоб, изучающие дефекты государственного аппарата на тех материалах, какие поступают к ним в порядке заявлений и жалоб от общественных учреждений, организаций и частных лиц. Подобно прокуратуре бюро жалоб не отменяют незаконных постановлений органов власти, а, производя расследование и используя имеющиеся в деле данные, направляют эти ходатайства в прокуратуру или в подлежащие органы власти для принятия соответствующих мер.

Однако производя ревизии и обследования и рассматривая жалобы, поступающие к ним, органы рабоче-крестьянской ин-

спекции, усмотрев явные злоупотребления или правонарушения в действиях отдельных должностных лиц или учреждений, имеют большие возможности к устранению этих ненормальных явлений, благодаря тесному контакту между ними и органами прокурорского надзора во всех подобного рода случаях, а также благодаря связи их с органами партийного контроля в лице центральной и местных контрольных комиссий.

Последнее время законодательство Союза ССР и отдельных союзных республик пошло по пути расширения прав органов рабоче-крестьянской инспекции, усиливая тем самым и их роль в деле охраны революционной законности<sup>1</sup>. Целый ряд постановлений РКИ, касающихся рационализации государственного аппарата, как-то — о сокращении излишних штатов, уменьшении накладных расходов, упрощении и сокращении учета и отчетности и даже изменения организационного строения отдельных частей учреждений и предприятий — являются обязательными для тех органов, к которым они адресуются. Но если упомянутые выше постановления не имеют прямого отношения к интересующей нас проблеме и лишь отчасти либо косвенным образом отражаются на закономерности действий носителей государственного управления, то предусмотренное теми же законами право органов рабоче-крестьянской инспекции выносить обязательные для учреждения или предприятия постановления о наложении дисциплинарных взысканий, а также об отстранении и увольнении должностных лиц за явную бесхозяйственность, бюрократизм и волокиту, являются весьма существенным средством борьбы за революционную законность, дополнительной гарантией по охране прав и интересов трудящихся.

**Административная юстиция.** По установившемуся в научной юридической литературе взгляду на административную юстицию последняя представляет собою особый вид судебной деятельности, направленный к защите субъективных публичных прав и интересов граждан путем отмены, а в известных случаях и путем изменения (*contentieux de pleine juridiction*) неправомерных актов управления. Административного судью не интересует личность администратора и элементы его субъективной виновности, равно как и вопрос о возмещении вреда и убытков, причиненных неправомерными действиями должностных лиц. Охрана частно-правовых интересов введена всецело судам гражданским, личная ответственность должност-

<sup>1</sup> См.: Собр. зак. Союза ССР, 1927, № 22, Ст. 247; Собр. узак. РСФСР, 1927, № 86, Ст. 571; Собр. узак. УССР, 1927, № 39, Ст. 170.

ных лиц является предметом суждения судов уголовных и дисциплинарных. Им одним принадлежит в принципе право применения мер социальной защиты против должностного лица, как и против гражданина. Если при рассмотрении дела административный судья обнаружит в нем состав уголовно-наказуемого деяния, он обязан передать уголовное преследование виновных в уголовный суд, но сам вопроса о виновности и применении к данному лицу мер социальной защиты не решает. Гражданская тяжба, равным образом, вне поля его зрения. Перед административным судьей проходят исключительно дела о публично-правовых актах, исходящих от административных органов, и непосредственные результаты административно-судного разбирательства обнаруживаются на самом акте, который, как было сказано, может быть либо отменен, либо изменен судебным приговором. Здесь на первый план, таким образом, выступает административное действие, как бы обособленное от личности действующего, объектированное, что и дает основание некоторым ученым говорить об объективном правонарушении<sup>1</sup>.

Данное нами определение административной юстиции, являющейся в настоящее время господствующим в европейской науке, пытается отграничить административную юстицию от родственных и правовых институтов и, прежде всего, от юстиции гражданской и уголовной. Практически наибольшее количество точек соприкосновения имеется у административного суда именно с судом уголовным. В каких случаях лицо, добивающееся защиты своих прав от посягательств на них со стороны администрации, может обратиться в уголовный суд и в каких — в суд административный? Казалось бы, ответ на этот вопрос надлежит искать в свойствах самого правонарушения, а между тем приведенное определение подчеркивает другой несколько момент административно-судного процесса —

---

<sup>1</sup> Употребляя этот термин F. T e z n e r (*Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtsprechung*, B., 1901, S. 251) не имеет в виду устранить им объективный элемент правоприменений тех лиц, чьи права и интересы нарушены, а отодвигает на второй план или даже совершенно устраняет субъективный элемент административного действия, т.е. субъективный элемент в деятельности тех лиц, кто нарушил эти права и интересы. Объективное правонарушение не значит, что административная неправда представляет собою нарушение объективного правопорядка, а не субъективного правомочия, а лишь то, что идея возмездия чужда административной юстиции и что административный суд имеет дело не с “личностью” правонарушителя, а с вопросом о правомерности или неправомерности его акта.

последствия административной неправды, иначе говоря, результат административно-судного разбирательства.

Если истец добивается исключительно отмены акта и не ищет преследования виновного лица, ему надлежит обратиться в суд административный, который по собственной инициативе, усмотрев в действии должностного лица состав уголовного преступления, привлекает виновного к уголовной ответственности. Этот кажущийся недостаток определения обусловлен самой природой предмета, так как дать материальное определение административной неправды, в отличие от неправды уголовной, так же невозможно, как невозможно установить принципиальное различие между неправдой гражданской, уголовной и дисциплинарной. Все эти виды правонарушений отличаются друг от друга по тем правовым последствиям, какие они за собою влекут. Административная неправда влечет за собою отмену или изменение административного акта и только, гражданская — так называемые частно-правовые последствия (возмещение вреда, уплату долга и т.п.), уголовная — применение мер социальной защиты, предусмотренных Уголовным кодексом. Только законодатель каждой конкретной страны может ответить на вопрос, будет ли данная неправда, данное правонарушение неправдой административной, уголовной или дисциплинарной, т.е. повлечет ли она личные для должностного лица последствия или нет, так как уголовная или дисциплинарная санкция может быть присвоена законом всякому должностному правонарушению. Вопрос о том, почему законодатель одно правонарушение рассматривает, как уголовное, а другое оставляет без уголовных последствий и стремится восстановить нарушенное право, не преследуя правонарушителя, выходит за пределы нашего исследования. Гипотетически вполне возможно допустить превращение всех видов неправды в неправду уголовную, т.е. допустить применение уголовной санкции к правонарушителю за всякое, хотя бы и ничтожное, правонарушение. Законодатель так не поступает, и мы должны принимать это как факт.

Хотя вопрос об административной неправде и ее отличии от неправды уголовной и является основным в учении об административной юстиции, но для выделения элементов административного суда из прочих, известных современному праву, форм обжалования неправомерных действий администрации, не менее важное значение имеет отличие административной юстиции от простого обжалования в административном порядке. Административная юстиция родилась на Западе вследствие недостаточности административной жалобы для защиты прав и интересов граждан от

административной неправды. Гражданин в целях защиты своих интересов, ссужается поэтому более надежною гарантиею, каковою и является, в частности, административный иск. Административный иск служит отличительным признаком административной юстиции. Иск выражается в требовании чего-либо в соответствии с нормами права. Удовлетворение жалобщика зависит всецело от администрации, исковое требование рассматривается органами, от администрации не зависящими. Для того чтобы обеспечить право-притязанию характер правового требования, исковое производство обставлено особыми гарантиями беспристрастности, справедливости и абсолютной закономерности решения. Такими гарантиями, кроме независимости и незаинтересованности органов, рассматривающих данное дело, являются прочие условия судебного разбирательства, коими обставляется рассмотрение искового требования. Вот почему большинство административистов в той или иной форме стараются подчеркнуть указанный судебный характер обжалования в порядке административной юстиции неправомерного акта администрации. Так, Берначик считает характерными для административной юстиции участие сторон и правовую силу исходящих от нее актов, равносильную силе актов судебных<sup>1</sup>. Аншюц настаивает на самостоятельности органов административной юстиции<sup>2</sup>. Отто Майер, в свою очередь, определяет административную юстицию, как “деятельность, направленную к изданию акта при участии заинтересованных лиц в качестве сторон и при результатах, связанных обыкновенно с силою судебных решений”<sup>3</sup>. Вопрос о том, как будет обеспечена возможность истинного требования, т.е. вопрос о формах и гарантиях административно-судного процесса, может быть разрешен различными государствами по-разному, почему и признаки, указываемые Берначиком и Отто Майером, являются, несомненно, признаками частными, а не общими. Важно лишь, чтобы тем или иным путем при разрешении спорного дела об административном правонарушении гарантии судебного разбирательства были проведены в жизнь, так как только такая система позволяет говорить об административной юстиции, как об особом виде судебной деятельности.

Организация учреждений административной юстиции в от-

---

<sup>1</sup> E. Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien, 1906.

<sup>2</sup> Anschütz, *Justiz und Verwaltung, Systematische Rechtswissenschaft. Die Kultur der Gegenwart*, T. II, Abt VIII, 1903.

<sup>3</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*. Lpz., 1924, Изд. 1, S. 148 f.

дельных государствах Западной Европы различна. В Англии рассмотрение административно-судных дел отнесено к ведению судов общих. Во Франции низшие инстанции административной юстиции — советы префектур — состоят при административных органах (при префектурах), а высшая инстанция — государственный совет — представляет собою самостоятельный и независимый орган, специальный суд по административным делам. Пруссия и другие германские государства, равным образом, имеют специальные высшие административные суды (напр., Oberverwaltungsgericht — в Пруссии), в то время как местными учреждениями административной юстиции являются в них наполовину административные, наполовину судебного характера органы (напр., в Пруссии — уездные и окружные комитеты, Kreis и Bezirksausschuss). Каждая из этих систем имеет своих сторонников в юридической литературе. Одни считают наиболее правильной английскую систему<sup>1</sup>, другие высказываются за организацию административно-судных учреждений при самых административных органах<sup>2</sup>, а трети находят наиболее рациональной такую организацию административного суда, при которой, наряду с общими правовыми познаниями и навыками судьи, в судебной коллегии будут представлены и специальные познания из административного права и административной деятельности<sup>3</sup>. Сторонники последней теории полагают, что передача административно-судных дел в ведение судов общих нецелесообразна потому, что общие суды, не отвечая за успешность административной деятельности своими решениями, вторгаясь в сферу свободного усмотрения администрации (что совершенно неизбежно), будут давать направление административной деятельности, т.е. вмешиваться в деятельность ответственных за результаты вверенной им отрасли управления органов административной власти. Чтобы устраниТЬ дефекты такого положения, рекомендуется организовать судебную коллегию так, чтобы в ее состав входили и лица, знакомые с техникой административной деятельности, и судьи, воспитанные в духе законности и привыкшие к процессуальным гарантям и формам.

<sup>1</sup> S t a h l, Rechts und Staatslehre, 1883; B l u n t s c h l i, Allgemeines Staatsrecht, 1852; R. G n e i s t, Das englische Verwaltungsgerecht, 1883.

<sup>2</sup> H. B e r g t h è l é m y, Traité, 1926; E. B e g n a t z i k, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886.

<sup>3</sup> F. T e z n e r. Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901; R e n è J a c q u e l i n, Principes dominants du contentieux administratif, P., 1899.

Административная юстиция, являющаяся основною гарантиею закономерности действий органов власти в западноевропейских странах, не получила развития в Советском государстве.

Взамен административной юстиции советское право создало не известные Западной Европе институты в виде прокурорского надзора и обжалования незаконных и неправильных действий администрации перед органами рабоче-крестьянской инспекции.

Вопрос об организации советских административно-судных установлений ставился одно время на обсуждение центральных органов власти советских республик. В 1921 г. институтом советского права при Московском Государственном Университете был выработан проект декрета об административной юстиции РСФСР, а в 1922 г. аналогичный проект был разработан НКЮ УССР. Эти проекты вошли вслед затем и в первоначальные редакции проектов административных кодексов. Но впоследствии мысль о создании системы административных судов была оставлена и, по нашему мнению, отнюдь не случайно, так как охрана революционной законности, о чем была речь выше, преследует по советскому праву в первую очередь обеспечение революционного правопорядка, отодвигая на второй план элемент личного правопримития, столь присущий административному иску. Лишь в виде редкого изъятия из общего правила можно усмотреть в организации отдельных учреждений элементы, присущие административной юстиции. В 1921—22 г. количество подобного рода учреждений было более велико, нежели в настоящее время, и, принимая во внимание наличие специальных проектов, имевших в виду организацию административной юстиции в советских республиках, можно было рассматривать эти учреждения как зародыши будущего административного суда. Впоследствии часть их была расформирована (страховые советы, жилищные комиссии), а сохранившиеся до сего дня учреждения этого рода не обнаружили никакой тенденции к развитию в них административно-судной функции (залоговые комиссии, отчасти примирительные камеры и третейские суды и т.п.).

Из судебных по своей природе учреждений наибольший интерес в этом отношении имеют так называемые судебно-земельные комиссии. Рассматривая споры о трудовом землепользовании и землеустройстве, возникающие на почве земельного права, судебно-земельные комиссии нередко выполняют попутно функцию административной юстиции по отношению к земельным органам и земельным обществам, как своеобразным объединениям, осуществляющим отчасти задачи государственного управления. Отменяя и изменяя постановления этих государственных учреждений и об-

щественных публичного характера организаций в процессе разрешения земельных споров, судебно-земельные комиссии в этой части осуществляют и в настоящее время административно-судную функцию. Однако основная их роль состоит все же в разрешении споров не между органами власти и гражданами, а между трудовыми землепользователями, почему и рассматривать их, как учреждения административной юстиции в чистом виде, не приходится.

Для того чтобы ясно представить себе организацию и функции судебно-земельных органов, остановимся вкратце на порядке разрешения земельных споров, что позволит нам не выделять этого вопроса в особую главу, как одну из проблем процессуального административного права, хотя теоретически такое выделение вполне соответствует природе института.

Основным отличием законодательства РСФСР и УССР по интересующему нас вопросу является то, что в то время как в РСФСР все судебно-земельные дела разрешаются судебно-земельными комиссиями, как специальными судебными установлениями, в УССР в силу Постановления ВУЦИКа и Совнаркома от 27 июля 1927 г. (Собр. узак. УССР, 1927, № 40, Ст. 180) разрешение значительной категории земельных споров возложено на сельские советы, выступающие в качестве низшей инстанции земельного суда. Тенденция приблизить судебно-земельные органы к населению и привлечь сельские советы к участию в рассмотрении земельных споров в полной мере сказывается и в законодательстве РСФСР. Однако Постановление ВЦИКа и СНК РСФСР от 4 апр. 1927 г. "О порядке участия сельских советов в рассмотрении земельных споров" (Собр. узак. РСФСР, 1927, № 37, Ст. 244) не пошло так далеко, как украинское законодательство.

В РСФСР сельские советы обязаны принимать лишь меры к тому, чтобы при наличии споров между отдельными гражданами села о семейно-имущественных разделах, об усадьбах, трудовом землепользовании и т.п. привести по возможности спорящие стороны к соглашению и, в случае достижения такого соглашения, помочь сторонам оформить его. Если же мирным путем уладить конфликта сельскому совету не удалось, он не вправе разрешить спорное дело собственно властью, а его участие при рассмотрении земельного спора в судебно-земельных комиссиях состоит в даче заключений по делу и в командировании в земельные комиссии своих представителей, чтобы облегчить земельной комиссии правильное разрешение земельного спора. Заключение сельского совета ни в коем случае не связывает земельную комиссию, которая, учитывая это заключение, обязана рассмотреть дело по суще-

ству и принять во внимание все доказательства, представленные по делу сторонами. Сельский совет таким образом, по законодательству РСФСР, судебно-земельных функций не выполняет. Его роль сводится к предотвращению судебно-земельного спора и к содействию судебно-земельным органам при рассмотрении земельных дел в первой инстанции.

В УССР на сельские советы возложена обязанность рассматривать и разрешать споры между трудовыми земледельческими хозяйствами и отдельными членами хозяйства, касающиеся трудового землепользования, трудовой аренды, раздела хозяйства и имущества общего пользования, когда последние споры возникают в связи с разделом хозяйства, споры о размере денежных и натуральных выплат членам хозяйства, выходящим из его состава, если хозяйство объявлено недробимым, споры о восстановлении нарушенного землепользования отдельных хозяйств, а также об убытках, прошедших вследствие запашек и потрав посевов и насаждений.

Эта компетенция сельских советов УССР по существу соответствует компетенции волостных земельных комиссий в РСФСР и той компетенции, какую имели ранее районные судебные земельные комиссии в УССР, с тою лишь разницей, что территориально она ограничена пределами, на которые распространяется власть сельского совета, в то время как волость или район охватывает территории нескольких сельских советов.

Предметы ведения районных земельных комиссий в РСФСР несколько шире, нежели компетенция сельских советов в УССР (а следовательно, и волостных земельных комиссий в РСФСР), и охватывает собою все возникающие в пределах района споры по землеустройству и землепользованию.

В УССР районные судебно-земельные комиссии являются второй инстанцией по отношению к земельным спорам, отнесенными к компетенции сельского совета, и первою инстанциею для споров о землепользовании, когда стороны в этом споре являются объединение землепользователей, общественная организация или государственное учреждение, и для иных судебно-земельных дел, выходящих за пределы компетенции сельского совета, а также для споров о землеустройстве. Над районными судебно-земельными комиссиями стоят в УССР окружные судебно-земельные комиссии, являющиеся по отношению к райземкомиссиям второю инстанциею, а в части, касающейся дел, отнесенных к компетенции сельских советов, — органами судебного контроля.

Аналогичное соотношение имеется в РСФСР в нерайонированных местностях — между волостными, уездными и губерн-

скими, а в районированных областях — между районными, окружными и областными (краевыми) земельными комиссиями.

Вместе с тем каждая вышестоящая комиссия как в РСФСР, так и в УССР, является первой инстанцией для разрешения земельных споров, выходящих за пределы нижестоящих административно-территориальных единиц.

Во главе всех судебно-земельных учреждений стоит как в РСФСР, так и в УССР, Особая Коллегия Высшего Контроля по земельным спорам при Народном Комиссариате Земледелия. Это — высший земельный суд, разрешающий в порядке высшего контроля жалобы и протесты, приносимые на вошедшие в законную силу решения судебно-земельных комиссий, и руководящий деятельностью этих комиссий, в целях установления правильного и единообразного применения ими действующих земельных законов. Структура судебно-земельных комиссий варьируется в зависимости от того, о какой из этих комиссий (волостной, районной, уездной и т.п.) идет речь. Кроме того, в УССР она несколько иная, нежели в РСФСР. По существу состав судебно-земельных комиссий более или менее однороден. В них входят представители от исполнкома, земельных органов суда, причем состав их утверждается соответствующим исполнительным комитетом, за исключением тех членов, которые по законодательству РСФСР избираются на соответствующих съездах советов. В УССР съезды советов не участвуют в образовании судебно-земельных комиссий, весь состав коих назначается исполнкомом с сохранением отмеченного выше представительства и с включением в состав судебно-земельных комиссий представителей от комитетов незаможных селян. Особая Коллегия Высшего Контроля по земельным спорам (в УССР и РСФСР) состоит из председателя, двух его заместителей и 10 членов, утверждаемых и смещаемых Президиумом ЦИКа (УССР или РСФСР).

При разрешении земельных споров судебно-земельные органы руководствуются нормами Гражданского-процессуального кодекса, за некоторыми изъятиями, предусмотренными Земельным кодексом или специальными узаконениями.

Говоря об административной юстиции и близких к ней институтах, нельзя обойти, наконец, молчанием вопроса о юридической природе арбитражных комиссий ввиду того, что иногда их приравнивают к “*Tribunal de conflits*” французского административного права. По нашему мнению, эта аналогия очень мало соответствует действительному порядку вещей. *Tribunal de conflits* разрешает в порядке судебной процедуры все споры между различными

органами власти о компетенции; когда конфликт этот возникает между органами одного и того же ведомства, говорят о “*conflits de juridiction*”, а в случаях спора между органами, принадлежащими к различным ведомствам, — о “*conflits d'attribution*”. Конфликты могут быть положительными и отрицательными. Первые имеют место в тех случаях, когда оба органа считают себя компетентными в одном и том же деле, оспаривая друг у друга власть на разрешение того или иного вопроса, выполнение той или иной функции; вторые возникают, наоборот, при отказе и одного и другого органа от выполнения того или иного дела, ввиду добросовестного убеждения каждого из них в том, что рассмотрение данного дела является предметом компетенции другого органа. И в том и в другом случае мы имеем коллизию публично-правовых функций органов государственного управления, тогда как арбитражные комиссии разрешают исключительно имущественные споры между государственными учреждениями и государственными предприятиями, а также между самими государственными предприятиями.

Арбитражным комиссиям известны исковое производство и процессуальные формы, перед ними в качестве сторон фигурируют государственные установления, но этого еще недостаточно для отождествления их с теми судами, на обязанности коих лежит разрешение публично-правовых конфликтов о компетенции. Спор, разрешаемый арбитражными комиссиями, идет не о публичных полномочиях того или иного органа и не о закономерности того или иного публичного акта, а исключительно об имущественных правах государственных учреждений и предприятий, почему и имеет характер, главным образом, гражданской тяжбы между публичными органами. Этим объясняется и то обстоятельство, что порядок рассмотрения дел в арбитражных комиссиях построен по аналогии с гражданским процессуальным правом. Не осложняя вопроса о юридической природе арбитражных комиссий старой контроверзой о юридической природе актов фиска, мы должны все же признать, что между административными судами и французскими *Tribunaux de conflits*, с одной стороны, и арбитражными комиссиями советского права — с другой, больше различия, чем сходства; в идее это, несомненно, институт совершенно иного порядка, нежели суды по административным делам.

Проф. М. Д. ЗАГРЯЦКОВ

# АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ И ПРАВО ЖАЛОБЫ В ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

*Развитие идеи и принципов административной юстиции. Административный процесс и право жалобы в советском законодательстве: Жалоба по административному, железнодорожному, земельному, трудовому праву и т.д. Административно-финансовое распоряжение и налоговая жалоба.*

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Административная жалоба является одним из лучших методов практического осуществления в жизни революционной законности.

При правильной постановке института жалобы руководящие центры административной власти быстро осведомляются самими заинтересованными о недочетах административной работы и, удовлетворяя справедливые требования жалобщика, в то же время получают возможность на практике усовершенствовать административный механизм.

Настоящая работа посвящена не только истории и теории жалобы и анализу ее элементарных и сложных форм, но и, по возможности, исчерпывающей характеристике форм обжалования, созданных советским законодательством.

В разных отраслях советского внутреннего управления методы обжалования достигли значительной степени законченности, но все они подсказаны самой жизнью, органически с нею связанны и потому вызывают живой интерес.

Институту финансовой жалобы, наиболее разработанному в советском законодательстве, удалено специальное внимание.

## ЧАСТЬ ПЕРВАЯ АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ

### Глава I

#### Теория

##### I

Начало господства закона, провозглашенное Великой французской революцией, до сих пор является недосягаемым идеалом культурного мира. До сих пор идет неустанная работа по усовершенствованию реальных гарантий законности, без которых государство права является пустым звуком, лишенной содержания декларацией.

Социальные, административные и юридические гарантии — вот те формы защиты, которые знает действительность, но которые до сих пор не получили должного влияния на жизнь.

Социальные гарантии обычно определяются как господствующий уровень правосознания народа, на котором строится все сложное здание политических и административных учреждений государства и который в конечном счете определяет и развитие этих последних.

Это определение, конечно, безупречно. Без сомнения, власть даже первобытного деспота ограничивается правосознанием народа; по остроумному замечанию Дайси, даже самодержец-султан не мог бы заставить перейти в католичество правоверных магометан. Но при всей своей правильности это определение скользит по поверхности. Правосознание народа является не первичным, а вторичным моментом: оно не более, как отражение социальных процессов, происходящих в глубинах народной жизни (употребляя формулу экономического материализма, в конечном счете — “развития производительных сил”).

Выдвинутый Еллинеком принцип самоограничения власти<sup>1</sup>, как неизбежный результат действия социальных процессов, недостаточно оценен в специальной литературе. Между тем только с точки зрения этого принципа, можно понять всю структуру

---

<sup>1</sup> Е л л и н е к. Общее учение о государстве, 1 изд., стр. 217.

ру современного буржуазного государства, которое не может не признавать прав личности (хотя слишком часто это признание носит лицемерный характер: вспомним, например, пресловутую “свободу труда”), само его существование неразрывно связано со свободным экономическим творчеством индивида, хотя и это свободное творчество обычно превращается в свободную эксплуатацию сильным слабых.

Самоограничение государства, при необычайной сложности современного государственного организма, приводит к разграничению основных функций власти — законодательной, судебной и исполнительной (разумеется при условии предоставления первенствующего значения законодательной) — и к построению всего государственного строя на основе разграничения функций; этим создаются организационные гарантии — *административные* в широком смысле. “Правовое государство, — говорит О. Майер, — есть государство, в котором благодаря разделению властей, обеспечивается господство закона также и в сфере управления... и вместе с тем, по аналогии с судебным приговором”, вызываются к жизни административные акты для того, чтобы определить в каждом конкретном случае, что должно быть правом и что должно быть выполнено. Эти установления основываются на заимствовании того, что на предшествующей ступени развития было уже сделано по отношению к суду. Мы можем, таким образом, сказать: правовое государство означает построение управления по типу суда — *Justizförmigkeit der Verwaltung* (О. Майер)<sup>1</sup>.

В заключение несколько слов о сравнительном значении разных методов охраны права.

Принципиально, социальные гарантии — самые важные, но практически они трудно уловимы. Они образуют социально-психологический фундамент всего правового строя, но не поддаются ни юридической формулировке, ни точному учету. Никогда нельзя указать заранее границу, дальше которой не сможет пойти нарушение прав, охраняемых только этим видом гарантий.

Административные гарантии, возникающие в результате автоматического взаимодействия учреждений конституционного государства, также носят слишком общий характер. Права личности охраняются автоматическим действием административного механизма только в той мере, в какой, как это замечает Еллинек,

---

<sup>1</sup> О. М а у е г. Deutsches Verwaltungsrecht, 3 Aufl., 1924, стр. 61.

требуется государственным интересом; да и практически они, как показал Гнейст, недействительны. Индивидуализировать охрану прав граждан, — на этом особенно настаивает Лемайер, — могут только юридические гарантии, которые возникают на почве подчинения органов государственного управления контролю судебной власти и вооружают гражданина иском.

Исторически сложившиеся формы судебного процесса, индивидуально управомочивая заинтересованных граждан к охране права и открывая им широкую возможность пользоваться в целях обеспечения своих субъективных прав услугами всей сложной государственной организации, технически являются наиболее совершенными видами гарантий.

Их совершенство обусловливается совершенством судебной организации, которая наиболее законченный характер получает в области юстиции в собственном смысле, т.е. в области гражданского и уголовного права. Здесь уже в начале 19-го века пробивает себе окончательно дорогу идея независимости судов. Организация суда и порядок процесса постепенно улучшаются: устанавливается урегулированное движение дел по инстанциям, правильный порядок обжалования, непосредственность, состязательность, устность и гласность процесса. Все эти формы защиты только медленно и постепенно проникают в область внутреннего управления и образуют, в своеобразном сочетании с политическим строем отдельных государств, административную юстицию.

## II

Мы считаем административную юстицию одним из институтов, обеспечивающих господство права. Но нет ли глубокого противоречия в самом существе института? Не противоречит ли началу разграничения функций идея административной юстиции? Может ли быть *юстиция административной* или, по крайней мере, должна ли она быть таковой? Этот вопрос, вопрос теории административной юстиции, имеет первенствующее принципиальное и практическое значение. Административная юстиция приобрела право гражданства почти во всех государствах Европы, и неудивительно, что теоретическая мысль стремится объяснить это явление, которое находится в противоречии, по крайней мере кажущемся, с идеей господства единого суда, казалось бы, наиболее отвечающей началу правильного разграничения функций государственной власти. Одни теории (главным образом, французские) видят оправдание и объяснение административной юстиции, как самостоятельного института, в своеобразии субъек-

та публично-правового спора (администрация), другие (главным образом, немецкие) — в своеобразии его объекта (публично-правовое отношение), третьи (русские) — в особенном свойстве самого правонарушения и вызываемых им последствий<sup>1</sup>.

Французская теория настаивает на необходимости создания, *непременно в недрах административной организации*, особого процесса для рассмотрения спорных дел, вызываемых действиями администрации, на том основании, что органы администрации, — как субъект публичной власти, представляют собой субъект права *sui generis*, не подлежащий, по своей природе, нормальному судебному контролю.

“Под судебно-административным процессом, — говорит, например, М. Ориу, — понимается совокупность правил, относящихся к спорам, возбуждаемым действиями административных лиц, поскольку эти правила отступают от общих правил”<sup>2</sup>.

В основу построения административной юстиции, как функции активной администрации, французские исследователи ста-

<sup>1</sup> Н. М. Коркунов. Очерк теории административной юстиции, “Журнал гражданского и уголовного права”. 1880. Тецнер в своей работе “О немецких теориях административной юстиции” (*Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege...* 1901) разбивает определения этого института на следующие категории: административная юстиция как решение публично-правового спора нескольких сторон перед органом публичной власти; как решение спора одной стороны с публичной властью; как судебная защита субъективных публичных прав; как справедливая охрана интересов администрацией в отдельных случаях; как функция административного судоговорения, присущая активной администрации. Множественность признаков, взятых Тецнером в основу своей квалификации, затрудняет обозрение основных течений в теории административной юстиции. Впрочем, Тецнера занимает не столько характеристика движения научной мысли в рассматриваемой области, сколько горячая защита своего определения административной юстиции, как судебной защиты субъективных публичных прав. Его критические замечания заслуживают, однако, большого внимания. В немецкой литературе вопроса он стоит особняком. Как во французской литературе Жаклен порицает излишнюю склонность французских авторитетов возводить факт в принцип, основывая отвлеченную общую теорию административной юстиции на исторических ее формах, свойственных Франции (*J a c l e n i n. Les principes dominants du contentieux administratif*), так и Тецнер иронизирует над обычным для немецких государствоведов злоупотреблением схематически схоластическими фигурами искусственных конструкций, за которыми ими забывается разнообразное содержание отдельных законодательств. От этого греха не свободен, впрочем, и сам Тецнер.

<sup>2</sup> М. Нагиоу. *Précis de droit administratif*, 3-ème éd., стр. 833.

вят теорию разделения властей, впрочем, в очень своеобразном понимании как теории *полной независимости административной власти* не только от законодательной, но и от судебной. “Если признавать принцип разделения административной и судебной власти, — говорит проф. Бертельми, — то нельзя позволить судебным органам рассматривать споры, возникающие на почве применения приказов административной власти”<sup>1</sup>.

“Разделение властей стремится оказать покровительство публичной власти и административной форме ее проявления”<sup>2</sup> (Моро). Эта теория красной нитью проходит через все французские работы по административному праву в течение целого века.

Но разумеется, с этой точкой зрения, которая является возведением в принцип факта французского позитивного права, нельзя согласиться.

Последовательно проведенная до конца теория разделения властей в ее французском понимании должна иметь следствием полную недоступность для обжалования действий органов администрации (как это действительно было при старом порядке и в эпоху революции), или, в крайнем случае, создание для них специфических трибуналов, находящихся в большем или меньшем подчинении администрации, как это наблюдается в современной Франции. Она создает для администрации привилегированное положение и находится в резком противоречии с основным началом правового строя — равенством всех граждан перед законом.

Но теория “разделения властей”, как она понимается современным публичным правом, обозначает не обособление органов власти, а скорее их сотрудничество, при целесообразном распределении функций, соответствующем структуре каждого органа. Следовательно, на ее основе нельзя построить теорию административной юстиции, как особого вида деятельности “исполнительной власти”, не зависимой от суда.

Особый порядок для рассмотрения судебно-административных споров нужен не потому, что здесь стороной является привилегированный субъект права — администрация (такое обоснование только компрометирует самую идею), а потому, что действия агентов власти, дающие основания для судебного спора, содержат в себе своеобразные элементы, не объемлемые ни гражданской, ни уголовной юстицией. И построение конкретных форм

<sup>1</sup> Berth è lemy. *Traité élément de droit admin.*, 1908., 5 éd, стр. 871.

<sup>2</sup> М о г е а у. *Le droit administratif*, 1909, стр. 1084.

административной юстиции определяется не привилегированным положением администрации, как стороны в процессе, а природой действий административных органов, дающих основание для судебно-административных споров.

Споры, вызываемые незакономерными действиями органов администрации, как субъектов публичной власти, ограничены плоскостью публично-правовых отношений. Это бесспорно. Возникает только вопрос, можно ли считать рассмотрение споров, возникающих на почве публично-правовых отношений, *исключительной* особенностью административной юстиции, которая могла бы оправдать ее независимое существование от общих судов?

Так как здесь всегда идет речь о защите публичного права, естественно, возникает вопрос, не должна ли своеобразная природа публично-правовых отношений вызвать к жизни и особый порядок рассмотрения споров, возникающих в этой области, т.е. не следует ли обосновать своеобразие института административной юстиции *на природе споров*, составляющих ее естественную компетенцию?

Немецкие теоретики отвечают на этот вопрос утвердительно, исходя, впрочем, из различных оснований. Большинство считают основной задачей административной юстиции защиту субъективных прав граждан, “вооружение” их иском, и на этом пытаются обосновать административную юстицию как особый порядок рассмотрения публично-правовых споров.

В положительном праве мы встречаем попытки обосновать административную юстицию именно на этом признаке. “Административный суд, — говорит ст. 15 старых австрийских основных законов, дословно повторенная в специальном законе 1875 г. об административной юстиции, — разрешает все жалобы, в которых кто-либо утверждает, что его права нарушены административным разрешением или распоряжением”.

На эту точку зрения и становится большинство немецких исследователей<sup>1</sup>. Тем не менее с этой точкой зрения нельзя вполне согласиться. Ограничение компетенции органов административной юстиции рассмотрением споров, возникающих на почве

---

<sup>1</sup> “Господствующее мнение стоит на той точке зрения, что административная юстиция призвана исключительно к охране субъективных прав”. G. M e u e g. Verwaltungsrecht, 1893, I, стр. 46. Ср.: B ä h g. Der Rechtsstaat, стр. 53; S a g v e y. Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege, стр. 406; S t e n g e l. Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechts, стр. 218; T e z n e g. Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, стр. 72.

поражения публичных субъективных прав действиями администрации, слишком узко и потому неточно. Поражение субъективных публичных прав в том случае, если оно причинило материальный ущерб носителю, может служить основанием для гражданского иска. Не только в Англии нарушение неприкосновенности личности постоянно является основанием для иска об убытках, но даже в дореволюционной России обычной, хотя, увы, недостаточной, защитой субъективно публичных прав от административного произвола было предъявление к должностным лицам гражданских исков в общих судах. Далее, в современном правовом государстве далеко не все виды отношений власти к гражданам могут быть отнесены к категории правоотношений, в строгом смысле этого термина. Отношения, возникающие в области дискреционной деятельности администрации, скорее могут быть охарактеризованы, как односторонние “властеотношения”, являющие собой как бы пережиток полицейского государства. Следовательно, в той мере, в какой задача административной юстиции ограничивается вооружением субъективных публичных прав иском, она не охватывает значительную сферу деятельности администрации. Между тем как раз в этой области административная юстиция и сделала в последние десятилетия наиболее крупные завоевания, подчиняя судебнообразному контролю даже дискреционные “свободные” административные акты.

Впрочем, если даже расширить содержание понятия “правоотношения”, включив сюда и отношения, возникающие на почве дискреционных распоряжений администрации (последние, разумеется, все же “связаны” хотя бы общим “смыслом” и “целью” закона), если считать, таким образом, исходя из точки зрения меньшинства немецких теорий, задачей административной юстиции охрану объективного права, в широком смысле этого слова, то все же нельзя построить на этом основании создание административной юстиции как особого института<sup>1</sup>. Такое обоснование будет слишком обще.

Как поражение субъективных публичных прав может служить основанием для гражданского иска, так нарушение объективного права создает почву для уголовного процесса и, само по себе, не может оправдать возникновения специальных “судебно-админи-

---

<sup>1</sup> На точке зрения охраны объективного права как исключительной функции административной юстиции стоит G n e i s t. Rechtsstaat, стр. 240; В о g n h a k. Grundriss des Verwaltungsrechts, стр. 95; La - b a n d. Staatsrecht, III, стр. 379 и сл. Переходное положение занимает J e l l i n e k. System d. Subiect. Öffentlichen Rechtes, 2-е изд., стр. 358.

стративных” форм охраны публичного права. Уголовная репрессия всегда стоит на страже объективного права против его нарушения должностными лицами. Достаточно вспомнить, хотя бы, необычайно широкое определение “превышения” и “упущения” власти по старому русскому уголовному уложению, чтобы понять, как далеко может пойти в этом направлении уголовный суд.

Следовательно, мало сказать, что институт административной юстиции вызывается к жизни необходимостью юридической защиты публичного права против незакономерных действий администрации, — он не является исключительной формой такой защиты, — необходимо точнее определить природу и индивидуальные свойства этих незакономерных действий. Русская школа в теории административной юстиции пытается пойти по этому именно пути<sup>1</sup>.

На той же точке зрения стоит один из наиболее тонких современных административистов<sup>2</sup>.

### III

На институт административной юстиции налагаются индивидуальный отпечаток особые юридические свойства правонарушений, подлежащих ее рассмотрению.

Действие администрации может подлежать контролю административной юстиции только в той мере, в какой оно является юридическим актом, распоряжением, создающим, изменяющим или уничтожающим публичное правоотношение, т.е. административным актом в техническом значении этого слова, который может, конечно, вызвать “материальное” действие, обращенное непосредственно к живой личности, но не теряет в силу этого своей формальной, абстрактной природы. Этот юридический акт может, конечно, быть неправомерным, но и в этом случае он не выходит из мира отвлеченных норм. Поэтому *типической* особенностью административной неправды является ее формальный, абстрактный характер, который, впрочем, не является *исключительно* ее признаком (уголовное правонарушение тоже иногда может носить абстрактный характер), которым она все же отличается от гражданской и уголовной неправды в связи с другими, специфически ей свойственными, признаками.

<sup>1</sup> Проф. Н. М. Коркунов. Государственное право, т. 11; цитированный выше очерк теории адм. юст П. И. Лазаревский. “Админ. юстиц.” в полит. энциклопедии. В последнее время к ним примыкает, проф. С. П. Покровский. Административный процесс о превышении власти. Казань, 1920.

<sup>2</sup> Ногио. Précis de droit administratif, 5 éd., стр. 228 и сл.

Нарушение публичных прав гражданина (и вообще публичного права) действиями администрации, прежде всего, резко отличается от уголовного деяния: при осуществлении своих функций администратор презюмируется действующим *bona fide*, и, следовательно, в правонарушении рассматриваемого типа отсутствует необходимый субъективный элемент всякого преступления.

От гражданского правонарушения административная “неправда” также отличается сферой своего проявления. В принципе она лежит вне сферы частных интересов и не ведет неизбежно к требованию возмещения ущерба. Административное правонарушение есть добросовестное, но *ошибочное* применение права должностным лицом, в связи с чем находятся и юридические последствия, им вызываемые. Если уголовное деяние, — через посредство процесса, — влечет за собой *наказание*, если гражданское правонарушение дает основание процессу, имеющему целью восстановление нарушенного частного права, то юридическим последствием правонарушения, вызванного административной деятельностью, может быть лишь отмена (исправление) неправильного административного акта. Таким образом, мы приблизились к решению вопроса о причинах, вызывающих к жизни административную юстицию, как самостоятельный институт: ее задачей является отмена (Коркунов) и исправление (Лазаревский) неправильных административных актов.

Усложнение задачи административной юстиции, предложенное И. И. Лазаревским, функцией *исправления* незакономерных актов позволяет включить в компетенцию органов административной юстиции не только охрану объективного права, деятельность, так сказать, “кассационного порядка”, но, в сочетании с этой основной задачей, и разрешение жалоб по существу.

Во всяком случае определение, установленное русской школой, приближает нас к решению проблемы, хотя все же не решает ее окончательно: оно не указывает признаков, по которым проявление воли активной администрации отличается от актов административной юстиции. И отмена и исправление неправильных административных распоряжений возможны не только в судебно-административном, но и в чисто-административном порядке — в порядке надзора. Следовательно, если даже допустить, что мы нашли твердое основание для различия административной юстиции от уголовной и гражданской, мы должны сделать еще последний шаг и попытаться установить различие в природе действий административной юстиции и активной администрации.

#### IV

Деятельность органов управления в принципе *подзаконна* — она

подчинена нормам абстрактного закона и требованиям публичного интереса; всякое уклонение от этого пути, необходимо, вызывает автоматическую реакцию административного механизма, по своей материальной природе и психологическому содержанию напоминающую судебную функцию. Еще французские юристы начала 19 века противополагали административному действию (*action*) — суждение (*jugement*), как самостоятельную функцию администрации (Шово).

И, действительно, отступление органов администрации от требований закона и общего интереса неизбежно вызывает “критику” со стороны тех же или вышестоящих государственных органов. Эта критика очень часто может выразиться в констатировании нарушения права (буквы закона и его цели) и будет иметь своим следствием отмену распоряжения по собственному побуждению органов управления — “в порядке надзора”. В том случае, если высший орган власти постановляет об отмене распоряжения низшего, иерархически ему подчиненного, в силу противоречия его с требованиями закона, мы имеем констатирование права — материальный акт судебной деятельности, юридически выражаящийся, однако, в *чисто-административных* формах, в типической форме акта административного. Даже на той сравнительно высокой ступени развития административного строя, в котором функция надзора осуществляется специальными установлениями — органами надзора, — положение дела не сразу и не всюду меняется. Поскольку органы надзора действуют по собственному побуждению, они, как это обычно наблюдается, не связаны (часто принципиально, по самому характеру административной деятельности, не могут быть связаны) процессуальными условиями, и их деятельность выражается опять в форме административных актов обычного типа. Функции “суждения” и “действия”, психологически различные, органически объединены в деятельности администрации и выражаются в однородных юридических формах. Но “суждение”, по своему формальному проявлению, необходимо дифференцируется от “действия” с того момента, когда оно направляется и вызывается волей заинтересованного жалобщика. В этом последнем случае оно, неизбежно обрастая процессуальными формами, является идеальным способом обеспечения субъективных публичных прав граждан, которых уже Еллинек характеризовал, как возможность привести в движение правопорядок в своих интересах. Именно поэтому “возможность привести в движение в своих интересах судебную власть является существеннейшим признаком

личности” (Еллинек). И эта дифференциация идет тем резче, чем эти процессуальные формы становятся гибче и совершеннее и чем больше влияния открывается заинтересованному индивиду на движение дела.

Административное право, именно по степени принципиальной связанности органов администрации волей жалобщика, отличает иерархическую жалобу от административного иска, возникающего с того момента, когда воля жалобщика определяет, в указанных законом пределах, деятельность административного механизма, т.е. когда последний связывается процессуальными формами в интересах жалобщика и когда *жалобщик становится стороной в процессе*.

Страна в процессе есть субъект права, который противостоит власти, чтобы получить от нее решение того, что в определенном конкретном случае должно быть признано правом. Процессуальное отношение нормирует власть суда над страной и права стороны по отношению к суду, обеспечивающие ей возможность добиваться путем воздействия на движение процесса законочным предуказанным решения.

В делах, связанных с нарушением гражданских прав, гражданин противостоит государству в качестве самостоятельной стороны, имеющей определенные процессуальные требования к государству. Это и налагает, с логической неизбежностью, на органы государственной власти специфические формы связности и обеспечивает гражданину субъективные публичные процессуальные права: право быть выслушанным, право представить доказательства, — вызвать свидетелей и т.д.

Таким образом, самоограничение государства, признание за гражданином даже только в пределах *частного* права положения субъекта права, — логически неизбежно ведет к признанию за ним права на иск или жалобу в праве процессуальном (нет права без иска), т.е. к признанию за ним публичного субъективного права<sup>1</sup>.

Последовательное развитие принципа равноправности граждан и государства, как субъектов публичных прав, приводит затем к признанию субъективных публичных прав граждан и,

<sup>1</sup> Мы не хотим сказать, что только нарушение субъективного права дает право на иск, в дальнейшем мы увидим, что процесс (административный) имеет самостоятельное значение (Ср.: Рязановский. Единство процесса, 1921), но все же полагаем, что нельзя отрицать принципиальной связи между субъективным правом и процессом как совершенной, хотя в публичном праве вовсе не единственной, формой защиты.

наконец, к созданию административных судов, действующих со всей роскошью процессуальных форм<sup>1</sup>.

Но нарушение не только права граждан, но и интереса, может дать основание к возбуждению административного иска. Государственная власть, без содействия личной инициативы и личной заинтересованности граждан никогда не сумеет уловить мелкие, но каждодневные нарушения закона, которые составляют естественный призыв административной деятельности.

Органы надзора бессильны пронизать снизу доверху все этажи административной организации, и потому является неизбежным обращение к частной инициативе. В этом смысле личная заинтересованность служит могучим стимулом охраны государственного интереса и объективного права.

Но с другой стороны, и для гражданина возможность правомерной защиты своих интересов представляет громадное значение. Как указал уже Гнейст, в сфере публичного права не всегда можно провести разграничение между правом и интересом.

В самом деле, деятельность администрации, как общее правило, выражается в ограничении свободной сферы самодеятельности гражданина, в создании для него обязанностей по отношению к государству.

Таким образом, всякие действия, распоряжения администрации, имеющие место в пределах норм, установленных в целях охраны публичного интереса, правомерно стесняют индивидуальную свободу, поскольку эти действия не превышают должную меру.

Недаром Еллинек, характеризуя в своей “Системе субъективных публичных прав” формы политической правоспособности, устанавливает специальный *status passivus*, пассивное состояние гражданина, в котором последний, — разумеется, в установленных законом пределах, — пассивно подчиняется принудительному воздействию государства.<sup>2</sup>

Норма права дает основание для возникновения субъективных публичных прав только в следующих случаях: 1) если она имеет

<sup>1</sup> Даже в тех случаях, когда в данном административном механизме нет специального судебно-административного органа, все же администрация, противостоящая гражданину, по крайней мере, в принципе, как сторона, теоретически должна предоставить ему некоторые гарантии для удовлетворения нарушенного субъективного права. Так возникает институт “формальной жалобы”, обязывающий органы активной администрации к определенным процессуальным действиям.

<sup>2</sup> Jellinek. System der subjekt öff Rechte, 2 изд., стр. 118.

принудительный (связующий) характер, т.е. исключает применение свободного усмотрения администрации; 2) издана в интересах определенного лица или определенного круга лиц для удовлетворения их индивидуальных интересов, а не только в интересах целого; 3) если этим лицам обеспечена возможность потребовать от администрации определенных действий в их интересах (Бюллер)<sup>1</sup>.

Во всех остальных случаях жалобщик может противопоставить администрации только свой “интерес” и остается бессилен в борьбе с произволом администрации, если ему не будет предоставлена возможность юридической защиты этого интереса.

Исходя из принципа “справедливого управления”, Гнейст настаивал на предоставлении гражданам права жалобы и в том случае, если администрация, вопреки принципу справедливости, диктуемой правопорядком, нарушает интересы отдельного гражданина. Отсюда — широкое предоставление лицам, у которых нарушен интерес, права обжалования действий администрации, противоречащих не только букве, но даже и цели закона.

Технически, возможность предоставления юридической защиты интересу граждан в области публичного права облегчается в значительной мере самой же конструкцией государства как субъекта права. Воля государства проявляется в действиях отдельных живых лиц, но эти лица презумируются органами государства, и их действия считаются действиями государства лишь в той мере, в какой они действуют с соблюдением установленных форм, по которым “воля” государства и опознается. Арест постольку перестает быть самоуправством, произвольным нарушением личной свободы и становится актом “воли” государства, поскольку определенные лица, производя задержание, действуют *на основании закона*, с соблюдением установленных в законе формальностей, и специальные гарантии неприкосновенности личности заключаются, в сущности, в уточнении и усложнении этих форм.

Нарушение предписанных объективным правом форм опорочивает и самый административный акт, превращая его из акта того или другого органа “власти” в юридически ничтожное действие отдельного физического лица. Поскольку это нарушение объективного права *совпадает* с нарушением интереса частных лиц, последние, предъявляя иск об отмене административного акта, нарушающего объективное право, получают юридическую

<sup>1</sup> B ü l l e r. Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, стр. 21.

защиту своего нарушенного интереса. По мере того, как расширяется основание для обжалования распоряжений администрации, противоречащих объективному праву, расширяется сфера юридически защищенных интересов. С того момента, когда нарушение цели закона дает основание для обжалования решения, презюмируемого неправомерным по этому признаку, — на защиту интересов гражданина, даже не входящих в область его субъективных прав, встает вся система законодательства данного правопорядка и, даже более, вся совокупность правосознания эпохи, так как, разумеется, понятие цели закона может быть выведено только путем *толкования*, всегда представляющего собой творческий анализ положительного права. Вместе с тем социальные гарантии, могучие, но неуловимые и, казалось бы, неприменимые к индивидуальным конкретным случаям, становятся на страже правовой сферы индивидуума. Иск о защите интереса, теряя свой эгоистически-индивидуалистический характер, приближается по своему значению к *actio popularis*<sup>1</sup>.

Таким “обходным” путем континентальное право расширяет юридические возможности защиты прав и интересов граждан, в области публично-правовых отношений, в том же направлении, как это было достигнуто вековым опытом правового развития Англии, где, в известной мере, право обжалования незакономерных действий администрации входит, как составной элемент, в политическую правоспособность гражданина. Субъективное публичное право”, — говорит Редлих, — “возникает у английского гражданина не только на основании особого правопроизводящего факта, но и непосредственно из объективной нормы. Субъективным правом является право на устранение незаконных действий частных лиц или органов административной власти, безразлично, принадлежит ли нарушенная норма к гражданскому или публичному праву. В этом своеобразном *actio popularis* лежит необходимый конституционный королларий к другому основному принципу английского права, в силу которого всякий акт государственной власти должен иметь юридическое основание”<sup>2</sup>.

Исходным пунктом во всех случаях возбуждения исков, основанием которых является нарушение объективного права, является личная инициатива гражданина. Последний является в той

<sup>1</sup> Здесь, конечно, речь идет только о тенденциях. В настоящее время, только в исключительных случаях, специальными постановлениями законодателя административный иск расширяется до значения *actio popularis*, см.: F l e i n e g. Institutionen, стр. 221—222.

<sup>2</sup> R e d l i c h. Engliche Localverwaltung, 1901.

же мере стороной в исках, вызванных нарушением администрацией объективного права, как и в исках, направленных на защиту прав субъективных.

Весь сложный процесс рассмотрения дела, предшествующий отмене или исправлению актов администрации, нарушающих объективное право, проходит под непосредственным процессуальным воздействием заинтересованного субъекта права — стороны, и этим резко отличается от условий деятельности администрации в порядке надзора.

Взаимозависимость деятельности государственной власти и индивида, не известная в области активной администрации, придает особый характер постановлениям органов административной юстиции; они по своим юридическим свойствам отличаются от распоряжений активной администрации: *res judicata* им свойственна в гораздо более глубокой степени, — не только в “формальном”, но и в “материальном” смысле<sup>1</sup>.

Ранее мы пришли к выводу, что признаком, отличающим административную юстицию от уголовной и гражданской, является особая природа правонарушения, теперь получаем, — путем углубления анализа формальных последствий, связанных с этим своеобразным видом правонарушения, — признак, отличающий административную юстицию от активной администрации. Отмену или исправление незакономерного административного акта можно считать характерным признаком административной юстиции лишь постольку, поскольку они вызываются действием индивида, как стороны в административном процессе.

Единство административной юстиции с гражданской и уголовной достигается не только общностью целей (этот признак, в силу своеобразия природы деятельности администрации, недостаточен), но и общностью формальных (процессуальных) условий<sup>2</sup>.

Административной юстицией мы называем особый порядок рассмотрения жалоб на незакономерные административные акты, осуществляемые с участием жалобщика как стороны и имеющие своим последствием отмену или исправление этих актов.

Только что приведенное определение позволяет установить содержание института административной юстиции и *de lege lata* и *de lege ferenda*.

Всюду, где жалобщик является стороной, мы констатируем наличие административной юстиции, но, само собой разуме-

<sup>1</sup> F 1 e i п е г. Op. cit., стр. 220.

<sup>2</sup> Н. Н. П о л я н с к и й. Цель уголовного процесса, 1919; В. Р я з а н о в с к и й. Единство процесса, 1920.

ется, от того, в какой мере это принципиальное требование последовательно проведено в жизнь, мы можем говорить или о лишь зародившихся, элементарных или, напротив, о сложных, законченных формах административной юстиции.

Вопрос о том, следует ли передать рассмотрение спорных судебно-административных дел специальным трибуналам или их нужно оставить в ведении общих судов, с нашей точки зрения, имеет второстепенное значение. Это вопрос не принципа, а техники, вопрос условий места и времени. Существенно лишь, чтобы были обеспечены необходимые процессуальные гарантии.

## Глава II

### Органы административной юстиции (общие принципы организации)

#### I

Административная юстиция, своеобразный орган контроля над действиями администрации, возникла и неизбежно должна была возникнуть в современной Европе, как практическое следствие, практический вывод признания господства закона руководящим началом современного государства. После того, как не удалась красавая мечта Великой французской революции одним ударом освободиться от пережитков полицейского строя, превратив сразу монархию божьей милостью в республику свободы, равенства и братства, не оставалось другого выхода, как осуществлять принципы свободы и равенства (которые так часто обесцвечивает историческая действительность), — путем медленных усилий сменяющих друг друга поколений. Идеалы, завещанные французской революцией, остались; они в значительной мере определяют собой историю девятнадцатого века, но пути к их осуществлению изменились. Революционный метод заменился методом эволюционным.

И в этой последней области развитие административной юстиции, как специального административного аппарата, технически приспособленного к охране закона и права, естественно, привлекает внимание исследователя. В ее организации откристализовались, конкретизировались великие принципы освободительного движения восемнадцатого столетия. В какой мере эти принципы совместимы с требованиями к праву новых социальных групп, выдвинувшихся на арену истории во второй половине девятнадцатого века, в какой мере эволюционный метод развития в состоянии осуществить революционные традиции, — на эти

вопросы ответ может быть дан только специальным исследованием. Но и в нашей работе, посвященной, главным образом, технической стороне проблемы осуществления законности в административном строе, мы не можем совершенно оставить в стороне эти общие вопросы. Поэтому прежде чем перейти к юридическому анализу организации и компетенции органов административной юстиции, мы постараемся дать краткий очерк ее исторического развития. Таким путем можно сделать некоторые шаги к выяснению или, по крайней мере, к конкретизированию вопроса о роли, которую играли в развитии этого института "социальная стихия" и волевые усилия личности, борьба классов и идеалистические предания революции, инстинкт государственного самосохранения и принципиальная борьба за право.

Разумеется, уже по самым размерам нашей работы, мы можем только затронуть эти общие проблемы, можем только указать с фактами в руках, что и та специальная область, которая нас сейчас интересует и которая лежит в стороне от большой дороги истории, в сущности подчинена общим законам политического развития.

Дифференциация политики от администрации, концентрация политических функций в руководящих органах государства и подчинение административного управления нормам объективного, бесстрастного закона — таковы тенденции этого развития, которые, как мы увидим, хотя и проявляются не с одинаковой степенью интенсивности в разных странах, но всюду приводят к противоположению "верховного" и "подчиненного" управления, "правительственных" и "административных" актов. Первые в разных формах ускользают от судебного контроля, последние все глубже и глубже ему подчиняются. В углублении этого подчинения деятельности государства юридическому контролю заключается важное значение административной юстиции.

## II

Административные суды в Западной Европе представляют собой органы власти, специально предназначенные для рассмотрения и решения спорно-административных дел в формах судебного процесса.

Их организация гораздо менее совершенна, чем организация общих судов, и на ней гораздо отчетливее, чем на последних, отразились политические влияния господствующего класса в отдельных государствах. Во Франции нераздельное влияние буржуазии на политическую жизнь привело к единой законченной сис-

теме административных судов, тесно связанных с активной администрацией, всецело находящейся в распоряжении этого господствующего класса. В Германии, особенно в Пруссии, мы наблюдаем другую картину: до революции 1918 г. там у власти находилось в гораздо большей степени землевладельческое дворянство, чем промышленная буржуазия, и это нашло себе отражение не только в исключительно дворянской окраске состава местных административных судов, но даже в теоретических построениях административной юстиции. Теория Гнейста, духовного отца современных германских административных судов, в этом отношении чрезвычайно поучительна: она воочию обнаруживает зависимость общих абстрактных теоретических построений от реальных классовых интересов. На ней мы остановимся подробнее.

Появление на исторической арене нового социального класса — промышленного пролетариата — повлекло за собой усложнение системы административных судов. В Германии в девяностых годах XIX века создаются специальные судебно-административные органы для решения споров, возникающих на почве применения социального законодательства. В Англии возникновение административной юстиции как *самостоятельного института* является неожиданным рефлексом социальной эволюции: развитие социального законодательства вызвало потребность в специальном аппарате для охраны “социального права”, которое в Англии, как показал Маркс в своем “Капитале”, начало складываться еще в начале девятнадцатого века, и по отношению к которому общественные группы, господствующие в административном управлении Англии, обнаружили не только индифферентизм, но даже скрытую враждебность. Таким аппаратом и явилась административная юстиция.

В дореволюционной России построение административной юстиции было чрезвычайно элементарно, — она была отдана в распоряжение господствующего дворянского сословия.

Но как бы ни были велики в данном случае влияния классовых интересов, все же в техническом отношении административные суды заслуживают большого внимания, как попытка применить к отысканию истины в спорных делах публичного права те же процессуальные приемы, которые были добыты вековым опытом в практике судов гражданских и уголовных и обобщены, систематизированы теорией судебного нрава. В нашей работе мы даем очерк развития *организации* административной юстиции во Франции, Германии (Пруссии), Англии и России, по каждому

государству *отдельно*, так как именно в этой области особенно рельефно отразились индивидуальные особенности политического строя этих государств. При анализе компетенции административных судов и административного процесса мы ограничились *общей* характеристикой. В этой области национальные различия оказались сравнительно мало.

### III

На истории французского внутреннего управления девятнадцатого века можно последовательно изучить закономерность обособления функций судебного контроля и административного действия и, вместе с тем, видеть, как под влиянием потребностей государственного механизма и под давлением общественного мнения, особенно юристов-специалистов, этот процесс проявляется, лишь только это позволяют политические условия, не всегда совместимые со свободным функционированием административных судов. Если французское административное право создано толкованием деятелей административных судов, то сами суды, как самостоятельное учреждение, развились и окрепли, как отзвук политических бурь, не раз пытавшихся и до сих пор не успевших разбить ту железную клетку, в которую запер Францию суровый гений Наполеона. Во Франции не только провозглашение субъективных публичных прав граждан было делом революции, но даже вооружение их иском явилось *отраженным* результатом революционного движения. Таким образом, нашла себе новое подтверждение старая истина, что юридическое толкование — “право юристов” — является самостоятельным фактором развития правовых учреждений, но что, вместе с тем, пределы его влияния всегда определяются политическими условиями эпохи.

Для истории французской административной юстиции эпоха *буржуазной французской революции 1789 г.*, с которой так органически связан современный политический строй Франции, имеет, главным образом, принципиальное значение; эта эпоха провозгласила незыблемость прав человека и гражданина (субъективных публичных прав) и создала страстный культ закона, но практических форм для осуществления этих принципов революция не сумела выработать, и прав был Гнейст, говоривший, что революции нужны были “законы” (декларативные), а не “учреждения”. Даже более, — французская революция поставила администрацию *над* законом. Законы революционной эпохи воспрещали судам под страхом наказания вмешиваться в дела внутреннего управления (даже тогда, когда вопрос о законности

административного акта входил в уголовный или гражданский процесс)<sup>1</sup>.

Впрочем, в принципе, в эпоху французской революции, совершенно точно и определенно откристаллизовалась мысль о необходимости судебного контроля над действиями администрации и даже были намечены его формы.

Уже *cahiers de baillage*, требуя, как общего правила, уничтожения всех исключительных судов и передачи всех тяжб в ведение общих судов, в некоторых случаях высказывались за создание самостоятельного административного трибунала.

В Конституанте специальный комитет высказался за организацию в каждом департаменте специального выборного трибунала с судебно-административными функциями, который, однако, мог бы рассматривать в судебном порядке жалобы только в том случае, если эти жалобы первоначально были бы поданы в муниципалитеты или директории и если примирительная деятельность этих последних органов не увенчалась успехом.

Сиеис, с своей стороны, проектировал создание, в качестве высшей инстанции, единого национального суда, состоящего из 383 судей, избранных департаментскими собраниями по одному на департамент. Четвертая секция этого национального суда — “великий политический трибунал” — должна была рассматривать жалобы по должностным преступлениям, совершенным при исполнении обязанностей, и являлась таким образом, употребляя выражение Эсмена, “эскизом будущего Государственного Совета”.

Вplenуме Конституанты эти идеи не встретили сочувствия, — победила идея концентрации функций суда и управления в руках администрации.

Тем не менее и политический опыт революционной эпохи также говорил о необходимости отделения функций контроля от функций администрации. При обсуждении конституции III года этот вопрос был опять поднят. Дюфернон находил опасной передачу судебных функций администрации и предлагал организовать особый кассационный трибунал для административных дел наподобие существовавшего уже гражданского кассационного суда<sup>2</sup>. Но эти предположения остались в области теории.

<sup>1</sup> По истории административной юстиции во Франции. *D a g e s t . La justice administrative en France*, 1862; *L a f e g r i e g e . De la juridiction administrative*, t. 1, 1887.

<sup>2</sup> E s m e i n . *La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante*, *Jahrbuch d. öffentlich. Rechts B. V.*, 1911, стр. 14 и сл.

С самого начала революции все дело административной юстиции было передано в руки активной администрации, и ей пришлось разделить все трагические судьбы последней. В первые годы революции административная юстиция была вверена королю и его министрам, составлявшим Государственный Совет (по закону 27 апреля — 25 мая 1791 г.).

Этот Государственный Совет, являвшийся скорее Советом министров, был уничтожен вместе с падением королевской власти и с тех пор активная администрация и, как следствие, административная юстиция перешли в руки Конвента. Смешение властей все усиливалось, и декларация 26 августа 1789 г. о разделении властей оставалась мертвой буквой. Конституция 5 фрутидора III года (ст. 193—197) возвратилась к предыдущему порядку, более умеренному: она вручила управление высшей административной юстиции Директории (представлявшей собою исполнительную власть) и министрам. Из этой организации революционного времени один институт уцелел и дожил до наших дней — это *юрисдикция министров*.

Организация *низшей* административной юстиции переживала аналогичные стадии развития. Закон 7 сентября 1790 г. вручил административную юрисдикцию выборным органам: в первой инстанции — окружным директориям и во второй — администрации департамента. Эти учреждения соединяли функции суда и активного управления. Комитеты Конвента унаследовали все эти полномочия: им было поручено дело управления и суда в административных тяжбах. Конституция Директории III года (ст. 174—202) организовала муниципалитеты кантонов и органы управления департамента опять на выборных началах.

Как и коллективные органы администрации 1790 г., эти новые административные организации соединяли в себе функции суда и управления. Но мысли законодателя революционной эпохи административные учреждения, осуществляющие одновременно с активной администрацией и функции административной юстиции, уже по тому одному, что были построены на выборном начале, должны были быть независимы и беспристрастны. Но эти надежды не оправдались, какие оправдались надежды и на благотворное действие выборного начала в эпоху войны и революции в местном хозяйстве<sup>1</sup>.

“Подобная организация”, говорит современный исследо-

<sup>1</sup> З. Авалов. Децентрализация и самоуправление во Франции, 1905.

дователь, “была в высшей степени несовершенна: в тех областях, где она соприкасалась с ходом деятельности активной администрации, она ее нервировала, лишая ее в то же время ее целостности: она не представляла ничего ценного и в смысле гарантий здравой административной юстиции”.

Кроме того, Конституция 5 фрутидора III г. всецело подчиняла административные учреждения министрам и исполнительной Директории; последние могли, действительно, не только аннулировать любое административное распоряжение, но даже... “приостановить” или “немедленно отрешить” от должности администраторов (ст. 193—198); единственной гарантией против произвола было то, что всякое постановление должно было быть мотивировано. Таким образом, активная администрация совершенно поглотила элементы самодеятельности органов местного административного суда.

В результате отправная точка развития — начало разделения властей — была заменена диаметрально противоположной. Нарушение права подлежало рассмотрению тех же властей, которые рассматривали дела и по нарушению интереса; жалоба (*recours gracieux*) смешивалась с судебно-административным ис ком (*recours contentieux*). Исполнительная власть и министры были уполномочены отменять и заменять все акты административных учреждений, в том числе и решения по судебно-административным делам.

“Революционная” теория разделения властей получила реакционное содержание, приблизившее административный строй эпохи революции к старому порядку: функция “суждения” окончательно была слита с функцией “действия”<sup>1</sup>. Понадобились усиления нескольких поколений, чтобы уничтожить, хотя бы в несовершенной мере, этот неожиданный рецидив монархического режима, так пришедшийся на руку реакции начала XIX века.

*Государственный Совет, созданный Наполеоном по Конституции 22 фримера VIII г., подобно Совету короля до 1789 г., совмещал функции правительства, суда и администрации*<sup>2</sup>. И хотя декретом 5-го нивоза VIII г. на него было возложено рассмотрение судебно-административных дел, раньше входивших в компетенцию министров, но действительно осуществлять функции административной юстиции Государственный Совет стал только через 5 лет, в 1806 г., когда в его составе была организована спе-

<sup>1</sup> Lafeggie e. Op. cit., t. 1, стр. 11.

<sup>2</sup> Покровский. Государственный Совет, стр. 78.

циальная комиссия по судебно-административным делам (*commission de contentieux*) под председательством “Старшего Судьи”, — министра юстиции, и были созданы некоторые процессуальные формы (введена адвокатура, установлены сроки обжалования, порядок исполнения решений). На обязанности комиссии лежало расследование дела и изготовление проекта решения, которое поступало на обсуждение общего собрания Совета. Но права постановлять решение не имела ни комиссия, ни общее собрание. Это право, в принципе, было прерогативой монарха (*justice retenue*). Общее собрание включало в свой состав не только штатных членов Государственного Совета, но и сверхштатных, т.е. чиновников активной администрации.

Таким образом, выделение судебно-административных функций было совершенно недостаточно и носило только внешний формальный характер. Тем не менее даже столь ничтожное выделение судебной функции из активной администрации сыграло чрезвычайно благотворную роль в истории Государственного Совета. Правда, период реставрации был эпохой его *политического* значения *par excellence*, — ему пришлось разбирать споры о национальных имуществах, о восстановлении эмигрантов в праве собственности на имущество, еще не поступившие в продажу, и его политическая окраска вызывала в печати суровые нарекания и даже прямые обвинения в контрреволюционности, но все же, по крайней мере, за пределами политических вопросов, в его недрах продолжалась разработка принципиальных основ французского административного права<sup>1</sup>. Сначала решения Государственного Совета не публиковались и были известны только ограниченному кружку лиц, — его деятельность не имела общественного значения. “Префекты, советы и самый министр”, говорит административист этой эпохи Макарель, “не знают решений Государственного Совета, состоявшихся по их жалобам. Даже члены Государственного Совета, специально ведающие разбор судебно-административных дел, в большинстве случаев не знают постановлений их предшественников. Наука административного права, столь обширная и сложная, известна только небольшому кружку избранных, а все остальные граждане и даже органы власти остаются в странном неведении своих прав и обязанностей”.

Положение вещей было тем более затруднительным, что законодательство о внутреннем управлении в эту эпоху было воистину хаотическим. “Нормы, регулирующие область внутреннего управления, — как характеризует Карменен, другой видный специалист того времени, современное ему административное пра-

<sup>1</sup> Vivien. Etudes administratives, 1845, стр. 227.

во, — отражают на себе окраску различных правительств, сменившихся за последние 28 лет. Они выражены в массе законов, чудовищных, фискальных, беспорядочно сгруженных в “Бюллетене”.

Многие законы вышли из употребления не потому, что были отменены, но в силу их полной негодности (*infamie*); они носили смерть в самих себе. Другие расплываются в лишних мелочах и теряют из виду общую цель. Третьи столь общи и формулированы в столь общей форме, что в них нельзя найти указаний для решения конкретных случаев<sup>1</sup>.

Из этого хаоса французское право было выведено прежде всего опубликованием и научной разработкой решений Государственного Совета. Двадцатые годы — эпоха развития романтизма в литературе и искусстве, эпоха оживления политических интересов — сделали общественным достоянием судебный опыт, накопленный Советом за первые десятилетия его существования. В 1818 г. Макарель на основании анализа решений Государственного Совета, опубликовал книгу “*Les éléments de la jurisprudence administrative*”, заключающую в себе основные принципы решений. Одновременно Sirey опубликовал самые тексты решений и через два года стал выпускать специальный сборник “*Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*”, а Жерандо обработал 80 000 законодательных текстов в своих “*Instituts*”<sup>2</sup>. Этим было положено начало систематическому творчеству доктрины французского права<sup>3</sup>.

*Революция 30-го года построила французский политический строй на либеральном основании, что радикально отразилось и на судьбах Государственного Совета.* Ордонанс от 21 августа 1830 г. передал судебно-административные дела в ведение общего собрания специального характера, в котором могли принимать участие только штатные советники, непосредственно не связанные с административной службой, и этим было ослаблено влияние администрации на рассмотрение жалоб. Следующие ордонансы — 20 февраля и 12 марта 1831 г. — построили административный процесс на началах состязательности, устности и публичности заседаний<sup>4</sup>. Эти три, до тех пор неизвестные, принципа с тех пор постоянно поддерживались — сначала основным законом 19 июля 1845 г., затем различными узаконениями пос-

<sup>1</sup> M. de Carmenin. *Du Conseil d'Etat*.

<sup>2</sup> *Instituts de droit administratif français, reunis et mis en ordre par le baron Gerando.* 1864. Для характеристики доктринальной работы Жерандо см. Macarel. *Cours d'administration et de droit administratif*, 1852, стр. 3 и сл.

<sup>3</sup> Найдион. *Précis*. Op. cit. 245 стр. и Вивиен. Op. cit., стр. 281.

<sup>4</sup> Вивиен. Op. cit., стр. 241.

ледующих режимов. Но только революция 1848 г. попыталаась создать из Государственного Совета действительно независимый административный суд.

Закон 3 марта 1849 г. установил новую и необычную систему: административная юстиция перестала подлежать ведению общего собрания Государственного Совета; секция судебно-административная, бывшая до тех пор только секцией расследования, сделалась единственной судебной секцией и превратилась, таким образом, в настоящий трибунал, назначаемый Национальным Собранием и поставленный вне всякого давления административных властей, ибо ни министры, ни сверхштатные советники не принимали в нем участия. Тем не менее штатные советники секции судебно-административных дел продолжали участвовать в делах административных общего собрания и, следовательно, совмещать административные функции и судебные.

Но такой порядок длился только до начала 2-й империи. По основному декрету 25 января 1852 г. общее собрание Государственного Совета вернуло себе свое прежнее право быть единственным судебным учреждением для разбора судебно-административных дел, причем за комиссией по судебно-административным делам сохранилась, по общему правилу, лишь подготовка этих дел. По ст. 49 Конституции 14 янв. 1852 г. Государственный Совет собирался под председательством президента республики, который в силу декрета 25 января 1852 г. имел право решающего голоса при равенстве голосов. Принцип *justice retenue* получил чрезвычайно яркое выражение. *Вторая империя, таким образом, привела, как и можно было ожидать, к слиянию всех функций государственной власти в руках одного органа власти.* Либеральная эпоха второй империи в чрезвычайно своеобразной форме отразилась на судьбах Государственного Совета. Желая дать компенсацию за ограничение свободы и политических гарантий, правительство второй империи решилось увеличить гарантии “хорошей администрации”. Это была “система предохранительного клапана” (Ориу)<sup>1</sup>. В этих целях было облегчено возбуждение жалоб на превышение власти путем освобождения от налога и допущения адвокатуры. Государственный Совет, который был au courant правительственных намерений, воспользовался декретом для расширения пределов своей юрисдикции. Именно в эту эпоху количество оснований для возбуждения жалоб на превышение

<sup>1</sup> Н a u g i o u (в приложении к книге Покровского “Государственный Совет”). Les conditions extérieures de développement du recours pour excès du pouvoir, стр. X.

власти увеличилось с 2-х до 4-х (Ориу). Как чутко “мнение юристов” отражает веяния эпохи!

В настоящее время, по закону 24-го мая 1874 г. (ст. 10, 12 и 15) и 13-го июня 1879 г., главные черты системы, принятой при второй империи, возобновлены. Юрисдикция, в принципе, оставлена за общим собранием Государственного Совета, составленного совершенно так, как указывал декрет 25 января 1852 г., с одним лишь изменением, а именно, что секция по судебно-административным делам получила право постановлять решения по некоторым делам. Таким образом, третья республика унаследовала организацию Государственного Совета второй империи, в свою очередь являвшуюся скопком с организации Государственного Совета Наполеона Бонапарта. И только признание его *полномочным* судебным органом современная эпоха заимствовала от революции 48 года.

*По ст. 9 закона 24 мая 1872 г., Государственный Совет делает окончательные постановления по делам судебно-административным. (Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative). Justice retenue окончательно уступила место justice déléguée.* Судебно-административная деятельность из прерогативы политического главы государства сделалась функцией административного учреждения, к ней специально приспособленного.

В настоящее время организация Государственного Совета в деталях определена законом 1910 г.<sup>1</sup> Государственный Совет, как высший административный суд, распадается на: 1) общее административно-судебное собрание, 2) отделение общей административной юрисдикции, распадающееся, в свою очередь, на три секции, 3) отделение специальной административной юрисдикции, тоже разделенное на три секции. Сложность современной судебной организации Государственного Совета соответствует сложности и разнообразию подлежащих его рассмотрению дел. В грубой форме Моро так классифицирует распределение компетенции между отдельными органами Государственного Совета: “Дела наиболее важные или трудные рассматриваются общим собранием, средней важности — отделением, незначительные — секцией”.

Дела так называемого “малого процесса”, “petit contentieux”, исследуются и судятся одним из отделений или одной из секций. Напротив, дела “большого процесса” (grand contentieux) подле-

<sup>1</sup> Покровский. Op. cit., стр. 202 и сл.

жат рассмотрению общего собрания в общем публичном собрании с участием сторон, по предварительной подготовке отделения или секции. К этой последней категории принадлежат и дела по отмене незакономерных действий администрации по превышению власти. В зависимости от характера дел, Государственный Совет служит то первой (и последней) инстанцией (по вопросам о превышении власти), то апелляционной, то кассационной.

В качестве прокурора (представителя государства) выступает правительственный комиссар из числа докладчиков общей административной юрисдикции. В состав Совета входят советники, судьи, докладчики, на обязанности которых лежат расследование и доклад дела, и аудиторы, представляющие собой технический персонал.

Личный состав назначается и увольняется правительством и, таким образом, представляет собой по своему положению полную аналогию с чиновниками активной администрации. Члены Совета назначаются на девять лет декретом президента республики и, хотя неизвестен на практике ни единый случай смещения члена судебно-административного отделения Государственного Совета, хотя и установился даже обратный обычай назначения советника за истечением срока его службы на новое девятилетие, тем не менее над членами Совета все еще продолжает висеть Дамоклов меч в виде закона установленной возможности их смещения. Впрочем, запрещением совместительства для персонала Государственного Совета, исключением из судебных собраний и секций должностных лиц активной администрации и установлением конкурса (необязательного), как предварительного условия поступления на службу в Государственный Совет, значительно все-таки смягчена зависимость персонала высшего судебно-административного учреждения от политической администрации.

Историческая судьба французских низших органов административной юстиции аналогична судьбе Совета.

Советы префектуры были созданы Наполеоном одновременно с Государственным Советом, как учреждения чисто административного типа, на которые, однако, было возложено рассмотрение в первой инстанции судебно-административных дел. Вначале долгое время деятельность советов префектуры как административных судов регулировалась обычным правом, постепенно заимствовавшим многие принципы гражданского судопроизводства. Законами 1862, 65 и 89 гг. был установлен процесс

инструкционного характера, более приближающийся к уголовному судопроизводству, чем к гражданскому. В совете префектуры дела рассматриваются с соблюдением обычных процессуальных форм — состязательности, гласности, публичности — но суду предоставлена руководящая роль. В настоящее время в совете префектуры, поскольку он является органом административного суда, заседают три (в некоторых департаментах — четыре) советника под председательством старшего из них (вице-президент), по назначению, ежегодно возобновляемому (формально президентом числится префект). Прокурорские функции исполняет генеральный секретарь. Советники префектуры назначаются министром внутренних дел. Образовательный ценз не необходим и может быть заменен служебным; жалование в большинстве департаментов ничтожно (2.000—4.000 франков), и все будущее этих судей всецело зависит от их преуспевания в рядах активной администрации, как чиновников префектуры. Таким образом, если советы префектуры по функциям и процессу представляют собой судебные учреждения, то по принципам организации они еще в гораздо большей степени, чем Государственный Совет, органы активной администрации.

*Дуализм правосудия во Франции, существование наряду с общей системой судов обособленной административной юрисдикции, необходимо вызвал к жизни (в 1872 г.) особое учреждение — конфликтный суд, — tribunal des conflits, на обязанности которого лежит рассмотрение споров о компетенции между общими и административными судами. Несмотря на сложный состав (три члена по выбору кассационного суда, три члена по назначению президента республики из состава Государственного Совета, три — по выбору этих шести), господствующее влияние здесь все-таки принадлежит администрации, благодаря председательствованию министра юстиции и назначению административных членов по усмотрению президента республики.*

Деятельность tribunal des conflits далеко не вполне смягчает дуализм правосудия, и история французского права знает случаи, когда жалобщик оставался неудовлетворенным именно вследствие двойственности судебной организации. Общие суды отказывались принять дело к рассмотрению, считая, что оно подсудно административным судам, которые, в свою очередь, отсылали жалобщика в общие. Но как ни велики недостатки современной организации tribunal des conflits, она является совершенной сравнительно с порядками монархического режима, когда вопросы

о компетенции разрешались абсолютной властью главы государства, т.е., фактически, — заинтересованного министра.

Суммируя все сказанное выше, можно так формулировать принципы французской административной юстиции:

*1) воспрещение общим судам вмешиваться в расследование административных актов, 2) установление специальных административных судов, 3) право администрации возбуждать пререкания по поводу административных дел, принятых к рассмотрению общими судами.*

Двойственность природы органов французской административной юстиции отразилась и на оценке их значения в специальной литературе. Русский исследователь С. П. Покровский не находит достаточно ярких красок, чтобы обрисовать благодетельное значение высшего французского административного суда, Государственного Совета, как учреждения, гарантирующего гражданам спокойное пользование их правами<sup>1</sup>.

Той же точки зрения придерживается и подавляющее большинство французских административистов (за исключением Жаклена). Иностранные исследователи осторожнее в оценке деятельности французских административных судов и признают, что на их решениях в сильной степени отражаются политические веяния момента. Лемайер констатирует “отсутствие единого плана во всем этом здании, в котором нет принципиального разграничения компетенции”<sup>2</sup>. По словам Аншютца, французская административная юстиция по строю гораздо более администрации, чем юстиция. Барон Корф тоже думает, что процесс обособления органов административной юстиции от администрации нельзя считать завершенным, что и в частности Государственный Совет не приобрел еще в глазах общества положения независимого административного суда<sup>3</sup>. По мнению Лоуэля, французские административные суды не представляют гарантii прав граждан в тех случаях, когда дело имеет, хотя отчасти, политический характер<sup>4</sup>. Дайси утверждает, что вся система французского административного права, как совокупность законов, ограждающих привилегии правительства, противоречит принципу равенства граждан перед законом<sup>5</sup>. Наконец, призна-

<sup>1</sup> Покровский. Op. cit., стр. 228 и сл.

<sup>2</sup> Леймайер. Op. cit., стр. 81.

<sup>3</sup> Бар. Корф. Op. cit., т. II, стр. 408.

<sup>4</sup> Lowe I. Government and parties. Vol. I, стр. 58—59.

<sup>5</sup> Дайси. Основы Государственного права Англии. Русск. перев., 1891, стр. 267.

вая, что Государственный Совет сыграл громадную роль в деле творчества французского административного права, нельзя забывать его социальный консерватизм, в котором сказалась тоже его кровная близость к руководящим буржуазным кругам Франции. Как этот консерватизм упорен, можно судить хотя бы по той борьбе, которую Государственный Совет вел против социального законодательства во имя принципа свободы договора. Как раньше политические, так теперь социальные условия кладут предел свободному полету творчества права путем толкования<sup>1</sup>.

#### IV

Современное германское право знает общеимперские органы административной юстиции и суды отдельных государств.

При этом общеимперские органы носят узкоспециальный характер и, хотя действуют при рассмотрении жалоб с соблюдением форм судебного процесса, все же по своей организации приближаются к органам активной администрации. Таковы, например, высшие органы по рабочему страхованию (*Reichsversicherungsamt*), по надзору за частным страхованием. Patentamt — учреждение по надзору за выдачей патентов<sup>2</sup>. До революции существовали только административные суды отдельных государств, образующих теперь германскую федеративную республику. Они в значительной мере отражали на себе характерные черты германского старого порядка. В эпоху революции был создан общесоюзный административный суд.

Заслуживают специального внимания (и по своей организации и по своеобразному построению своей компетенции) финансовые суды. После революции в Германии создана общесоюзная финансовая организация, построенная по-бюрократически, но в ее состав введены особые финансовые суды как в отдельных государствах, составляющих Германский союз, так и в самом Союзе. Финансовые суды отдельных государств включены в административно-финансовое управление. Они состоят из двух чиновников финансового ведомства по назначению от центра и трех “почетных” (выборных) членов от органов самоуправления, парламентов отдельных государств и публично-правовых корпораций. Союзный финансовый трибунал существует как самостоятельная организация — Высший Налоговый Суд — и разделен на Сенаты (отделения) из пяти членов каждый.

<sup>1</sup> См. примеры в брошюре М. Загряцкого *Социальная деятельность городского самоуправления на Западе*, 1906, стр. 40, 65.

<sup>2</sup> Bitte g. Handwörterbuch der Preussischen Verwaltung, стр. 681.

Компетенция высшего финансового суда сконструирована в высокой степени своеобразно; на его рассмотрение поступают не законченные постановления, являющиеся, по мнению того или другого субъекта Союза, незакономерными, а “недоразумения” между ними в области толкования федерального права. Специальной нормой закона 23/VI—24 года постановлениям Высшего Финансового Суда присваивается сила закона. Таким образом, в резкое противоречие принципам теории разделения властей здесь судебным органам представляются законодательные функции.

Мы видели выше, что во Франции принципиальным основанием самовластия бюрократии, нашедшей наиболее яркое выражение в организации зависимых административных судов, до сих пор служит “революционная теория” разделения властей (в ее своеобразном толковании).

“Во Франции, — говорит Лаферерь, — несмотря на смену режимов, независимость администрации от суда всегда рассматривалась как государственная необходимость. При старом порядке эта независимость была в некотором роде инстинктивной, после революции 1789 г., когда учредительное собрание связало ее с принципом разделения властей, она сделалась рациональной”.

Бюрократия германских государств не нуждалась в подобных теориях и искусственных обоснованиях. К ее услугам были устойчивые исторические традиции.

Как об эти традиции разбились попытки, направленные к подчинению деятельности администрации велениям закона и надзору суда, как своеобразно в германской исторической действительности преломились отвлеченные идеи конституционализма, — об этом всего лучше можно судить по примеру Пруссии.

Первые шаги к подчинению администрации суду и закону были сделаны в Прусскую эпоху “великих реформ” Штейна и Гарденберга, когда правительство, разбитое Наполеоном, искало поддержки общественного мнения (§ 38—40 “Распоряжений” 1808 г. разрешают прибегать к судебной защите против явно незаконных полицейских предписаний). На практике эти законы не применялись, да и не могли применяться при старом порядке, а в 1844 г. были отменены и формально. Не имели существенного практического значения и зародыши специально административных судов, возникшие еще в восемнадцатом столетии. Административная юстиция, поскольку в административном контроле была необходимость, считалась функцией администрации. Теория отстаивала полноту дискреционной власти администрации вплоть до 30 гг., когда под влиянием французской революции в обществе стали распространяться идеи французского конституционализ-

ма и, в частности, сделала быстрые успехи идея подчинения администрации суду. 48-й год попытался внести этот принцип в законодательство. Параграф 182-й имперской Конституции 48 года и § 180-й прусского проекта провозгласили уничтожение административной юстиции: “Административные суды уничтожаются. Все правонарушения подлежат ведению общих судов”. Принцип этот так и остался висеть в воздухе. А когда после недолгого светлого промежутка реакция снова вступила в свои права, судебно-административные функции в руках администрации оказались удобным орудием для упразднения конституции “конституционными” средствами. На скользкий путь толкования законов выступили все сколько-нибудь самостоятельные чиновники под духовным руководством знаменитого реакционера Шталя<sup>1</sup>.

Глубоко поучительны и для послереволюционной эпохи типичны приемы толкования конституционных законов администраторами-практиками всех родов. Начальник полиции, например, не только всяческими способами извращал, но прямо обходил законы о неприкосновенности личности, цинично заявляя, что глупых законов исполнять не следует. На основании теории формального уважения к закону министр внутренних дел и министр торговли сумели свести почти к нулю конституционный принцип свободы печати. Так, первый вспомнил, что закон о свободе печати только уничтожил цензуру, но что дисcretionное право давать или не давать концессию осталось за ним. Второй сановник разъяснял статью нового закона, требовавшую неопороченности от типографов и книгопродавцов, в том смысле, что опороченность означает неблагонадежность и всякий, издававший враждебное правительству сочинение, в силу того, становился неблагонадежным и терял все права, связанные с печатным делом. Свобода ассоциаций и собраний также потеряла реальный характер, благодаря толкованию обертибунала. В частности, владельцам трактирных заведений, осмелившимся допускать у себя публичные собрания, полиция отказывала в патенте на право торговли. Приведенных примеров достаточно, чтобы показать, во что превратился закон в руках ловких администраторов. Они дают ясное представление о разладе между законом и жизнью, царившем в послереволюционной Пруссии, и характеризуют ту атмосферу откровенного произвола, которой создалась знаменитая теория правового государства Рудольфа Гнейста, творца административной юстиции Пруссии. Они

<sup>1</sup> См. блестящую характеристику эпохи в работе проф. Назимова а. Реакция в Пруссии (1848—1888), 1885.

прежде всего объясняют парадоксальную характеристику, которую Гнейст дал послереволюционному прусскому правительству, говоря, что в Пруссии правовое государство исчезло с введением парламента и заменилось партийным управлением. Полицейские концессии, разрешения, паспорта — все, что может дать и в чем может отказать власть, все сделалось средством вознаграждения благонамеренных, наказания — неблагонамеренных. Гнейст объясняет это тем, что с переходом к конституционному строю, ландтаги и региорунгс-президенты (губернаторы) сразу превратились в увольняемых чиновников, поставленных в распоряжение министра, всецело подавшего под влияние партий. “Раз прекращается, — думает Гнейст, — с падением абсолютизма абсолютное господство чиновничества, последнее непременно должно сделаться слугой неустойчивых партий”.

Жизнь все-таки оказалась сильней реакционных утопии. Правда, реакция длилась, по крайней мере, десятилетие, но все же Бисмарку в семидесятые годы, в момент объединения Германии, пришлось, опираясь на умеренные конституционные элементы, несколько обновить, облагообразить полицейские порядки Пруссии и пойти по среднему направлению, которое и было подсказано либеральным бюрократом и выдающимся государствоведом Гнейстом. В своей формуле правового государства последний искал среднюю равнодействующую активных общественных сил тогдашней Пруссии и дал идею образования административных судов на сословно-классовом основании. На развалинах демократических стремлений он пытался создать строй, который, действуя так же регулярно, как часовой механизм, обеспечивал бы правовой порядок, помимо всяких конституционных иллюзий о правах личности.

В глазах Гнейста, впрочем, и в значительной степени проведенная им реформа была только реальным осуществлением в жизни истинно-немецкого национального идеала.

Сторонник социальной теории Штейна, он считает неизменным, естественным законом природы преобладание в жизни имущих классов. Убежденный монархист, он только в монархии видел могущественную историческую силу, которая может наложить моральную сдержанность на эгоистические стремления имущих. Обществу, как стихийно сложившейся системе эгоистических интересов, он противополагает “противоорганизм” сверху организованного государства, как “системы моральных обязанностей”. Идеолог бюрократии, в ее деятельности он видит центр тяжести правового государства и в слиянии с владеющими классами ищет гарантii ее независимости против партийности управления,

неизбежной в конституционном государстве. Судебные формы контроля он считает гарантией ее беспристрастия. Право и интересы личности, в его глазах, — только косвенное средство обеспечить правильное движение бюрократическому механизму государственного управления. “Поводы к злоупотреблениям, — говорит он, — встречаются на тысячах пунктов, куда не в силах проникнуть государственная власть, поэтому она нуждается в содействии заинтересованных. Таковыми являются граждане, личность или имущества которых затронуты административным распоряжением”.

Гнейст считает невозможным провести законченное противоположение права и интереса в сфере публично-правовых отношений. Целесообразность и закономерность здесь нераздельны. Понятие административной юрисдикции расплывается для него в понятии справедливого управления, при котором только случайно достигается охрана индивидуального права. Административная юстиция только одна из форм самоуправления и некоторое умеренно опасностей, связанных с конституционным строем.

Основной принцип правового государства — в единстве, а не в разделении властей. Проблема беспартийного управления разрешается соединением должности и владения, которое, сохранивая власть единой, в то же время обеспечивает ей самостоятельность от давления сверху. Владеющие классы становятся в центре управления, но при условии получения своих полномочий “не по собственному праву”, а по назначению от короля (принцип почетных должностей).

На этом строго проведенном классовом принципе и было построено все местное управление Пруссии в дореволюционное время, а вместе с тем и *административная юстиция*, составляющая, по идеи Гнейста, *только одну из функций правильно организованной, независимо поставленной администрации*. Центр тяжести местного управления в Пруссии до революции лежал в дворнянах — землевладельцах. Избирательная система им обеспечивала преобладание в уездном и губернском земском собрании, а следовательно, в составляемых под их непосредственным и посредственным влиянием уездных и окружных упрахах, которые одновременно служили органами активного управления и административным судом. Уездная управа, которая вместе с тем является первой инстанцией административной юстиции (*Kreisausschuss*) слагалась, — под председательством ландрата, назначенного королем непременно из местных землевладельцев, — из шести членов, выбиравшихся уездным земским собранием. Окружная управа (*Bezirksausschuss*) — вторая инстанция — составлялась

под председательством особого лица, назначаемого правительством, из шести членов, из которых двое назначались по жизненно королем из профессиональных чиновников, а четверо назначались провинциальным комитетом (соответствовавшим нашей старой губернской управе) из лиц, живущих в данном округе. *В тех случаях когда эти учреждения функционировали как административные суды, они обязаны были действовать с соблюдением судебно-процессуальных форм и стояли под судебным контролем независимого, по судебному типу организованного учреждения (высшего административного суда).* Охрана прав граждан сводилась только к этим процессуальным особенностям. Различие между чисто административной и судебно-административной деятельностью, по крайней мере, в двух низших инстанциях, носило чисто процессуальный характер. Только в высшей инстанции административная юстиция отделялась по своей организации от учреждений, заведывающих исполнением текущих административных дел, и не имела никакого отношения к ведению текущего управления, которое целиком оставалось в руках назначаемых короною министров.

*Высший административный суд был организован по судебному типу.* Он состоит из лиц непременно с высшим образованием, прошедших наполовину судебный, наполовину административный стаж. Члены суда несменяемы. *Obergewaltungsgericht* за последние десятилетия получил значительное развитие. Число дел выросло, соответственно, увеличился личный состав и число отделений. В настоящий момент он разделяется на восемь отделений, в составе не менее пяти членов каждое.

Гнейст стремился осуществить механическим путем правовое государство, построив независимость и беспристрастность суда на независимости местных владельческих групп от политических влияний центра. Как показал исторический опыт, эта идея оказалась реакционной утопией. И как раз в истории правового развития Пруссии громадную роль сыграл высший административный суд, построенный на основании общих принципов науки процессса, а не местные сословные, дворянские суды: и после реформы Гнейста Пруссия не перестала быть полицейским государством, особенно в области внутреннего управления. Это несоответствие между правовыми формами и социальной структурой Пруссии, превратившейся за последние пятьдесят лет из аграрной в промышленную страну, было уничтожено революцией. После революции 1918 г. она стала буржуазно-демократической республикой.

Но революция сравнительно мало отразилась на построении Прусской административной юстиции. Конституция, правда, устанавливает в принципе административную юстицию, как самостоятельный институт. “В федеративной республике и отдельных государствах”, говорит ст. 107, “должны быть установлены в законодательном порядке административные суды с целью ограждения отдельных лиц от предписаний и распоряжений административных учреждений”. Но на практике реформы в административном судопроизводстве произведено не было. И лишь постольку, поскольку сословная организация Пруссии была разрушена и в местное управление вошли новые социальные элементы, в прусскую административную юстицию влилось новое содержание.

Право выборов в крейстаг, по-прежнему формирующий из среды своих членов органы местного управления и органы административной юстиции, теперь предоставлено всем лицам (без различия пола), имеющим не менее 21 года. Пассивное избирательное право предоставляется лицам не моложе 25 лет. Отношение между представительством городского и сельского населения устанавливается пропорционально его численности по последней переписи. Ландраты назначаются правительством из лиц, не менее года проживших или владевших имуществом в данном округе<sup>1</sup>.

В заключение — несколько слов о германских административных судах по рассмотрению опорно-административных дел в области социального законодательства. Суды этого типа немногочисленны. Сюда относятся прежде всего третейские суды по рабочему страхованию.

“Законодатель, — говорит Борнгак, — избегает заставлять рабочих при предъявлении ими претензий по социальному страхованию обращаться к формальному гражданскому процессу, который, впрочем, не приспособлен к рассмотрению публичноправовых дел. С этой целью организованы специальные третейские суды”. По закону 1900 г. они состоят из председателя, назначенного из профессиональных чиновников, и заседателей, выбираемых в равном числе из среды рабочих и работодателей. За жалобщиками признается право стороны.

Кассационной инстанцией по отношению к третейским судам является имперское страховое учреждение, состоящее из

<sup>1</sup> H. D elice s. Germeindewahlrecht. Handbuch der Politik. III Band. 162 стр. См. также: H a t s c h e k.

постоянных членов, назначаемых высшей административной властью, и временных, избираемых по паритетному принципу из среды заинтересованных рабочих и работодателей. Административно-судебные дела разбираются в специальных отделениях (Senat) с соблюдением принципов устности и состязательности<sup>1</sup>.

Кодификационный закон 1911 г. создал единую административную организацию социального страхования и, вместе с тем, единую систему судебно-административных страховых органов.

В качестве первой инстанции для обжалования действий низших органов страховой администрации (страховых отделов) учреждены особые коллегии высших страховых органов, аналогичные по своей компетенции с прежними третейскими судами. В судебных заседаниях этих органов участвуют председатель по назначению и два представителя от рабочих и работодателей. Высшей инстанцией является по-прежнему имперское (общегерманское) страховое учреждение. В состав судебного отделения входят: председатель по назначению от союзного совета, представители от администрации и суда — по два, представители рабочих и работодателей — по одному<sup>2</sup>. Революция принципиальных изменений в это страховое законодательство не внесла до 1922 г.

Наконец, следует упомянуть о высшем суде по разбору спорных дел в области социального обеспечения. Такую роль играет Bundesamt für das Heimatwesen, в котором в последней инстанции рассматриваются тяжбы между отдельными органами общественного признания по поводу падающих на них обязанностей по социальному обеспечению. Председатель и члены назначаются по предложению союзного совета, высшей административной власти, пожизненно. Процесс состязательно-инструкционный (в первой инстанции эти дела по социальному обеспечению рассматриваются в общем судебно-административном порядке)<sup>3</sup>.

На границе между гражданским и публичным правом стоит Союзный Высший Хозяйственный Суд (Reichswirtschaftsgericht), организованный указами 24 февраля и 21 мая 1920 г. и предназначенный для рассмотрения хозяйственных споров, возникающих между органами власти и частными Улицами или между этими последними на почве хозяйственных распоряжений, органов власти. Тяжбы в этот суд передаются *по соглашению сторон* (им даже предоставлена возможность влиять на выбор "заседателей" в суде) и только в том случае, если опорное дело не вхо-

<sup>1</sup> C. B o g n h a k. Die deutsche Socialgesetzgebung, 1900, стр. 52.

<sup>2</sup> S t i e r — S o m l o. Die deutsche Arbeiterversicherung. Handbuch der Politik, IV B., стр. 454.

<sup>3</sup> B e t t e g. Handwörterbuch I, стр. 309.

дит в компетенцию общих судов. Хозяйственный суд организован как независимый, только закону подчиненный (§ 1). Его конструкция очень сложна: в ней принят во внимание федеративный характер современной Германии, сложность подлежащих его рассмотрению дел и технические требования судоустройства. В состав суда входят председатель, председатели отделений, члены суда — юристы, члены — эксперты (сведущие лица). Председатель суда, председатели отделений и судьи (*Reichswirtschaftsgerichtsräte, rechtskundige Beisitzer*) — постоянные члены суда — назначаются из лиц, имеющих право на занятие судебных должностей, причем принимаются во внимание интересы отдельных государств, входящих в состав германской федерации. Заседатели — сведущие лица (*Sachverständige Beisitzer*) приглашаются президентами по особому списку, составляемому судом или его президиумом с учетом интересов отдельных государств и отдельных профессиональных групп. Постоянные члены суда гарантированы от произвольного увольнения (§ 81). Должность заседателей — сведущих лиц — рассматривается, как "почетная" (в принципе бесплатная) должность. Суд разделяется на отделения (сены), которые заседают в составе председателя и четырех заседателей-экспертов или — в случаях, особо предписанных законом, — в составе председателя, четырех заседателей и двух членов суда — юристов. При согласии сторон дело может быть решено без привлечения заседателей-экспертов, при условии представления письменного заключения хотя бы одного заседателя-эксперта. Председатель суда, председатели отделений и члены-юристы образуют "большой сенат". Он делает постановления о принципах применения и толкования законов. Для постановления решений достаточно присутствия большинства членов. Решения принимаются простым большинством голосов. В этот же "большой сенат" стороны могут обжаловать решения отделений.

Суду предоставлено право организовать на местах отделения и привлекать к участию в деле учреждения и лиц, имеющих хозяйствственный или правовой интерес в производстве<sup>1</sup>.

На конструкции хозяйственного суда, как и на построении финансового суда, как бы чувствуется новая атмосфера современной Германии. Если Гнейст искал идеальных форм независимого, технически совершенного административного суда в соединении юристов специалистов с представителями имущих классов, то теперь поиски совершенной судебной организации направляются в сторону объединения не зависимых по своему правовому

<sup>1</sup> Текст декрета о хозяйственном суде опубликован у G r o t e f e n d. Cretschmar. Das gesammte deutsche und preussische Gesetzgebungsmaierial, 1920, стр. 501.

положению судей с представителями специальных знаний и основных социальных групп населения.

“Социальные гарантии” независимого суда (к этому сводится основная идея Гнейста) признаются необходимыми и в современной Германии, только они строятся по совершенно иному методу, чем в эпоху полицейско-дворянского государства. Самостоятельность суда основывается не на имущественном цензe носителей судебной власти, а на идее выборности, представительства различных социальных групп населения. (Совершенно независимо от германского опыта у нас были аналогичные *проекты* организации административных судов).

Если в Пруссии только на вершине организации административной юстиции мы встречаем судебные учреждения в истинном смысле этого слова, то организация административного суда в Австрии поражает своей упрощенностью. Низших судебно-административных инстанций там нет, и на всю империю действовали только два высших судебных учреждения: Имперский суд, предназначенный для разбора спорных дел, возникавших в области конституционного права, и Высший административный суд для собственно административной юрисдикции<sup>1</sup>. Существование двух аналогичных учреждений, действовавших параллельно, указывает на усложнение отношений между личностью и государством. Защита только политических конституционных прав, к которым был приспособлен Имперский суд, оказалась недостаточной, и для удовлетворения потребности в защите граждан от незакономерных действий администрации в ежедневных к ней отношениях, был создан специальный административный суд. Характерной чертой австрийской административной юстиции все-таки осталась ее незаконченность, оторванность от жизни, вызываемая отсутствием местных органов.

## V

Англия и Бельгия считались до сих пор классическими примерами государств, где административная юстиция, как самостоятельный институт, отсутствует, где судебный контроль над действиями администрации осуществляется общими судами. Но усложнение государственных функций приводит и в этих странах к созданию административной юстиции как самостоятельного ин-

---

<sup>1</sup> B. L e m a y e r. Rechtsschutz im öffentlichen Rechte im österreichische Staats. Wörterbuch von Mischler und Ulbrich, 2 Aufl, 1905—1909, IV, 17 ff.

ститута. В Бельгии, впрочем, по имеющимся у нас данным, вопрос пока еще не выходит за пределы критики деятельности общих судов в области судебного контроля административных актов и проектов создания специальных административных судов по образцу французского государственного совета. Такой проект был выработан бельгийским правительством в 1912 г. В Англии административная юстиция — факт сегодняшнего дня.

Своеобразие административного строя Англии состоит в том, что *здесь нет законченной административной иерархии*.

Центральные органы дают местным (по большей части органам местного самоуправления) не предписания, а советы. Совет превращается в административное распоряжение только в том случае, если он, по ходатайству органа администрации, *издается судом* в качестве приказа. При этом, разумеется, суд оценивает административное распоряжение с точки зрения закона и даже с точки зрения целесообразности и, таким образом, осуществляет судебный контроль над действиями администрации.

Многовековая административная практика в Англии выработала следующие специальные формы судебных приказов (*writs*), постепенно развившихся из приказов короны.

1) *Habeas corpus* — направлен к защите личной неприкосненности.

2) *Mandamus* — дается в том случае, если орган администрации уклоняется от исполнения обязанностей.

3) *Prohibition* — если администрация превышает свои полномочия.

4) *Ceritiorari* — значение, в общем, аналогично *prohibition*, только первое имеет место *после*, второе *до* относящегося распоряжения.

5) *Quo warranto* — уполномачивает центральную администрацию потребовать от органов самоуправления обоснования их действий и, таким образом, удерживает местную власть в пределах компетенции.

Для выяснения значения этих приказов мы остановимся на наиболее известном — *Habeas corpus*.

Суд посредством *Habeas corpus* может потребовать, чтобы всякий лишенный свободы был представлен в суд и, таким образом, может узнать причину его заключения в тюрьму и освободить его от ареста или подвергнуть судебной процедуре. Таким образом, вся область непосредственного принуждения — лишение свободы — *ultima ratio* административной власти отдается под контроль суда.

Эти судебные приказы открывают центральной администрации возможность принудительного воздействия на местные органы во всех важнейших моментах административной деятельности, но под судебным контролем, что и уподобляет английские общие суды континентальным органам административной юстиции.

Как ни привлекательна эта форма предварительного контроля действий независимыми судами, она имеет свои темные стороны — она очень дорога, сложна и потому мало доступна для населения. По подсчету Гатчека, в 1903 г. в судебном порядке в Англии было рассмотрено не более 300 административных дел, тогда как в том же году в Пруссии административные суды рассмотрели 9000 дел<sup>1</sup>. Неудивительно, что в Англии в последние годы наблюдаются признаки зарождения административной юстиции в собственном смысле слова. Этому способствует, впрочем, и растущая административная централизация. “Политическая демократия” нашла свое наиболее яркое выражение в Англии в широко разветвленном организме местного самоуправления. Но и в городских и земских органах английского самоуправления руководящая роль принадлежит средним классам, которые не очень внимательно прислушиваются к социальным запросам народных масс<sup>2</sup>. Поэтому парламент при создании специальных законов все более и более вынужден опираться на административную организацию, не зависимую от мест и иерархически подчиненную центру. Вместе с этим возникает необходимость административной юстиции.

До тех пор, пока полномочия администрации ограничивались лишь советами и только судам принадлежала власть издавать распоряжения, определяющие юридические отношения гражданина к государству, до тех пор *английское право не знало административных актов в техническом смысле*, т.е. распоряжений, изданных администрацией и односторонне определяющих в каждом конкретном случае права и обязанности гражданина по отношению к государству. Администрация была бессильна и безвластна. По мере развития административного центрального механизма создалась почва для дифференциации административной власти и для издания административных актов в собственном смысле слова, и вместе с тем усилилась потребность в специальных формах административного контроля.

Англию, в которой в области управления господствует прин-

<sup>1</sup> H a t s c h e k. *Englisches Staatsrecht*, 1906, B. II, стр. 609 и сл.

<sup>2</sup> Покровский. Op. cit., XXIV.

*цип общего права*, Дайси когда-то противопоставлял Франции, где административное право представляет совокупность норм, создающих привилегированное положение администрации<sup>1</sup>. В последнем издании своего курса государственного права (1915 г.) он отказался от этого противопоставления и сделал это не только потому, что, по его собственному признанию, административный контроль во Франции все более принимает судебные формы, но и потому, что в Англии влияние общих судов и общего права в области внутреннего управления ослабевает: *нарождается административная юстиция* и английское административное право. “And it may not be an exaggeration to say that in some directions the law of England is being “officialised”, if the expression may be allowed, by statutes passed under the influence of socialistic ideas. It is even more certain that the droit administratif of France is year by year becoming more and more judicialised”<sup>2</sup>.

Дайси с горечью констатирует тенденцию к уменьшению сферы влияния общего права<sup>3</sup>, которое конкретно выразилось в передаче судебных функций комиссарам народного образования (актом 1902 г.), различным чиновникам по страхованию (актами 1902 и 1913 гг.), финансовым агентам (актами о финансах 1911 г.). Можно было бы сюда прибавить и акты социального законодательства (напр., жилищного). Как раз из этой последней области мы и позволим себе привести конкретный пример для характеристики современной постановки в Англии административного контроля. Принцип административной юстиции нашел себе выражение уже в акте об общественном здоровье 1875 г. (The Public Health Act 1875), лежащем в основе современного местного управления Англии. По ст. 294 этого акта центральный орган местного самоуправления может издавать приказы относительно издержек в связи с расследованиями или процессами, возбуждаемыми жалобами, приносимыми ему согласно этому акту, и относительно того, кем и из каких сборов должны быть покрываемы означенные издержки: *всякий такой приказ может, по просьбе кого-либо из упомянутых в оном лиц, получить силу решения одного из высших судебных учреждений*<sup>3</sup>.

Последующее законодательство установило процедуру расследования и порядок подачи и рассмотрения жалоб. Например, ст. 34 закона о жилищах и планировке городов (Housing Town and

<sup>1</sup> Д а й с и. Op. cit., гл. XII.

<sup>2</sup> D i c u. Introduction to the study of the Law of the Constitution, 1915, XXIV.

<sup>3</sup> См. текст в материалах по врачебно-санитарному законодательству Англии. Петерб., 1914, стр. 137.

Planning Act 1909) уполномачивает Local Government Board на издание правил, определяющих процесс рассмотрения жалоб, и устанавливает, что приказы, изданные центральным органом в результате рассмотрения жалоб, имеют значение res judicata. В развитие постановления закона, Local Government Board в 1910 г. издал правила о порядке рассмотрения жалоб (Rules with Reference to appeals), которые не только точно устанавливают порядок подачи жалоб, но и обязывают центральный орган самоуправления, ранее постановления “приговора”, к производству местного расследования в состязательной форме<sup>1</sup>. Таким образом, мы и на английской почве имеем образчик административной юстиции, хотя очень несовершенной.

## VI

Административная юстиция в дореволюционной России была построена чрезвычайно элементарно. Первой инстанцией являлись смешанные присутствия, второй и последней—административные департаменты правительства сената, основанные на Учреждении 1802 г. и своей архаичностью резко отличавшиеся от созданных судебными Уставами 1864 г. кассационных департаментов.

Не следует, впрочем, думать, что мы имели в старой России систему законченных инстанций административной юстиции: здесь все было случайно, неопределенно. Присутствия очень многочисленные, столь многочисленные, что их число по словам Н. И. Лазаревского, превышало память среднего человека, возникали “по мере надобности”, а не были правильно построенной первой ступенью судебно-административной юстиции. В ряде областей административного управления сенат не имел под собой первого этажа и являлся первой и последней инстанцией, что и позволило проф. Тарасову сравнить его с “куполом без здания и фундамента”<sup>2</sup>. Присутствия еще в меньшей степени, чем сенат, могли бы быть названы органами административной юстиции. Правильного процессуального порядка в них установлено не было. Некоторый (отдаленный) намек на процесс мы встречаем только в финансовых присутствиях.

Правительствующий сенат, de jure сохранивший полномочия руководящего центра активной администрации до эпохи революции, получил по первому департаменту значение высшего орга-

<sup>1</sup> См. текст “правил” в работе William Casson. The Housing Town Planning etc. Act, 1909, 1912, стр. 245.

<sup>2</sup> Тарасов. Лекции по полицейскому праву, 1910, Т. 11, стр. 211.

на административной юстиции под давлением общественного мнения (в значительной мере на почве расширительного толкования своих полномочий) и потребностей усложнившегося государственного механизма. Основу для перерождения сената из органа активной администрации в административный суд создали законодательство и политические веяния так называемой эпохи великих реформ, вложившие новое содержание в старую форму.

Либеральная эпоха 60-х годов прежде всего содействовала превращению правительющего сената в орган административной юстиции. По “Положению о земских учреждениях” сенат стал посредником в судебно-административных спорах между земскими представительными учреждениями и администрацией и, таким образом, получил важные функции административного суда. По мере того, как с ростом правосознания общества развивалась потребность в защите от незаконных действий администрации, заинтересованные лица стали жаловаться в 1-й департамент. Сенат принимал к рассмотрению жалобы на неправильные административные акты (хотя на это и не был специально уполномочен), основываясь на общем смысле “Учреждения Сената” (ст. I и II). Статьи I и II “Учрежд. Сената”, в силу которых он признавался “верховым местом, которому в гражданском порядке суда, управления и исполнения подчинены все вообще места и установления в Империи” (ст. I) и которое “имело высший надзор в порядке управления” (ст. II)—получили новое не-предвиденное значение — сенат приобрел характер административного суда.

Но здесь обнаружилось полное несоответствие функций сената с его организацией. Функционально сенат должен был быть судом, организационно он был архаическим присутственным местом.

Сенаторы назначались исполнительной властью из “особ первых трех классов” (для назначения не требовалось ни стажа, ни образования). Процесс напоминал консисторию: все дело фактически находилось в руках канцелярии, подчиненной через обер-прокурора Министру Юстиции. Слушание дела не могло происходить в большинстве случаев без личного присутствия представителя заинтересованного министерства, которому (заинтересованной стороне!) принадлежало наравне с судьями право решающего голоса.

Это противоречие между судебными функциями и административной организацией сената особенно ярко сказалось в эпоху 1900—1907 г. Если до эпохи первой русской революции сенат все же под давлением “мнения юристов”, мотивировавших свои жа-

лобы юридическими аргументами, стал становиться на дорогу творчества русского административного права<sup>1</sup>, по крайней мере, в сфере политически-индифферентных вопросов, то к первому десятилетию двадцатого века картина резко меняется.

В конституционную эпоху русской, жизни сенат оказался в руках реакционной администрации удобным орудием для “разъяснения” в желательном для нее смысле слабых зародышей русского конституционного права. Сенат слабые попытки нового права растворил в старом нашем своде, всецело проникнутом принципами просвещенного и непросвещенного абсолютизма. Как тяжелы были в эту эпоху условия работы в сенате, протекавшей под сильным давлением администрации, можно судить хотя бы по тому факту, что один из сенаторов 1-го департамента С. Г. Коваленский, бывший директор департамента полиции, застрелился, не вынеся “той ужасно удушливой атмосферы, которая создалась в нашей администрации”. Объясняя трагическое самоубийство брата, С. Г. Коваленский писал, между прочим, в “Новом Времени”: “В бытность брата моего в 1-м департаменте от этого высокого учреждения потребовали непосильную задачу, при которой сказанный закон (избирательный закон в 1-ю думу), как бы наружно сохранился, но частично должен был измениться путем сенатских разъяснений в желаемом для правительства смысле. С. Г., как старый судебный деятель, нередко возбуждал в стенах сената разногласия и сомнения, чем и навлек на себя неудовольствие сначала тайное, а потом явное”. Это неудовольствие выразилось в ряде крупных и мелких придирок, которые и привели к роковому концу (“Русск. Вед.” 27 сент. 1908 г.).

Все же революция 1905 г. поставила и формально на очередь вопрос о реформе сената и создании местных административных судов. В 1905 г. было организовано “Особое совещание для пересмотра действующего учреждения Правительствующего Сената”.

После нескольких неудачных попыток реформы сената, встретивших всякий раз упорное сопротивление со стороны реакционных правящих групп<sup>2</sup>, в 1917 г. сенат, наконец, был рефор-

<sup>1</sup> Систематического сборника решений 1-го департамента нет, их можно найти только в специальных комментариях. Интересные примеры решений II департамента по земским делам приводит И. Б ли - н о в. (Отношение Сената к местным учреждениям в XIX в., 1911; Систематический свод указов по земским делам, собран П.Н.Кузнецовым, т. 15, 1866—1909).

<sup>2</sup> Журнал особого Совещания для пересмотра действующего учреждения Правительствующего Сената и выработки законоположения о местных административных учреждениях, 1905 г.

мироран и приблизился организационно к кассационным департаментам — несменяемость сенаторов, состязательность, непосредственность, гласность процесса должны были составить эпоху в развитии русской административной юстиции<sup>1</sup>. Но эта реформа была запоздавшей данью умиравшего старого режима требованиям времени.

Временное правительство пыталось создать законченную систему административной юстиции. По положению 30-го мая 1917 г. власть судебная по делам административным принадлежит административным судьям, окружным судам, правительствуемому сенату. “Административный судья есть власть единоличная. Для разрешения административных дел в губернии или области в составе окружных судов, находящихся в губернских или областных городах, должны быть образованы особые административные отделения в составе товарища председателя и членов суда, определяемых при самом назначении”<sup>2</sup>. Сенат “Положением” не затрагивался.

При рассмотрении протестов и жалоб административный суд должен был руководствоваться Уставом гражданского судопроизводства с отклонениями, указанными в самом Положении.

Эта попытка создать законченные формы административной юстиции на русской почве тоже не могла быть проверена на опыте.

Октябрьская революция перевела Россию на новые пути. В Советской России функции высшего административного контроля, по содержанию нередко аналогичные функциям административной юстиции, осуществляются В.Ц.И.К. По ст. 31 конституции В.Ц.И.К. является “высшим законодательным, распорядительным и контролирующим органом РСФСР”. По постановлению VIII съезда на обязанность президиума ВЦИК специально возложено разрешение вопросов и конфликтов, касающихся взаимоотношений между наркоматами, главками и центрами, с одной стороны, и местными исполнками с другой.

В силу особенностей советского административного строя значение административных контрольных функций ВЦИК чрезвычайно велико. Наши органы местного управления, советы депутатов и исполнкомы, пользуются значительной автономией. — “Ведению Губернского Съезда Советов подлежит рассмотрение и решение всех местных вопросов, а также обсуждение вопросов, имеющих общегосударственное значение”.

Органы центрального управления, как известно, не облада-

<sup>1</sup> Б а р ф. Реформы Сената // Юрид. вестн. 1915, кн. X и XII.

<sup>2</sup> Собр. узак. и распоряжений, 1917, № 127 // Вестн. Времен. Прав. от 9 июня 1917 г.

ют по отношению к местам правом непосредственного принуждения. Для них обращение к ВЦИК за подтверждением распоряжений или с протестом против незаконных распоряжений является единственным способом сохранения единства применения закона в области внутреннего управления. Напротив, исполнкомы могут приостанавливать проведение в жизнь распоряжений отдельных Народных Комиссариатов, правда, в исключительных случаях, под судебной ответственностью, при явном несоответствии данного распоряжения с постановлениями СНК и ВЦИК и с немедленным доведением об этом до сведения Президиума ВЦИК, СНК и соответствующих комиссариатов. Таким образом, ВЦИК является судьей в спорах между центральными учреждениями и органами местного управления.

Точно так же он является последней инстанцией в жалобах на действия местных исполнкомов. По установившейся традиции жалобы на отделы подаются в соответствующий Наркомат, в зависимости от того, на какой именно подотдел подается жалоба. Но жалобы на исполнком обычно могут подаваться в последние инстанции только во ВЦИК. При этих условиях ясно, что судебно-административные функции ВЦИКа имеют громадное значение для правильного хода всего русского административного механизма.

К сожалению, до сих пор не разработан порядок рассмотрения жалоб и не создано при ВЦИКе органов административной юстиции <...>

По-видимому, потребность в организации административной юстиции чувствуется и по сейчас, особенно в области финансового управления, как об этом можно судить по многочисленным проектам, выработанным в последнее время экономическими Наркоматами.

### Глава III Компетенция органов административной юстиции и свободное усмотрение

#### I

В той мере, в какой органы административной юстиции привлечены к контролю связанных административных распоряжений, их деятельность ничем не отличается от деятельности судов общих. В этой области административные суды, как и всякие другие, применяют, "констатируют" право. Изучение их компетенции представляет *специальный* интерес лишь в тех пределах, в каких речь идет о правовом контроле *свободного усмотрения*.

Современный культурный мир живет в кругу противоречий не

только экономических, но и политических. К этим последним относится глубокое противоречие между принципом господства права, формально возглавляющим современный парламентарный строй, и началом “свободного усмотрения”, которое является неизбежным условием административной деятельности современного государства и дает основание говорить “о прерогативах” правительства<sup>1</sup>. Одной из важнейших задач законодательной техники является установление правового контроля над этим свободным усмотрением, этой прерогативой правительства.

Напрасно было бы думать, что парламентаризм дает достаточно средств для борьбы с превращением “свободного усмотрения” — деятельности свободной, но все же направленной к осуществлению государственных целей, — в произвол, личное самовластие правящей группы.

Политическая ответственность министров перед парламентом уже потому не может быть исключительной гарантией против произвола господствующей партии, что представляет собой слишком тяжеловесный механизм: трудно себе представить, чтобы можно было вести борьбу с бесчисленными мелкими злоупотреблениями администрации исключительно парламентарным методом, выражением недоверия министерству или даже путем запросов. Когда 2-я Государственная Дума попыталась вступить на этот путь, ей пришлось почти прекратить законодательную деятельность. При этих условиях приобретает громадное принципиальное значение правильное построение компетенции административных судов, этих специальных орудий борьбы с произволом администрации, и в особенности распространение их контроля на свободное усмотрение. Свободное усмотрение, как юридическое понятие, имеет различные оттенки, которые можно уловить на основании анализа норм, определяющих деятельность администрации. Содержание нормы, устанавливающей полномочия администратора, может быть или точным и строго определенным, или неопределенным, растяжимым. В первом случае для администратора нет возможности свободного выбора действий, во втором — он свободен в методах деятельности, — действует по принципу свободного усмотрения. Но это последнее допускает различные степени. Акт свободного усмотрения будет

<sup>1</sup> О свободном усмотрении см. L a u n. Das freie Ermessen und seine Crenzen, 1910; T e t z n e r. Das freie Ermessen des Verwaltungsbehörden, 1924; частью К. Н. Н е п г г и т т. Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tüб., 1921 и на русском языке П. И. А л е к с е е в. Свободная власть и правовая связанность. Саратов, 1920.

налицо уже в том случае, если правовое действие, на какое уполномочен администратор, обусловлено фактами, существование которых можно определить в каждом отдельном случае только при помощи особых технических или научных познаний, особого административного опыта и т.д. Разрешение новых предприятий ставится “в зависимость от потребности”, социальная помощь оказывается “при известной степени нужды”. Эти понятия по самой своей природе растяжимы и неопределенны, но все же они представляют собой некоторую конкретизацию абстрактного понятия общей цели, общего блага, во имя которого презюмируется, действует администрация. Указывая направление свободному усмотрению администрации, они в известной степени его юридически связывают, в известной мере ослабляют присущий ему дискреционный характер. Немецкие юристы называют этот вид усмотрения “техническим”, “ненастоящим”.

О свободном усмотрении в полном смысле слова — “настоящем” можно говорить только при том условии, если законодатель не дал никаких директив (или самые неопределенные) для деятельности административной власти, которая и в этом случае связана только необходимостью действовать в государственных интересах. Но, разумеется, и здесь свободное усмотрение администрации ограничено, во-первых, пределами, в которых ей предоставлены дискреционные полномочия, а во-вторых, общим духом законодательства, игнорировать который администратор не имеет права: в его сознании общий смысл законодательства неизбежно преломляется, как субъективная граница усмотрения, отличающая правовой институт свободного усмотрения от произвола.

Понятие свободного усмотрения администрации может допускать два определения: или это свободный выбор целей действия<sup>1</sup>, или свободный выбор средств для достижения цели, объективно указанной правопорядком<sup>2</sup>. И природа правового государства, и анализ судебно-административной практики приводят к выводу, что в каждую данную историческую эпоху объективно может быть дана только одна цель, которая ставится государством и которая оправдывает его существование. Это — общий интерес в том или другом его понимании, которое объективно диктуется эпохой<sup>3</sup>.

С этой точки зрения можно здесь признать юридическое значение за правилом, выдвинутым Бернациком: “Делай то, что ты считаешь требованием общественного блага”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Lann. Op. cit., стр. 69, 70.

<sup>2</sup> Tetzner. Das Detournement de pouvoir und die Rechtsbeschwerde. Jahrbuch d. öff. R. 1911, Ss. 88, 89.

<sup>3</sup> Tetzner. Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, стр. 239; Das Detournement de pouvoir и пр., стр. 83.

<sup>4</sup> Bergatzik. Rechtssprechung und materielle Rechskraft, 1886, стр. 46.

Правда, Лабанд иронизирует над формулой Бернацика, утверждая, что она значит “делай, что хочешь”, но это едва ли справедливо. Истинное понимание цели государства в каждую данную эпоху для власти едино, и каждый добросовестный представитель власти всегда стремится или должен стремиться в своей деятельности к осуществлению этой “истинной” цели. С этой точки зрения субъективная воля каждого органа власти в области свободного усмотрения связана целью государства. Эта последняя является той объективной нормой, которая неизбежно осознается действующими представителями государства как сдержка произвола, как субъективная граница, отделяющая свободное усмотрение от произвола.

Только в случаях свободного усмотрения выбор *средств* для достижения этой цели “общего блага” определяется убеждением должностного лица. Субъективную сторону этого процесса выбора превосходно очертил Бернацик, объективный результат и юридический эффект — О. Майер. По мнению Бернацика, противоположение “свободного усмотрения” “связанной” деятельности администрации не точно. Конечный вывод от нормы закона к данному составу обстоятельств дела всегда юридически связан, диктуется объективным положением дела. Свободен, не связан в дискреционных актах власти только *духовный* процесс, путем которого администратор определяет содержание понятий: “полезность”, “опасность”, “потребность”, определяющих характер его деятельности. Этот процесс суждения тем больше входит в область свободного усмотрения, чем сложнее цепь логических построений, связующих конкретное распоряжение с определениями закона, чем, следовательно, меньше их справедливость доступна общему контролю<sup>1</sup>. О. Майер с обычным мастерством характеризует юридическую сторону этого “духовного” процесса. “Деятельность администратора, — говорит он, — при применении закона аналогична деятельности судьи. Только представителю административной власти может быть предоставлен больший простор в юридическом творчестве. Закон может уполномочить органы административной власти творчески дополнять указания закона своим решением или даже вполне предоставить его применение их свободному усмотрению. Но последнее заключается вовсе не в том, что администратор может делать, что хочет: его полномочия ограничены требованием общественного интереса. Но *какое именно* распоряжение необходимо для осуществления общего интереса, он определяет сам своим творческим решением”<sup>2</sup>. Это творчество и составляет особенность ад-

<sup>1</sup> В е g n a t z i k . Op. cit., стр. 42, 43.

<sup>2</sup> O. M a y e r . Deutsche Verwaltungsrecht, стр. 101.

министративного распоряжения, как самостоятельного юридического акта. За общественным интересом все же сохраняется значение связующей нормы.

Дать этому, неизбежно субъективному, толкованию цели *объективные основания* — такова задача современной законодательной техники и в области творчества нового права, и в сфере правильной организации внутреннего управления. Только таким путем можно приблизиться к решению до сих пор нерешенной задачи примирения идеала правового строя с реальной действительностью, насквозь пропитанной традициями полицейского государства.

*Новые методы законодательства* в этой области выражаются в стремлении, оставаясь на почве общих понятий, дать более конкретное определение задач государства.

Так германское право вводит ряд юридических определений цели государства применительно к отдельным отраслям управления. Принудительное отчуждение допускается в целях “общего блага”, разрешение новых предприятий ставится “в зависимость от потребности”, социальная помощь оказывается при установлении известной “степени потребности”.

Правда, эти понятия по самой природе вещей растяжимы и неопределены — конкретизация *общей* цели, *общего* блага допустима лишь в известных пределах — их уточнение является делом административной и судебной практики. Но нельзя забывать, что законодатель возлагает иногда на судебную практику уточнение и конкретизацию таких определений, которые могли бы получить точное и определенное выражение в самом тексте закона, и делает это сознательно, не желая насиливать живой, многообразной жизни абстрактными определениями.

Остановимся только на одном примере. Германский закон об обществах 1908 г., в общем и ныне действующий, “воздержался от определения понятия общества ввиду тех сомнений, которые связывают применение абстрактных определений к текущей действительности, и предоставил установление этого понятия науке и практике”<sup>1</sup>.

Но только в том случае свободное усмотрение администрации в осуществлении “общего блага” будет соответствовать определениям этого понятия в объективном праве и не выродится в откровенный произвол, если будут созданы *судебно-административные формы контроля*, очерчивающие границы, устанавливающие направление “свободной”, “индивидуализирующей” деятельно-

<sup>1</sup> De 1 i u s. Deutsches Vereins und Verwaltungsrecht, 1908, стр. 380.

сти администрации в соответствии с абстрактной нормой закона, вырабатывающие путем накопления прецедентов “обычное” административное право и создающие новую психологию власти. Но может ли свободная дискреционная деятельность администрации подлежать формальному контролю? Не представляет ли “формальный контроль”, с одной стороны, и дискреционная власть — с другой, непримиримые, друг друга исключающие, понятия? Не теряет ли власть свой дискреционный характер с момента ее подчинения контролю административного суда? И возможен ли таковой, если признать, что известный элемент дискреционной власти неизбежен в административной деятельности современного государства? Эти противоречия (на первый взгляд непримиримые) законодательство и судебно-административная практика XIX в. разрешили “диалектически”, разграничивая компетенцию судов от сферы деятельности администрации не по абстрактным моментам, а по индивидуальным конкретным признакам каждого отдельного жизненного случая, — в соответствии с основными” принципиальными особенностями суда и администрации.

Анализ французского, немецкого и отчасти русского права (законодательства и судебной практики) показывает, что и свободное усмотрение, поскольку оно выражается в юридических действиях публичной власти — административных актах, подлежит судебной проверке органов административной юстиции<sup>1</sup>. Французская и немецкая теории различно объясняют это вовлечение актов свободного усмотрения в сферу компетенции судов.

Французская теория расширяет границы судебной власти, подчиняя ее компетенции распоряжения, не соответствующие цели закона; немецкие теоретики, выделяя из общего понятия усмотрения “связанное усмотрение”, “ненастоящее”, в противоположность свободному, “настоящему”, в сущности, приходят к тем же результатам. Тецнер неоднократно утверждает (в частности, на основании анализа решений французского Государственного Совета), что германские и даже австрийские административные суды вводят в сферу своей компетенции рассмотрение дискреционных актов, основываясь на общих принципах охраны права. Иначе и быть не может, и по многим причинам. Всякий акт свободного усмотрения связан в каком-нибудь отношении. В современном государстве каждый орган должен соблюдать те границы, которые определяют его компетенцию.

<sup>1</sup> D e l i u s. Deutsches Vereins und Verwaltungsrecht, 1908, стр. 380.

Поскольку акт свободного усмотрения связан юридическими нормами, он подлежит контролю суда на общем основании, как связанный административный акт. Но контроль суда распространяется и на несвязанную, свободную долю этих актов, поскольку выдвигается утверждение, что актами нарушены *субъективные* правовые границы усмотрения, каковыми, по мнению французских теоретиков, является “соблюдение “цели закона”, а по толкованию немецких — их “необходимая обоснованность” или “недостаточная заботливость” (Еллинек, Лаун)<sup>1</sup>.

Как общий вывод можно признать, что правильная организация административной юстиции открывает техническую возможность подчинить юридическому контролю тот чрезвычайно значительный “остаток” чистого, грубого принуждения, который так сближает, именно в области свободного усмотрения, “правовое” государство с полицейским.

В каких пределах суд может взять на себя проверку свободного усмотрения, не переставая быть судом, не превращаясь в орган администрации? Такова наиболее сложная и важная задача построения административной юстиции, да и вообще, пожалуй, правового строя. Перед нами как будто бы встает дилемма: или отказаться от построения сколько-нибудь законченного здания правового государства, отказываясь от юридического контроля дискреционных актов и ограничив задачу судов только охраной субъективных публичных прав, или превратить суд в придаток администрации, вверив ему чисто административные функции (проверка актов свободного усмотрения), тем самым отнять у него принципиальное основание его независимости, его своеобразного устройства и своеобразного действия (процесс), тесно связанных с своеобразием его основной функции. К счастью, дилемма не является столь неразрешимой, как это может показаться с первого взгляда, и она, пожалуй, была решена практически раньше, чем теоретическая мысль обосновала возможность этого решения. В этом именно отношении, как мы увидим, чрезвычайно поучительна практика германских и французских судов.

В сущности говоря, предоставление административным судам права отмены дискреционных административных распоряжений, противоречащих цели закона, представляет своеобразный метод примирения “непримиримого”: абстрактного закона

<sup>1</sup> L a u n. Op. cit., S. 20 и сл. Очерк развития учения о свободном усмотрении дает W. J e l l i n e k. “Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung”, 1913, стр. 331 и сл.

с конкретным разнообразием жизни. И как показывает исторический опыт, административные суды при этом не сходят с плоскости *применения* закона, не перестают быть судами. И во Франции, и в Германии суды отказываются рассматривать административные акты по существу во *всех* формах их *конкретного* проявления. Сопоставляя цель закона и направление деятельности “нормального администратора”, они нашли критерий пределов судебного вмешательства в конкретной деятельности отдельного, “живого” представителя власти. И в этой своей деятельности административные суды пошли по дороге, проторенной гражданскими судами. Понятие “нормального администратора” есть не что иное, как публично-правовая аналогия понятия *bonus pater familias* частного права, а “административная нравственность”, определяющая собой, по словам Ориу<sup>1</sup>, нормальную стезю деятельности администратора (отклонение от этой стези будет извращением цели закона), представляет собой просто перевод на язык современного административного права цивилистического понятия *diligentia diligentis patris familias*.

При анализе дискреционных административных актов административные суды не перестают быть судами, так как они останавливают свой анализ на пороге конкретной административной работы. Сопоставив конкретную цель распоряжения с абстрактной целью закона, Государственный Совет во Франции считает свою задачу законченной: выбор средств — дело свободного усмотрения администрации, не подлежащее проверке. В Германии дело обстоит несколько сложнее: там, в случае анализа полицейских распоряжений, суд не ограничивается сопоставлением цели закона и мотивов деятельности администратора, но и решает вопрос, в какой мере представитель власти *достаточно учел* фактические обстоятельства, открывающие (по его мнению) дорогу дискреционному распоряжению. Но при этом он также воздерживается от оценки конкретных административных мероприятий “по существу”. Административный суд оценивает не *результаты* мотивов, обусловливающих дискреционные распоряжения, но только их взаимодействие<sup>2</sup>. Обращено ли достаточно внимание на возражения жалобщика, проявлено ли достаточно заботливости при обсуждении аргументов за и против, применен ли в данном конкретном случае тот же масштаб, как и в других аналогичных случаях — вот что подлежит контролю административного суда, а не то, привели ли эти соображения

<sup>1</sup> Н а u g i o n. *Précis de droit administratif*, 10-е изд., 1921, стр. 352.

<sup>2</sup> В ü h l e г. Op. cit., стр. 220.

к правильному результату. Функция суда различествует от функции администрации, хотя, быть может, мы не станем теперь так резко противополагать, как это делало господствовавшее раньше учение (например, Шталь), функции суда, действующего согласно закону, функциям активной администрации, действующей только в *пределах* закона. Разница между судом и администрацией относительная. Есть свободное усмотрение суды и есть связанная деятельность органов административной власти. Но если это так, то придется признать, что *юридические гаранции*, достигающие своего наибольшего выражения именно в принципах судебного процесса, только количественно, а не качественно отличаются от административных. Разница лишь в степени обязанности правом, и только в соединении с организационными политическими гарантиями (независимость суда) судебные учреждения получают значение особых, своеобразных, индивидуальных гарантит законности.

## II

Необходимость разграничить компетенцию административных судов, с одной стороны, и независимую деятельность административных органов (свободное усмотрение) — с другой, привела к различным системам построения компетенции административной юстиции. В одних случаях вмешательство административного суда в принципе ограничивается защитой субъективных публичных прав граждан, в других — в компетенцию административных судов произвольно вводятся определенные категории административных распоряжений (по преимуществу из области местного управления). Но нужно признать, что, поскольку это разграничение имеет целью изъять из ведения административных судов контроль актов свободного усмотрения администрации, оно не достигает цели. По самой природе административной деятельности, как это в свое время указал еще Гнейст<sup>1</sup>, органы, ее контролирующие, не могут отказаться от контроля свободного усмотрения, органически с нею связанного, и творят особые *формы контроля*. Анализ западноевропейского права (законодательства и судебной практики) безусловно подтверждает эту мысль.

Законодательная практика знает два способа определения компетенции административного суда — метод общей формулы и метод перечисления. Если законодательство устанавливает, как общий принцип, право гражданина на обжалование любого неправильного действия администрации — мы имеем первый метод. Наоборот, если обращение к суду возможно только в случаях, законом перечисленных, то мы имеем дело с методом перечис-

---

<sup>1</sup> См. выше.

ления. Последний метод, конечно, гораздо менее совершенен, — он не указывает общих принципов компетенции судов и вынуждает законодателя при издании каждого нового закона точно определять порядок рассмотрения жалоб, хотя в то же время он облегчает для законодателя задачу подчинения судебному контролю актов свободного усмотрения: перечневый метод открывает возможность включения в компетенцию судов тех форм административной деятельности, которые по политическим или принципиальным соображениям законодатель считает возможным подчинить судебному контролю.

В действительности, однако, можно сказать, что почти всюду применяется явно или скрыто этот последний метод. За методом “общей формулы”, как общее правило, сохраняется вспомогательное значение. (Объясняется это отчасти историческими причинами: административная юстиция всюду складывалась медленно, как компромисс между требованиями порядка (принцип полицейского государства) и права (принцип правового строя). Как всякий компромисс, административная юстиция представляет собой сложное явление, в котором чистота принципа затмняется влиянием фактических, исторических, политических моментов.) Германское право в определении компетенции органов административной юстиции открыто пошло по пути перечневого метода. Прусский закон дает обширный перечень случаев, в которых можно прибегать к защите административных судов. Сюда относятся по преимуществу вопросы местного хозяйственного управления, надзора за местным самоуправлением и “полиции благоустройства” в самом широком смысле этого термина. Для рассмотрения жалоб по социальному законодательству организованы специальные суды. Только для обжалования действий полицейской власти дана общая формула. Единственной страной, где сделана попытка одной общей формулой определить компетенцию судов, является Австрия<sup>1</sup>. С первого взгляда компетенция французской административной юстиции также определяется общей формулой, но это только на первый взгляд. Хотя ст. 9 закона 1879 г. в общей форме предусматривает, что Государственный Совет решает окончательно “по делам судебно-административным и по ходатайствам об отмене актов различных административных властей, вследствие превышения власти”, но она не имеет исчерпывающего значения. При ближайшем анализе оказывается, что в понятие судебно-административного дела вложено очень сложное содержание. В принципе, по “природе вещей”, в компетенцию административного суда должны входить

<sup>1</sup> См. выше.

акты публичного властования (*actes de puissance publique*), административные акты в собственном смысле слова, юридические действия государства, как субъекта публичной власти, в противоположность актам исполнения (*actes de gestion*)<sup>1</sup>, действиям государства, как субъекта *частного* права. Однако, исключения из этой общей формулы очень многочисленны; они крайне типичны для характеристики влияния руководящих общественных сил Франции на отвлеченную сферу правосудия. Так, дела о принудительном отчуждении собственности, хотя несомненно имеют все признаки административного акта, подлежат ведению не административных, а общих судов. Из всех прав, провозглашенных декларацией прав гражданина и человека, право собственности раньше всего получило совершенную юридическую защиту. Относительно высокий юридический уровень правящих сфер во Франции сказался в том, что разбор дел, возникающих из изданных администрацией обязательных постановлений, предоставлен *общим* судам.

Политическое прошлое административной юстиции в первые десятилетия XIX в. и в революционную эпоху объясняет вовлечение в сферу ее компетенции дел частно-правового значения, прежде всего вопросов о продаже национальных имуществ, затем вопросов о займах, об общественных подрядах и пр. Высшая сфера деятельности администрации, определяемая по неуловимому признаку политических дел, судебному контролю не подлежит. “Политические распоряжения не могут быть обжалуемы”. В настоящее время теория отказывается, впрочем, установить принципиальные общие признаки не подлежащих обжалованию политических актов и ограничивается просто их перечнем<sup>2</sup>.

### III

При анализе полномочий органов публичной власти всегда приходится иметь в виду не только количественную сторону компетенции (пространство действия), но и качественную — степень власти. Коли мы изучим с этой точки зрения административную юстицию Запада, то придем к интересным выводам.

Пространство действия административных судов, как мы

<sup>1</sup> См. работу М. Н а u g i o u “La gestion administrative”, 1899: “A coté de la Puissance publique qui commande, apparaît celle qui sert la vaste entreprise coopérative des services publics; dans la gestion administrative le caractère coopératif se révèle avec la même évidence que dans la production économique”.

<sup>2</sup> П о к р о в с к и й. Административный процесс о превышении власти, 1920, стр. 164 и сл.

только что видели, ограничивается от компетенции общих судов, с одной стороны, и администрации — с другой, не по принципиальным соображениям, а по фактическим условиям места и времени; напротив, степень предоставленной им власти, глубина проникновения в спорные дела, подлежащие их рассмотрению, принципиально отлична от компетенции конкурирующих с ними и общих судебных и административных органов.

Административная юстиция пытается, вооружившись процессуальными формами, как наиболее совершенным орудием для раскрытия истины в сложных человеческих дела, проникнуть в область свободного усмотрения, где еще так недавно безгранично господствовал принцип государственного интереса, определяющий собой в конечном счете деятельность администрации в современном государстве. В сферу судебного рассмотрения она вводит дискреционные действия администрации, в которых наиболее ярко проявляется принудительная, самодовлеющая природа государственного принуждения, — принуждения во имя общего интереса. Но, разумеется, и охрана субъективных прав, получивших такое важное значение во всех отраслях управления современного государства, не может не входить в компетенцию административных судов. В этом отношении их деятельность аналогична деятельности общих судов.

Но попытка ограничить задачи административной юстиции только защитой субъективных публичных прав настолько не соответствует природе современного государственного строя, что остается неосуществленной даже и там, где по букве закона защита субъективных прав является исключительной целью административных судов. Правда, по мнению такого авторитетного писателя, как Колер, “наш правопорядок есть по преимуществу порядок субъективных прав”<sup>1</sup>, но публичные субъективные права в такой степени недоразвиты, особенно важнейшие из них, — права социальные, — что ограничить их защитой компетенцию административных судов значило бы отказать в юридических гарантиях наиболее существенным категориям публично-правовых отношений.

Неудивительно, что даже в Австрии, где компетенция административного суда определена исключительно по признаку защиты субъективных прав, суды “по исключению” принимают на себя проверку даже дискреционных актов администрации, и исключения эти столь многочисленны, что перечисление их в руководстве Майегофера занимает 14 страниц мелкого шрифта<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Kohl e g. Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1917, стр. 96.

<sup>2</sup> Цитир. у Лазаревского. Право, 1901, стр. 771.

В Пруссии также можно признать неудавшимися все попытки отдельных теоретиков свести компетенцию административной юстиции исключительно к охране субъективных прав. Как мы увидим, и здесь суд проверяет действия администрации с точки зрения объективного права в самом широком смысле этого слова, — с точки зрения их соответствия не только букве, но и цели закона. Но, конечно, и в Пруссии, и во Франции защита субъективных прав занимает видное место в компетенции и деятельности административных судов.

#### IV

Задача субъективных прав граждан поставлена во Франции и Пруссии неодинаково. В то время, как в Пруссии административный суд ведает только поражение субъективных прав административными распоряжениями органов *публичной* власти, т.е. дела, возникающие на почве публичного права, а дела, связанные с деятельностью государства, как субъекта частного права, передаются в общие суды, во Франции мы видим совершенно иное.

Административный суд здесь, в сущности говоря, занимает место гражданского, по отношению к частно-правовым спорам с *государством*, которые и французскими теоретиками относятся к области административной юстиции не “по своей природе”, а “по закону”<sup>1</sup>. Дела этой категории рассматриваются судом по существу с точки зрения субъективного положения жалобщика. Сюда входят и некоторые специально в законе перечисленные акты *публичного* права. Но, как общее правило, защита публичных прав осуществляется французскими гражданами путем особого иска из превышения власти (“*recours pour excès de pouvoir*”), созданного Государственным Советом по аналогии с *кассационной* жалобой гражданских судов. Целью этого иска является не восстановление нарушенных прав жалобщика, а *отмена* незакономерного распоряжения администрации. “Французский Государственный Совет, — говорит С. П. Покровский, подводя итог взгляду французских административистов, — своими решениями, постановляемыми по поводу превышения власти, имел в виду реализацию закона в актах административных властей. Объектом его юрисдикции является объективное право, точнее сказать, определение того, насколько административный юридический акт, принимаемый властями, является сообразным с

<sup>1</sup> Вагтель. *Traité élément de droit administratif*. 1908, 5 éd., стр. 910.

объективным правом. Государственный Совет своими решениями не делает никакого присуждения: он не имеет в виду констатировать существование или несуществование известного состояния субъективных прав<sup>1</sup>. Субъективные публичные права защищаются только в тех пределах, в каких нарушение интересов индивида совпадает с нарушением объективного права. Иск из превышения власти является обычным способом борьбы против незакономерных действий административных властей, при этом способом широко открытым как тому, у кого поражено право, так и тому, у кого задеты только интересы. Господствующее мнение считает этот иск методом защиты объективного права по преимуществу. Развитие этого административного иска шло параллельно с политическим развитием Франции. Впервые Государственный Совет стал принимать жалобы на превышение власти органов администрации только в 1831 г., в эпоху окончательного перехода к конституционным формам жизни, значительное применение этот иск получил в эпоху либеральной империи, после 1864 г., и только начиная с 70-х годов, после падения второй империи, Государственный Совет объявил себе подсудными все действия администрации, раз они противоречат смыслу закона, хотя бы и были совершены без нарушения форм и в пределах компетенции, и, таким образом, подчинил своему контролю всю область дискреционной деятельности администрации.

Основанием для возбуждения иска о превышении власти может служить нарушение формального права (некомпетентность, нарушение формы) и материального (нарушение закона и приобретенных прав, отклонение от цели закона). Любопытно, что требование нарушения приобретенных прав, как самостоятельного основания для иска, систематически отмирает, как это констатирует Бартелеми: “Из старой формулы “нарушение закона и приобретенных прав” можно, основываясь на судебной практике, вычеркнуть три последних слова”<sup>2</sup>. Это, как нельзя лучше, подчеркивает “объективный характер иска о превышении власти, т.е. его несвязанность с субъективным правом граждан. Объективный характер юрисдикции по делам о превышении власти тесно связан с самой природой административного “превышения власти”, принципиально столь отличного от превышения власти, как уголовного деяния, подлежащего уголовной юрисдикции.

<sup>1</sup> Покровский. Администр. процесс о превышении власти, 1920, стр. 20; Его же. Государственный Совет, стр. 444 и сл.

<sup>2</sup> Bartélémy. Op. cit., стр. 921.

Воля государства может быть выражена только волей физических лиц, но именно соблюдение закона (его буквы, цели или предписанных форм) преобразует конкретную волю индивида в отвлеченное волеизъявление государства. И со стороны носителя власти необходимо сильное и злонамеренное отступление от требований закона (злой умысел или грубая неосторожность) для того, чтобы воля государства превратилась в преступную волю индивида. Более слабые субъективные недостатки воли физических представителей государства (ошибка, невнимательность, небрежность) делают дефектным волеизъявление государства (превышение власти в административном смысле слова), но не придают этому превышению власти характера уголовного преступления. Иск о превышении власти является средством борьбы против действий физических носителей государственной власти в *тех пределах*, в каких эти действия являются актами воли государства. Отмена или исправление неправильного распоряжения служат достаточными средствами для восстановления объективного права, искаженного неправильным распоряжением. Своего апогея объективный характер иска о превышении власти достиг в исках против административных актов ввиду их *отклонения от цели закона*. В этом случае акт, соответствующий материальным требованиям текста закона, безусловно правильный с формальной стороны, изданный в пределах компетенции, с соблюдением всех процессуальных требований и, следовательно, не могущий поразить субъективные права жалобщика, может быть отменен в силу *противоречия с внутренним смыслом закона* по жалобе лица, права которого этим актом не нарушены: достаточно поражения интереса, в некоторых случаях даже только морального. Таким образом, этот вид иска о превышении власти приближается к народному иску, *actio popularis*, задачей которого является не защита субъективных прав и интересов жалобщиков, а охрана закона — объективного права.

Вместе с этим открывается возможность судебной проверки дискреционных актов, актов свободного усмотрения, поскольку они противоречат цели закона.

Французская юриспруденция видит в отклонении власти от цели закона самостоятельное основание для обжалования неправильных административных актов. “Под отклонением власти, — говорит Окок, — разумеется тот случай превышения власти, когда административный агент пользуется своими полномочиями в случаях и по мотивам иным, чем те, ради которых эта власть была ему предоставлена”<sup>1</sup>. Это определение является господству-

<sup>1</sup> A u c o s. Conférences sur L'administration et le droit administratif, 3-ème éd., II, p. 531.

ющим. К нему безусловно примыкают Лаферерье, Дюги, Жаклен, Артур и мн. других. Мишу, на основании анализа судебной практики, классифицирует административные акты, противоречащие цели закона, по их мотивам и насчитывает четыре категории недопустимых мотивов, опорочивающих административные распоряжения: 1) мотивы личной неприязни, частного или политического характера; 2) мотивы получения прибыли для административной единицы от актов осуществления задач полицейских; 3) мотивы, хотя бы и общественной пользы и не материальной, но иной чем та, которую имел в виду закон; 4) скрытое нарушение правил компетенции. Конечно, эта классификация имеет несколько случайный и условный характер, но все же она дает характеристику основных тенденций практики Государственного Совета в области контроля над дискреционными актами органов администрации<sup>1</sup>.

Оставаясь в рамках классификации Мишу, мы позволим себе процитировать несколько решений Государственного Совета.

1) Мэр уволил полицейского агента по мотивам личной мести. Государственный Совет отменил распоряжение мэра, мотивируя следующими соображениями свое решение:

“Считая, что мэры, в ведении которых состоит муниципальная полиция, могут принимать распоряжения, необходимые в интересах поддержания порядка, уважения к закону и дисциплины со стороны подчиненных им агентов и что Государственный Совет не должен входить в рассмотрение мотивов решений, принятых ими во время выполнения своих полномочий, но вместе с тем удостоверившись из слов письма мэра..., что, налагая дисциплинарное взыскание на агента Могра..., вышеозначенный мэр преследовал цели иные, чем охрана врученных ему интересов, и что, в силу этого, он превысил власть, данную ему законом... отменяет распоряжение”<sup>2</sup>.

2) В 1872 г., при организации государственной спичечной монополии, префект, на основании циркуляра министра финансов о сокращении издержек по принудительному отчуждению спичечных фабрик, распорядился о закрытии полицейскими мэрами фабрики, не имеющей надлежащего разрешения. Это распоряжение было отменено, как противоречащее цели закона: по-

<sup>1</sup> Michou. *Etudes sur le pouvoir discrétionnaire*, стр. 90—91; цитир. у П. И. Алексеева. Свободная власть и правовая связность, стр. 18.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat. 16 Novembre 1900. Mogras Dalloz Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, 1895—1902 partie 3. p. 10.

лицейский порядок закрытия фабрик установлен в целях общественного интереса (санитарного и других), а не в целях финансовых<sup>1</sup>.

3) Префект взял на себя регулирование уличного движения в целях не полицейских, а общественно-экономических. Фонтенебло расположен далеко от станции железной дороги, и пассажирыочных поездов не обеспечены необходимым количеством экипажей. Железнодорожное общество заключило договор с подрядчиком, обязавшимся подавать экипажи к ночных поездам под условием предоставления ему монополии на стоянку его экипажей у вокзала. Министр и префект, которому принадлежит право полиции уличного движения специально у вокзалов, утвердили договор и обеспечили монополию экипажам данного предпринимателя. Другой предприниматель извозчика промысла, исходя из принципа свободы промышленности, обжаловал распоряжение префекта в Государственный Совет, который отменил распоряжение префекта на том основании, что последнему предоставлено право регулировать уличное движение исключительно “в интересах охранения общественного порядка”<sup>2</sup>.

4) Мэр превысил свои полномочия по охране общественно-го порядка. В общине Saint Hilaire в Croix образовался католический приход по закону 9 декабря 1909 г. и заключил договор с местной общиной, в силу которого местная церковь переходила на 9 лет в ведение и пользование прихода. Общество назначило другого кюре. Разжалованный кюре обратился в гражданский суд, и постановлением суда ему было передано владение церковью. Мэр не только обжаловал это решение во вторую инстанцию, но через 4 дня издал распоряжение, на основании полицейских полномочий, присвоенных ему ст. 97 закона 1884 г., о закрытии церкви впредь до решения вопроса судом второй инстанции, на том основании, что служба в церкви могла привести к беспорядкам. Это распоряжение кюре опротестовал в Государственный Совет, как отклонение власти от цели закона. По мнению жалобника, угрозы общественному порядку не было. Мэр уполномочен принимать меры, чтобы сохранять порядок во время церковной службы, по не закрывать самую церковь. В Государственном Совете прокурор (правительственный комиссар) высказался в том смысле, что мэр, конечно, уполномочен закрыть церковь в случае тяжелых беспорядков,

<sup>1</sup> Conseil d'Etat. 26 Novembre 1875. Dalloz. 1876; 3 p. 41.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat. 25 Fevrier 1864. Dalloz. 64, 3, 25.

но что в данном случае, как это признал М. В. Д., последние не угрожали. Очевидно, в данном случае закрытие церкви пред следовало не политические цели, а имело своей задачей воспрепятствовать приведению в исполнение судебного приговора. Таким образом, мэр превысил свою власть. Государственный Совет присоединился к мысли прокурора и отменил распоряжение мэра<sup>1</sup>.

Эти известные примеры решений превосходно иллюстрируют ту мысль, что французский Государственный Совет, отменяя распоряжения администрации, противоречащие цели закона, стоит на страже объективного права.

Введение административной юстиции в *Германии* было вызвано, прежде всего, стремлением обеспечить индивиду охрану субъективных прав от незакономерных действий органов управления и, действительно, отдельные германские законодательства ограничивают этой задачей компетенцию административных судов (Бавария, Вюртемберг, Брауншвейг), хотя ни в одном из этих государств это ограничение и не проведено до конца<sup>2</sup>. Но законодательства большинства германских государств расширяют компетенцию административных судов за эти пределы, допуская и жалобы, не вызванные нарушением субъективных прав. Сюда, например, прусское право относит случаи, в которых власти — органы надзора — опротестовывают постановления органов самоуправления, или случаи, когда отдельным лицам предоставляется право жалобы на действия власти, не поражающие их субъективных прав (напр., жалобы, открытые каждому избирателю против неправильности, допущенной в избирательных списках) и т.д. Позднейшие законодательства идут еще далее в этом направлении, объявляя единственным основанием жалобы то обстоятельство, что “существующее право”, т.е. объективная норма неприменена или применена неправильно (Саксонский зак., 76, Кобург-Готск., § 10).

Впрочем, и в прусском законе о местном управлении 10 июля 1883 г., статья 127, устанавливающая условия обжалования полицейских распоряжений, тоже имеет аналогичный характер.

Эта статья уполномочивает обращаться в административный суд с жалобой на действия полиции, если права жалобщика поражены “неприменением или неправильным применением зако-

<sup>1</sup> Conseil d'Etat. 8 Fevrier 1908. 91, 3, 33.

<sup>2</sup> P. S c h o e n. Deutsches Verwaltungsrecht, Holtzendorf's Enciklopedia der Rechtswissenschaft, 2 Auflage, B. IV, S. 227.

на” (первая часть), или “в случае недостаточного фактического обоснования” действий полиции (часть вторая)<sup>1</sup>.

По самому юридическому характеру полицейских актов эта статья служит главным образом охране объективного права. Полицейские распоряжения, как общее правило, издаются в общих интересах, основываются на правовом титуле общего характера и имеют в виду преимущественно осуществление норм объективного права.

Ст. 127 дает возможность обжалования распоряжений полиции, прежде всего, в том случае, когда они “неприменением или неправильным применением закона” поражают “рефлекторные” права граждан, т.е. сферу самоопределения воли гражданина, только *посредственно*, рефлекторно обеспечиваемую нормами объективного права. Эти нормы издаются ввиду *общего* блага, но косвенно могут создать для гражданина притязания на удовлетворение *его* интересов, поскольку эти последние совпадают с интересами общего блага. Чаще всего нормы, определяющие деятельность полицейской власти, носят именно такой общий характер. В последнее время все чаще наблюдаются случаи, когда закон требует *специального* правового титула на ограничение личных и имущественных прав в интересах общего блага и, таким образом, исключает возможность ограничения прав личности распоряжениями, основанными на *общих* полномочиях полицейской власти.

В этом случае можно уже говорить о конфликте полиции не с рефлекторными, а с субъективными правами граждан. Решения административных судов в области применения закона о печати дают яркую иллюстрацию идеи прав, *специально* охраняемых законодателем. Так, административный суд отменил распоряжение администрации об изменении заглавия газеты, запрещение выставлять репродукции польских национальных героев, запрещение выставки картин, опасных в этическом, с точки зрения полиции, отношении, — основываясь на том, что эти распоряжения полиции были мотивированы соображениями об охране общественного порядка, а не требованиями специальных постановлений закона о печати<sup>2</sup>.

И в том, и в другом случае ст. 127 имела, по крайней мере

<sup>1</sup> Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung, Juli 1883 (G. S. S. 795). (См. перевод закона в приложениях к цитированной работе Дерюжинского, к сожалению, значительно устаревшей.)

<sup>2</sup> Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts, Bd. 30, S. 418; Bd. 40, S. 295 и 298; Bd. S. 335.

до революции, в прусских условиях жизни значение палладиума гражданских свобод. Розин называет ее *actio negatoria* публичного права.

Вторая часть ст. 127, устанавливая возможность обжалования полицейских распоряжений “по недостаточному фактическому обоснованию”, непосредственно открывает высшему административному суду возможность проверки актов свободного усмотрения полицейской власти. Правовые титулы, уполномочивающие административную власть на ограничение личных или имущественных прав, могут быть двух видов: они или обязывают администрацию (полицию) к определенным действиям, или *уполномочивают* ее на эти действия, оставляя, следовательно, за органом власти выбор — действовать или нет. В этом последнем случае налицо все признаки свободного усмотрения администрации. Но это свободное усмотрение не безгранично. Господствующая теория допускает проверку *мотивов*, по которым действовала полиция. В том случае, если действия полиции основываются на полицейских мотивах, т.е. на соображениях борьбы с опасностью (полиция благосостояния считается исключенной из компетенции современных полицейских органов), ее действия, совершенные в пределах компетенции, признаются закономерными. В противном случае они отменяются. Предоставление судам права оценивать действия полиции по их мотивам и по их “фактической обоснованности” не только открывает возможность контроля и над согласованностью действий администрации с внутренним смыслом закона, но прямо толкает их в этом направлении: хотя *формально* суды отказываются от проверки административных актов с точки зрения целесообразности, но анализ решений показывает, что не бывает случаев, когда прусский высший административный суд, считая в действительности неправильным полицейское распоряжение или обязательное постановление, воздержался бы от его проверки с точки зрения согласованности с целью закона<sup>1</sup>.

Прусская практика достигает той же цели, что и французская, — проверки согласованности административных актов с внутренним смыслом закона, только другими средствами.

В русской дореволюционной практике, как в свое время доказывал Н. И. Лазаревский, были известны случаи отмены административных распоряжений по их несоответствию цели закона<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> В ü h l e r. Die subjectiven öffentlichen Rechte in der Rechtssprechung der deutschen Verwaltungsgerichte, S. 261 и сл.

<sup>2</sup> Примеры приводит Лазаревский в вышенназванной работе.

Закон 17 мая 1917 г., ставя основной задачей административных судов охрану объективного права, установил и специально правовое основание для отмены распоряжений, не согласованных с целью закона. “Основанием для протестов и жалоб, — гласила ст. 11, п. 1, — могут быть неправильности, состоящие либо в нарушении закона или обязательного распоряжения власти, либо в осуществлении полномочия с нарушением этой цели, для которой оно предоставлено”.

В советской административной практике, в силу недифференцированности судебно-административных функций, вопрос об юридических основаниях “жалоб и протестов”, вообще, не разработан. Но если понятие “революционной законности” допускает какое-нибудь юридическое определение, то оно может быть сводимо лишь к требованию согласования административных распоряжений не только с буквой, но и с целью закона. Но, разумеется, толкование такой согласованности должно быть предоставлено компетентным органам. Иначе “исполнители” станут на место законодателя.

По советскому праву свободное усмотрение органов административной власти в принципе никогда не предполагается (без специального уполномочия закона). Еще декрет 1918 г. (изданный Советом Рабоче-Крестьянской Обороны, за подписью В. Ленина) вменяет в обязанность “областным и местным советским учреждениям выполнять постановления центральной власти точно и беспрекословно” (С. У., 1918 г. № 95 ст. 929). Виновные в нарушении этого постановления, безотносительно к их революционной принадлежности, привлекаются к ответственности по всей строгости революционных законов (С. У., 1918 г. № 93, ст. 929).

Органом, призванным к автентическому толкованию законов, является по советскому праву ЦИК Союза и ЦИКи Республики в пределах их специальной компетенции. Громадную роль в деле выработки правильных методов толкования закона и цели закона должны сыграть “отделы” ЦИКОв, органы, объединяющие административную деятельность, Наркоматы, особенно Союзные и Объединенные Наркоматы, которые не несут непосредственно исполнительных функций и которым, наряду с нормативными функциями, конституцией Союза вверена проверка административных распоряжений с точки зрения согласованности их с законами. Специально на отдел законодательных предположений и кодификации НКЮ возложено толкование законов *по запросам* местных и центральных органов власти и *по предложению* ВЦИК и СТО (Собр. Уз., 1923 г., № 10, ст. 120. Пол. о НКЮ). По установившейся практике, удачно формулируемой проф. И. И. Евтихиевым, разъяснения даются не

частным лицам, а местным и центральным органам власти, по толкованию общих норм закона, а не по конкретным договорам и делам, и только по вопросам административного права. По вопросам и делам, являющимся предметом обсуждения в судебных учреждениях (народные суды, земельные арбитражные комиссии и т.д.), разъяснения даются в установленном судебном порядке. По вопросам союзного права функции толкования законодательства в тех же пределах возложены на Комиссию законодательных предложений при СНК СССР.

Сложность ("историчность") компетенции административной юстиции отразилась и на процессе, и на его юридических последствиях. Административный процесс также чрезвычайно сложен, гораздо сложнее и уголовного, и гражданского. Очень показательно в этом отношении, что юридическая природа административного процесса до сих пор не выяснена. Одни считают его инквизиционным, другие — состязательным, некоторые — смешанным. Но, кажется, ближе к истине утверждение, что административному процессу "недостает максимы". "В административном процессе вообще нет максимы, — говорит Фридрихс. — За исключением немногих урегулированных пунктов, суду предоставляется выбор рассматривать процессуальный акт с точки зрения инквизиционной или диспозитивной максимы. Принципиально он не связан признанием и не обязан к доследованию".

"И это лежит в природе вещей. Рассмотрению административного суда подлежит столько различных дел, что невозможно установить однообразный процесс".

Законодатель должен был создать по образцу гражданского процесса несколько типов процессов, или же при создании единого типа процессов освободить судью от всех пут, которые ему могли помешать в надлежащей оценке дела. И, быть может, характеристика, данная Фридрихсом прусскому судебно-административному процессу, на переживаемой стадии правового государства применима к этой разновидности процесса вообще. Эта сложность и вместе с тем некоторый эклектизм административного процесса не препятствует тому, чтобы применение процессуальных норм к исследованию административных актов "облагораживало" административное право.

Процесс является самой разработанной стороной административной юстиции. Если господствующие в современном обществе группы удержали за собой в области охраны прав главные позиции, обеспечив себе руководящую роль в сфере организации административных судов и даже не допустив контроля со стороны административного суда во многих, наиболее важ-

ных, областях административной деятельности, то на технические уступки в области процесса они пошли очень охотно. Процессуальные формы, заимствованные из гражданского процесса, значительно улучшены. Процедура упрощена и ускорена, индивидуалистические крайности сглажены. Это особенно бросается в глаза при сравнении с гражданскими судами, где все движение процесса обусловлено действиями сторон. В прусских административных судах приняты меры к ускорению процесса. Характер процесса — состязательно-инструктивный. Публичность, гласность, устность, непосредственность здесь, как и везде, служат могучим орудием отыскания истины. *Res judicata*, поскольку она применима к области внутреннего управления, вносит устойчивость в правовые отношения. Но совершенство процессуальных форм не искупает принципиальных недочетов организаций.

Таким образом, административная юстиция все еще только наполовину юстиция. И если тем не менее организация административной юстиции имела, имеет и будет иметь громадное значение для охраны законности и защиты прав граждан, то причины этого лежат, в значительной мере, за пределами права. Мы уже видели, что гарантии права в известной степени лежат в “метаюридической” области. Законность обеспечивается не только юридическими (технически наиболее совершенными), но и *социальными* гарантами. Как бы ни были совершенны правовые формы, они бессильны, если правосознание народа мертвое. Но, с другой стороны, верно и обратное: социальные гарантии неуловимы, если они не находят себе выражения в юридических формах. Значение административной юстиции в самой ее несовершенной форме именно и заключается в том, что она дает рядовому члену государственного общения обеспеченную правом возможность привести в движение государственный механизм для защиты своих субъективных прав и интересов, а посредственно и объективного права. Таким образом, на защиту правопорядка привлекается личный интерес, эта *ultima ratio* и могущественнейший рычаг всякого буржуазного общества и вообще всякого общества, не изжившего буржуазной стадии развития. При этих условиях даже административная жалоба, технически столь несовершенное орудие защиты права, получает самодовлеющее значение, открывая гражданину возможность, непосредственного влияния на ход административного механизма: она переводит социальные гарантии в юридические, является первичной *юридической* формой социальных гарантий.

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ ПРАВО ЖАЛОБЫ<sup>1</sup>

### Глава I

#### Теория и виды жалобы, административный процесс, юридические свойства решения

##### I

Отношения между “правовым” государством и гражданами сложны и многограничны. Они так богаты оттенками, что не укладываются в единую юридическую конструкцию. Лучшим подтверждением сказанного может служить знаменитая “Система субъективных публичных прав” Еллинека, которая, для выяснения природы субъективных публичных прав, дает, в сущности, четыре параллельных построения (*status passivus, negativus, activus, positivus*). Во всяком случае, если нельзя признать удаившейся попытку рассматривать государство как юридическое отношение между существующим и подвластными<sup>2</sup>, то, с другой сто-

<sup>1</sup> На русском языке есть только одна работа, специально посвященная праву жалобы, да и то она появилась более ста лет назад, в 1811 году. Это работа Алексея Плавильщикова “Рассуждение о прошениях и жалобах, подаваемых в правительственные и судебные места и к тем лицам, кои по законам принимать оные должны”, Санктпетербург, 1811 г., стр. 188. Книга Плавильщикова не только дает исчерпывающий законодательный материал по вопросу о жалобе (административного и судебного), но пытается установить определение жалобы, ее классификацию и формальные условия ее подачи (см. гл. 1): “Образец прошений и жалоб при написании их, что наблюдать должно”. Здесь наряду с архаическими требованиями, свойственными эпохе (необычайный формализм — жалоба возвращается, напр., “буде Высочайший титул написан без отмены перед прочими, т.е. не крупными буквами”), мы здесь встречаем начала, сохранившие свое значение и теперь: установление инстанционного порядка подачи жалобы, установление сроков, права представительства и пр.

<sup>2</sup> L ö n g. Des Staat... ist ein reales Rechtsverhältniss zwischen dem Herrscher und den Beherrschten. Handwörterbuch der Staatswissenschaft, 1901. B. 6, стр. 917; также A f f o l t e r. Studien zum Staatsbegriff, Archiv für öffentliches Recht, 1902, B. XVII. Из русских исследователей на этой точке зрения стоит Н. М. Коркунов. Русское государство, право, т. 1, 1909 г., стр. 38 и сл.

роны, нельзя видеть в государстве объект властвующего<sup>1</sup>, а к этому, в сущности, сводятся взгляды тех современных государствоведов, по преимуществу немецких, которые отрицают публичные субъективные права граждан.

Государство в своей деятельности не может игнорировать прав и интересов живых представителей действующего в каждый данный момент поколения. Поэтому признание субъективных прав граждан является коррелятивным самому понятию государства, если видеть в нем учреждение, обслуживающее интересы человеческого общества, а не метафизическое или теологическое понятие. Но, разумеется, деятельность государства носит различный характер и вызывает различные юридические последствия в зависимости от того, направлена ли она в определенной сфере к удовлетворению индивидуального или общего интереса.

В тех пределах, в каких действия государства обосновывают-ся исключительно целями общего блага, ему нельзя противопоставить личность, как равноправного субъекта права, здесь может идти речь только о правовом нормировании обязанностей. Напротив, в тех границах, в каких деятельность государства направлена на удовлетворение интересов и запросов индивидуума или ими ограничена (эти границы определяются экономическим развитием страны, культурным уровнем населения, — “социальными гаранциями”), эта деятельность может быть разложена на совокупность юридических отношений между властью и гражданами.

Между этими двумя полюсами расположена вся система публично-правовых отношений граждан к государству, причем в одной группе отношений, если их рассматривать с точки зрения интересов индивидуума, доминируют права гражданина, в другой — обязанности; в третьей же мы встречаем уравновешение того и другого элемента: право — обязанность.

Таким образом, между государством и гражданином могут в одних случаях существовать нормальные юридические отношения, и тогда государство и индивидуум противостоят друг другу, как равноправные субъекты права, юридически взаимно связывающие друг друга; в других же случаях, именно когда преобладает публичный интерес, имеются налицо правоотношения “усеченные”: индивид не противопоставляет тогда государству своего субъективного права и не является полноправным субъектом правоотношения.

Но нельзя согласиться с учением, которое все отношения между гражданином и государством рассматривает как усеченные.

---

<sup>1</sup> Наиболее определенно на этой точке зрения стоит S e y d e 1. Staatslehre, 1873 (также Галлер, Мауренбрехер).

По мнению И. Ф. Шершеневича, “в области государственного и административного права” даже “все сводится к учению об обязанностях органов власти”, нигде во всей этой области публично-правовых отношений нет и речи о каких-либо правах лиц, несомненно, заинтересованных в соблюдении предписанного нормами права поведения. “В публично-правовом отношении (говорит он далее) субъектов права нет: правовая обязанность возлагается на точно определенных лиц, а заинтересованными лицами могут быть вообще все граждане данного государства”. В то время, как частно-правовое отношение предполагает наличие четырех элементов: а) субъектов, б) объекта, в) правовой обязанности и г) субъективного права, публично-правовое отношение слагается из трех элементов: а) субъектов, б) объекта, в) правовой обязанности<sup>1</sup>.

Можно, пожалуй, в известной мере согласиться с проф. Шершеневичем и допустить, что усеченные отношения возникают там, где содержание норм публичного права определяется исключительно требованиями общего интереса и целями сохранения целого.

В наиболее законченной форме этот тип правоотношений мы встречаем в области дискреционной деятельности государства, где гражданин только в той мере может отстаивать свои интересы, в какой их нарушение деятельностью администрации является вместе с тем нарушением объективного права (в силу противоречия цели закона или нарушения меры должного); здесь он может противопоставить государству только юридически нормированную обязанность, правоохраненный интерес или, в самом лучшем случае, рефлекторное право. Но так как этими видами распоряжения не исчерпываются и не могут исчерпываться все формы административной деятельности, то приходится неизбежно допустить возможность существования, наряду с усеченными, также нормальных, развернутых публичных правоотношений.

Таким образом, структура публично-правового отношения допускает разные оттенки юридической законченности: гражданин противополагает государству то свое субъективное право, то только право рефлекторное, то “правоохраненный интерес”, то лишь юридически нормированную обязанность. Разные типы публично правовых отношений сильно отличаются один от другого по степени юридической законченности.

<sup>1</sup> Ш е р ш е н е в и ч. Общая теория права. Вып. третий, 1912 г., стр. 572—573. В области публичного права на той же точке зрения стоит проф. А. И. Елистратов.

Типичным образом *развернутого публично-правового отношения* могут служить отношения, возникающие на почве получения концессий, которые даются административным распоряжением, открывающим для гражданина, носителя концессий, субъективные права на определенные действия под условием исполнения известных обязательств. “Концессии советского права характеризуются той же связью между дарованием права (заниматься деятельностью, изъятой из сферы свободной инициативы) и возложением обязательной функции, как и на Западе”<sup>1</sup>.

Другим примером могут служить отношения, возникающие на почве так называемого явочного порядка, в силу которого закон признает за субъектами права, отвечающими известным условиям, право требовать от администрации определенных действий, например, права на регистрацию общества. Еще более ярким примером, особенно в советском праве, могут служить правоотношения, вытекающие из социального законодательства. Право на пенсию в случае инвалидности, право на пособие в случае безработицы являются субъективными публичными правами, которым соответствуют точные и определенные обязанности со стороны государства. С развитием и усложнением деятельности государства в области социальных отношений все более множатся и расширяются возможности развернутых публично-правовых отношений.

Можно, впрочем, признать, что наиболее типическим правоотношением публичного права является правоотношение “усеченное”. Для того, чтобы охватить наиболее характерные черты этого типического отношения публичного права, мы уделим значительное внимание анализу налогового правоотношения, являющего собой яркий пример усеченного правоотношения. Ознакомление с его составными элементами даст нам конкретное представление о характере и свойствах публично-правовых отношений, преобладающих в действительности (см. ч. III).

Также различны по степени юридического совершенства методы защиты прав и “правоохраненных интересов”, обосновываемых на публично-правовых отношениях.

Представление, жалоба, формальная жалоба, административный иск — вот те способы защиты прав и интересов граждан, которые выработаны теорией и практикой публичного права и которые защищают, с большим или меньшим совершенством, гражданина от усмотрения органов власти.

<sup>1</sup> См. проф. В. И. Шретер. Концессионное право. “Вестн. промышленности, торговли и транспорта”. 1923. № 9—10.

*Представление* есть обращение гражданина с просьбой пересмотреть неправильное распоряжение к той же власти, которою оно издано; *жалоба* — обращение в высшую инстанцию; *формальная жалоба* — такое же обращение, но налагающее на администрацию некоторые формальные обязательства (пересмотр дела в определенный срок, с вызовом сторон и пр.); *административный иск* — требование о пересмотре дела в порядке судебного процесса. Как видим, степень юридической “отточенности” методов защиты права тоже весьма различна, однако полного параллелизма между большей или меньшей законченностью полномочий, предоставляемых гражданину правопорядком (в области публично-правовых отношений права), и большим или меньшим техническим совершенством юридических методов их защиты провести нельзя. Нельзя, например, утверждать, что субъективное публичное право *всегда* открывает возможность административного иска. В силу незаконченности самого правового государства, недоразвитости административной юстиции, субъективные публичные права нередко могут быть охраняемы только менее совершенным способом защиты, и, наоборот, нарушение интереса, в силу своеобразной природы публичных правовых отношений, может дать и постоянно дает основание для административного иска. Это, разумеется, не значит, что субъективное публичное право рождается только в процессе его защиты. Нет, оно создается и вызывается к жизни материальным правом, но на настоящей ступени развития правового государства методы защиты публичных субъективных прав (права в “формальном” смысле), как и самые субъективные публичные права (права в “материальном” смысле), все еще настолько незакончены и недоразвиты, что оба эти понятия (права в “материальном” и “формальном” смысле) в принципе могут не совпадать, действительно не совпадают и даже могут быть противополагаемы одно другому. Категории субъективных публичных прав в *материальном* смысле слова, с одной стороны, и, с другой стороны, тех прав, из которых складывается процессуальная правоспособность и дееспособность (субъективных прав в *формальном* смысле), развиваются в современном государстве (в области публичного права) в значительной мере независимо одна от другой, даже под воздействием различных социальных потребностей. Например, знаменитый иск по поводу превышения власти создался во французском праве совершенно независимо от идеи субъективных публичных прав, он имеет своей задачей охрану объективного права, хотя он, несомненно, приближается

по своему формальному процессуальному значению к субъектививному публичному праву.

Разумеется, надо надеяться, что эти категории публичного права, теперь развивающиеся независимо одна от другой, в дальнейшем развитии законодательства сознательными усилиями законодателя будут сближены одна с другой, и разные оттенки юридических отношений граждан государства в притязаниях граждан к государству найдут соответствующее выражение в оттенках форм защиты, но пока такой законченный параллелизм субъективных прав в *формальном и материальном* смысле не наблюдается.

Только *положительное* законодательство каждого отдельного государства и может дать ответ на вопрос, какие именно методы защиты применимы к охране тех или иных субъективных или рефлекторных прав или интересов граждан. Но при всем том необходимость самостоятельного анализа юридической природы отдельных методов защиты права отнюдь не исключается и не исключена, а, напротив, представляется непременным условием плодотворного изучения системы публичных субъективных прав каждого отдельного законодательства. Только уяснив себе природу прав жалобы или административного иска, мы сможем понять то влияние, которое тот или иной метод защиты оказывает на природу и самого защищаемого им полномочия. Ибо, даже не разделяя той точки зрения, что право рождается только в результате судебного процесса, мы не можем отрицать отраженного влияния судебного или административного процесса и вообще юридических методов защиты права на законченность, заостренность и самую природу материального права. Право на труд, например, получает совершенно иное значение в зависимости от того, поставлено ли оно под защиту административного иска, формальной жалобы или жалобы просто.

К сожалению, в настоящем периоде развития государства совершенные способы защиты публичных прав, как мы могли убедиться раньше, не развиты: административная юстиция находится еще на довольно примитивной стадии; поэтому наибольшее практическое значение для охраны не только интересов, но и субъективных прав граждан имеет правильный нормальный ход административного механизма, который, “к сожалению, сам по себе нелегко приводится в действие в интересах заинтересованного лица” (О. Мейер). Средством приведения его в действие является институт жалобы, технически самая элементарная форма борьбы за право, которая практически, однако, даже в странах с развитой административной юстицией служит наиболее распро-

странным средством защиты интересов и прав граждан. К его анализу мы сейчас и обратимся.

## II

Эволюция института права жалобы представляет поучительный пример развития юридически безразличного (даже воспрещенного) действия гражданина в правоохраненный интерес и, наконец, в субъективное публичное право. В полицейском строе жалоба — по крайней мере, неосновательная — нередко рассматривалась, как наказуемое деяние. Даже в эпоху просвещенного абсолютизма в XVIII столетии в Пруссии патент 29 июля 1774 года предписывал в случае неосновательной жалобы приводить жалобщика в чувство выговором, стыдом и укорами (“mit Glimpf, Mässigung und Herablassung zu seinen Faliigkeiten und Begriffen zu bedeuten und zurecht zu weisen”).

В России в XVIII веке также запрещено было крестьянам жаловаться на помещиков. Впрочем, тот же самый патент, на который мы только что ссылались, вменяет администрации в обязанность беспрекословно принимать и заботливо рассматривать жалобы. Таким образом, право жалоб косвенно становится под защиту и поднимается, так сказать, до ранга правоохраняемого интереса. Конституционное государство совершенно снимает этот запрет жалоб, хотя бы и неосновательных. Уже “биль о правах” объявлял незаконными все преследования за подачу жалоб и петиций. Конституционные хартии начала XIX века торжественно провозглашают право петиций. Но эти провозглашения имеют только декларативный характер. Постольку, поскольку право жалобы не влечет за собой никаких обязательств для администрации, она остается юридически безразличным действием. К этой стадии развития права вполне применимы слова Борнгака, утверждавшего, что право жалобы так же мало право, как право ложиться спать или идти гулять<sup>1</sup>. Более поздние конституции и особенно административное законодательство конца XIX века связывают иногда жалобу с определенными юридическими последствиями. Саксонская и вюртембергская конституции устанавливают, например, что администрация *обязана вынести решение по жалобе*, что отказ в жалобе должен быть мотивирован. Позднейшие законы (особенно финансовые) устанавливают особые процессуальные формы (срок рассмотрения жалобы, привлечение к рассмотрению жалобы заинтересованных лиц, разрешение осмотра документов и пр.). На этой стадии развития жало-

<sup>1</sup> В о г н а к. Preuss. “Staatsrecht”. 2 Auflage. B. I, стр. 224.

ба приобретает важнейшие черты субъективного публичного права, обязывая органы власти к определенным действиям в интересах индивида: в его интересах она “приводит в действие правопорядок”. Обычно насчитывают три вида жалобы: конституционную, административную и процессуальную.

Дать единое определение всем видам жалобы нельзя. По крайней мере, государствоведы, занимающиеся этим вопросом, или совершенно отказываются дать такое определение (Штир Зомло)<sup>1</sup>, или останавливаются на самых различных признаках: так, по мнению Штир Зомло, конститутивным признаком жалобы может быть только то, что она реагирует на прошлое<sup>2</sup>; по мнению же Шена, таким признаком является то, что она всегда является обращением к высшему органу власти<sup>3</sup>. Но если сузить задачу и сосредоточить внимание на одном каком-нибудь виде жалобы, задача становится проще. Мы остановим наше внимание на жалобе административной.

Административная жалоба есть открытое обращение заинтересованного лица к иерархически высшим органам административной власти в целях изменения или уничтожения неправильного административного распоряжения или упущения по мотивам его недостаточной фактической или юридической обоснованности.

Как открытое обращение к власти заинтересованного лица, жалоба принципиально отличается от доноса, который может делаться и обычно делается втайне и может исходить и от лица, к делу совершенно постороннего (жалоба должна быть индивидуализирована, донос — нет). Как обращение к власти заинтересованного гражданина, жалоба отличается от протеста, т.е. требования отмены незакономерного распоряжения управомоченным органом власти в интересах общего блага; по степени законченности юридических последствий, ею вызываемых, жалоба отличается, как мы детально увидим ниже, от административного иска.

Обычно различают, по различию юридических последствий, жалобы: 1) иерархическую неформальную и 2) формальную, подаваемую в особом административном порядке. Немецкое право противополагает формальную и простую жалобу; французское — *recours gracieux* и *recours hiérarchique* (Моро), хотя надо заметить, что французские термины, с одной стороны, и немецкие — с другой, означают не вполне идентичные понятия. Так, по

<sup>1</sup> Stier S o m l o. “Beschwerde” в “Handwörterbuch des deutschen Staats und Verwaltungsrechts”, 2 Auflage, B. I, стр. 432.

<sup>2</sup> Stier S o m l o, цитир. раб., стр. 433.

<sup>3</sup> Schopen. “Deutsches Verwaltungsrecht”.

толкованию французских юристов (Моро, Ориу), *recours gracieux* есть просто просьба о милости — *recours hiérarchique* аналогичен *простой* жалобе, а жалобы *формальной*, “*ископодобной*” французское право не знает: она сливаются в сущности с административным иском (*recours contentieux*). Мы в своем изложении придерживаемся немецкой терминологии.

Иерархическая жалоба не связывает административную власть точно определенными формальными условиями (например, сроком, в течение которого жалоба должна быть рассмотрена) и даже оставляет самое рассмотрение поданной жалобы на “свободное усмотрение” администрации. Конечно, при этом виде обжалования должностные лица ответственны за свои неправомерные действия и в уголовном, и в гражданском, и, чаще всего, в дисциплинарном порядке. Но дисциплинарный порядок ответственности предполагает меры, лежащие далеко вне сферы правоотношений, непосредственно складывающихся на почве обжалуемого постановления между властью и жалобщиком. Последний может требовать его наказания в дисциплинарном порядке за отказ в рассмотрении жалобы, поскольку вообще справедливое управление и внимательное отношение к нуждам граждан является служебной обязанностью администрации. Но, за исключением случаев предъявления гражданского иска, он лишен всякой возможности непосредственного удовлетворения.

Иерархическая жалоба может иметь применение в случаях юридически совершенно безразличных: она имеет своей задачей охрану интересов жалобщика и стремится убедить представителей власти в необходимости отмены неправильного решения соображениями справедливости и целесообразности. Но ее положительный результат в значительной мере является делом счастливого случая. Она может быть брошена под стол, рассмотрена ради формы (Отто Майер). Она является лишь поводом для рассмотрения дела (Сарвен), доведением до сведения, соединенным с просьбой о милости (Борнгак)<sup>1</sup>; жалобщик имеет не право, а свободу жаловаться (Корман)<sup>2</sup>.

Разумеется, при таком положении дела нет оснований связывать подачу жалобы какими-нибудь формальными условиями: употребляя выражение Ориу, можно сказать, что этот вид жалобы не имеет в себе ничего процессуального, юрисдикционного, и высшая власть, постановляя решение по поводу жалобы,

<sup>1</sup> В о г н х а к. Preussischess Staatsrecht, II, стр. 470.

<sup>2</sup> К о р м а н. Rechtsgeschäftliche Staatsacten. 1910, стр. 69.

совершает не юрисдикционный акт, а административный. Предметом жалобы могут быть все административные распоряжения, ее основанием — нецелесообразность распоряжения и нарушение интересов граждан. Подача жалобы не связана сроком — во Франции, напр., “современный министр может отменить по жалобе распоряжение префекта VIII года” (начало девятнадцатого века). Жалоба, по исчерпании всех административных инстанций, иногда может быть “превращена” в иск. Прусское право предусматривает эту возможность при обжаловании полицейских распоряжений. Во Франции такая возможность также имеет место, и министры (последняя инстанция) обязаны мотивировать свое решение в том случае, если оно может дать основание для обжалования в судебно-административном порядке. При молчании министра в течение 4 месяцев, в силу самого закона, предполагается отказ в жалобе и открывается возможность возбуждения административного иска. Этот вид жалобы так же мало является правом, как мало им является плач ребенка или крик избиваемого о помощи.

Совершенно иной характер имеет формальная юридическая жалоба. Она направляется непосредственно против самого незакономерного акта и налагает на администрацию определенную обязанность ее рассмотрения с соблюдением определенного порядка рассмотрения дела и, таким образом, создает условия административной деятельности, приближающие ее к судебной. В этой области вполне оправдываются слова О. Майера, что между юстицией и администрацией разница не качественная, а количественная. Формальная жалоба, безусловно, может быть признана субъективным публичным правом в формальном смысле слова: она так же, как и административный иск, приводит в действие государство в интересах жалобщика. Но тем не менее она глубоко от него отлична по своим юридическим последствиям.

Лицо, возбудившее иск, вступает в длительное юридическое отношение с государством, — весь процесс есть только развитие этого юридического, отношения, — юридическое отношение в движении. Лицо, возбудившее иск, длительно противостоит государству в лице суда, как самостоятельный субъект права, имеющий определенное правоохраненное влияние на все движение дела по иску — оно, технически говоря, является стороной<sup>1</sup>.

Юридические последствия жалобы, даже формальной, неиз-

<sup>1</sup> Характеристику процесса, как юридического отношения, см. K. S c h m i d t. Processrecht und Staatsrecht, 1904 г. В русской литературе: проф. И. Н. Полянский. Цель в уголовном процессе, 1919; Рязановский. Единство процесса, 1920.

меримо слабее: жалобщик после того, как он привел в движение, в целях рассмотрения жалобы, административный аппарат, юридически исчезает для власти: последняя в дальнейшем руководствуется лишь своим служебным долгом. *Жалобщик, как общее правило, не вырастает до положения стороны*, разделяющей с властью влияние на движение процесса, а употребляя русское бытовое выражение,. остается “просителем”, правда, имеющим юридические претензии на определенные действия со стороны администрации, но эти притязания, как мы видим, остаются в весьма скромных пределах. В основе административного решения лежит больше принцип справедливости, *aequitas*, чем строгие нормы права *jus strictum*.

Не надо, впрочем, забывать, что при анализе понятий жалобы и иска мы взяли только крайние теоретические полюсы этих понятий: в положительном законодательстве жалоба и иск нередко сближаются, в зависимости от степени развития процессуальных форм в том и другом случае: иногда жалоба почти поднимается до иска, иногда этот последний, по неразработанности процессуальных гарантит, опускается до жалобы. Тем не менее, повторяем, институты жалобы и иска глубоко различны. Отношения между государством и гражданином, возникающие на почве возбуждения последним иска, являются нормальными, развернутыми правоотношениями. Отношения между государством и гражданами, рождающиеся на почве подачи жалобы, остаются усеченными отношениями (см. выше). Движение жалобы в значительной мере подчинено усмотрению администрации. Впрочем, параллельно развитию административной юстиции, совершенствуется и право жалобы — оно, так сказать, обрастает процессуальными гарантитами и все больше сближается с иском. Наряду с судебно-административным процессом является административный процесс (по германской терминологии *Beschlussverfahren*), гораздо более упрощенный, но сохраняющий свое самостоятельное значение<sup>1</sup>. Только анализ этого процесса и может дать нам ясное понятие об юридической природе права жалобы, как субъективного публичного права.

### III

#### Правильное развитие института права жалобы (в дальнейшем

<sup>1</sup> Административный процесс, *Beschlussverfahren*, есть творческое изобретение германской юридической мысли. Он развит главным образом в законе о местном управлении 30 июля 1883 г. Теоретически в нем нашла выражение мысль Штейна о необходимости юридической защиты граждан против вторжения администрации в сферу их интересов. Ср. В о г н х а к. *Grundriss Verwaltungsrechts*, 1912, стр. 102.

мы все время говорим о формальной жалобе) предполагает правильно организованную систему инстанций, куда можно было бы жалобу подавать. Обычно эта система совпадает с административно-иерархической лестницей, впрочем, с некоторыми принципиально важными ограничениями.

Дело в том, что административная организация обычно строится и расчленяется на отдельные ветви сообразно принципам разделения труда и в целях наибольшей быстроты и правильности вершения дел<sup>1</sup>. Но это расчленение администрации на отдельные ветви не должно находиться в противоречии с началом единства власти и принципом господства закона. В силу этого, как общее правило, все административные органы, какие бы они себе ни ставили специальные задачи, обычно группируются по степени своих полномочий в основные юридические категории и инстанции, чаще всего три: низшие — исполняющие, средние — контролирующие, высшие — руководящие<sup>2</sup>. Жалоба, если ее рассматривать с точки зрения государственного интереса, имеет своей задачей контроль и единство управления; поэтому нормально она проходит всю лестницу инстанций. Впрочем, по соображениям целесообразности, иногда число инстанций ограничивается в целях большей быстроты движения административного механизма: чем больше внимания уделяется государственному интересу и чем меньше правам граждан и требованию закономерности управления, тем меньше инстанций. Напротив, соображения об охране законности приводят даже к созданию самостоятельного инстанционного аппарата и особого порядка рассмотрения жалоб, нередко с привлечением к рассмотрению дел непрофессионального (общественного) элемента.

Правильное построение института жалобы предполагает обособление функций судебно-административных от функций активного управления и создание соответствующей самостоятельной организации по рассмотрению жалоб.

Для понимания разных форм движения жалобы важно ясно себе представить отношение инстанций друг к другу. Если инстанция низшая непосредственно подчинена высшей, то последняя может не только отменить обжалованное распоряжение первой, но и заменить его своим. Если, напротив, высшая инстанция является по отношению к низшей только органом надзора,

<sup>1</sup> Hofacker. "Technik der Staatsverwaltung". Verwaltungsarchiv, 1921. Het 1—2, str. 65.

<sup>2</sup> Tetzner. Handbuch des österreichischen Administrativerfahrens, 1896, str. 255.

то ее полномочия сводятся только к отмене или исправлению неправильного распоряжения.

Необходимым предположением правильного рассмотрения жалобы является выделение функции надзора из общих функций активного управления и дифференциация этих функций на апелляционные и кассационные. В дальнейшем это нередко приводит к созданию самостоятельных органов для рассмотрения жалоб и, наконец, к дифференциации этих органов на апелляционные и кассационные. Только при этих условиях право жалобы действительно становится субъективным публичным правом, которое, хотя и отличается от административного иска меньшей законченностью вызываемых ею юридических последствий, но все же самостоятельно приводит в действие правопорядок в целях охраны прав и интересов индивида.

Движение жалобы по той или иной инстанционной системе зависит от юридических свойств действий, против которых она направлена. Обычно предметом жалобы являются акты власти, устанавливающие в конкретных случаях права и обязанности граждан по отношению к государству, т.е. административные распоряжения в техническом смысле слова.

Формальная жалоба открывается против *связанных* распоряжений администрации в противоположность *дискреционным*, против которых, если нет специальных постановлений закона, возможна только *простая* жалоба. Хотя по общему правилу административное распоряжение не требует какой бы то ни было определенной формы (кроме разве письменности), но в важнейших случаях принцип связанности административного распоряжения правом находит свое внешнее выражение в требовании закона сопроводить самый текст распоряжения указанием на порядок и срок обжалования (чаще всего это требование соблюдается в финансовом распоряжении).

Следующий важный момент теории жалобы — срок. В интересах устойчивости правопорядка и экономии сил администрации (аналогия с принципом процессуальной экономии) обычно устанавливается срок, в течение которого распоряжение администрации может быть обжалуемо и по истечении которого право на жалобу погашается.

Обычно срок колеблется от минимум 2 недель до максимум 30 дней. Течение срока начинается со дня, следующего за днем сообщения соответствующего распоряжения заинтересованным лицам (каждое административное распоряжение должно быть доведено до сведения тех лиц, к которым относится).

День подачи не считается, если жалоба подана заказным

письмом. Если последний день срока падает на воскресенье или праздничный день, срок истекает в следующий будничный день.

Течение срока прерывается ходатайством стороны или о его продлении, или о сообщении мотивов распоряжения и снова возобновляется с момента вручения соответствующего постановления так, чтобы для подачи жалобы оставалось столько дней, сколько оставалось до момента перерыва течения срока. Если ходатайство о продлении срока удовлетворяется, то в постановлении обычно указывается день, с которого начинается течение нового срока. Пропуск срока не допускается: жалобы, поданные после истечения сроков, возвращаются жалобщику, однако стороне предоставляется возможность обжаловать это решение и добиваться восстановления срока.

Установление срочности права жалобы имеет громадное влияние на все построение этого института. Если право жалобы погашается истечением срока, то, во-первых, важно установить момент, с которого начинается течение этого срока, т.е. момент, с которого открывается возможность обжалования неправильного распоряжения. Во-вторых, необходимо уточнить самое понятие жалобы, как особой формы обращения граждан к власти, формы, допустимой только в течение ограниченного, законом установленного периода времени и производящей специфический юридический эффект, очевидно, только в том случае, если она удовлетворяет определенным формальным условиям.

Течение срока начинается, как мы уже знаем, с момента сообщения данного распоряжения заинтересованному лицу.

Формальные условия действительности жалобы заключаются: а) в ее индивидуализации, б) в согласованности формы и содержания жалобы с намерением просителя *жаловаться*.

Принцип индивидуализации приводит прежде всего к ограничению круга лиц, имеющих право формальной жалобы. Право подачи жалобы в принципе принадлежит только тому, против кого данное распоряжение прямо или *косвенно* направлено, т.е. заинтересованному лицу в техническом смысле слова.

Понятие заинтересованного лица, однако, устанавливается германской практикой довольно ограничительно, хотя теоретики (Шен и Мирбах) высказывают за возможное расширение этого понятия. Так, напр., по решению баварского высшего административного суда, в случаях выдачи разрешения концессии на новую гостиницу, держатели уже разрешенных гостиниц не

имеют право жалобы<sup>1</sup>. Точно так же владелец закладной на имущество не уполномочен жаловаться на полицейское ограничение пользования участком, хотя бы это ограничение понижало хозяйственную ценность участка (решение прусского административного суда<sup>2</sup>. За третьими лицами остается возможность довести до сведения органов власти о своих возражениях, т.е. право простой жалобы (в противоположность формальной). Французская практика (в области административного иска) развивается в обратном направлении, в смысле расширения понятия “заинтересованного лица”.

Дальнейшим следствием указанного принципа индивидуализации является требование индивидуализации (точного установления лица) жалобщика (имя, адрес, профессия), точная индивидуализация распоряжения, на которое подается жалоба (хотя бы только его дата и №) и, наконец, индивидуализация содержания жалобы — обнаружение в тексте жалобы *намерения* жаловаться. Конечно, желательно, чтобы в тексте жалобы были приведены обстоятельства дела и указаны юридические основания, но это не является необходимым условием ее юридической значимости: административный процесс — процесс инструкционный, органы власти обязаны сами, *ex officio*, разобраться в юридических и фактических материалах по жалобе.

Жалоба может быть не только письменной (прощение, поданное лично, письмо, телеграмма), но и устной (в этом случае необходимо ее занесение в протокол), важно только, чтобы из нее было видно намерение жаловаться. Тецнер из практики австрийского административного суда приводит пример жалобы чрезвычайно лаконичной, но, однако, удовлетворяющей этому требованию индивидуализации и потому признанной действительной. Вот текст жалобы: “Чувствую себя обиженным (*beschwert*) распоряжением окружного управления от 11 мая 1895 г. за № 26/65, в силу какового распоряжения мне запрещен снос моей мельницы, находящейся там-то”<sup>3</sup>.

Основанием для жалобы могут служить *неправильные*, как незакономерные, так и нецелесообразные действия и упущения органов администрации (а также их медленность). Впрочем, в этом случае, если под незакономерными действиями понимать действия, противоречащие не только букве, но и цели закона, то,

<sup>1</sup> Entsch. des Bayer. Verwaltungsgerichts 18 дек. 1889 г. (Цитир. Fleiner'a, стр. 197.)

<sup>2</sup> Цитир. у В а l t z. Preussisches Baupolizeirecht, стр. 151—152.

<sup>3</sup> T e t z n e g. Op. cit., стр. 253, прим 2.

пожалуй, можно считать достаточно широким основанием для обжалования и признак “незакономерности” органов власти.

Интересную формулу основания для обжалования давал закон 30 мая 1917 года об административном суде. “Основанием для протестов и жалоб могут быть: 1) неправильности, состоящие либо в нарушении действиями или постановлениями администрации закона или обязательного постановления власти, либо в осуществлении полномочия с нарушением цели, ради которой оно предоставлено; 2) уклонение от исполнения действия, предписанного законом или обязательным распоряжением власти; 3) медленность. Жалоба может быть принесена теми лицами, обществами или установлениями, интересы или права коих могут быть нарушены постановлением, распоряжением, действием или упущением. Подача прошений и жалоб на медленность обычно не ограничивается никаким сроком”.

Какое влияние оказывает поданная жалоба на юридическую силу того распоряжения, на которое она направлена? Приостанавливает ли она его действие или нет? Во французской литературе вопрос о приостанавливающей силе жалобы был недавно предметом спора двух выдающихся административистов. Один, ссылаясь на пример Англии, доказывал, что непременным условием господства права является признание за жалобой приостанавливающего действия; другой в признании за администрацией привилегии прямого действия видел спасение государства от анархии. Практика проще решила спорную проблему. В германском праве принят принцип, что жалоба и административный иск имеют приостанавливающее действие, поскольку специальные законы не дают иного определения, но в случаях, когда этого требуют соображения общего интереса, частным определением администрации и самой нормой закона у жалобы может быть отнято приостанавливающее действие (прусский закон о местном управлении, 1883, § 53). Такое решение вопроса необходимо признать наиболее мудрым: оно лучше всего примиряет требование общего блага и интересы личности.

В области финансового права наблюдается обратное соотношение, как общее правило, жалоба не имеет приостанавливающего действия, но в случаях, заслуживающих уважения, по ходатайству заинтересованных лиц, обжалованное распоряжение отменяется особым постановлением органов финансово-административной юстиции<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Bitt e g. “Aufschiebende Wirkung”, статья в “Handwörterbuch der preussischen Verwaltung” Bitter’a. B. I, стр. 132. Также у B e r t h é l e m y. Traité.

Жалоба обычно подается в то место, которое издало неправильное, по мнению жалобщика, распоряжение. В том случае, если ее целью является пересмотр распоряжения тем же самым органом власти, мы имеем особую форму жалобы — представление. При нормальном движении жалобы в собственном смысле слова место, куда она подана, играет лишь роль передаточного пункта, на который возлагается передача жалобы в первую инстанцию с приведением мотивов, соображений по представляющейся жалобе.

В советской практике такой путь подачи жалоб является единственным допустимым. Как общее правило, центральные ведомства не рассматривают жалоб, не сопровождаемых заключением мест, против которых направлена жалоба. Этот порядок имеет большие практические удобства, но и вызывает против себя существенные принципиальные возражения.

Если жалоба направлена не в то учреждение, куда ей предметно или территориально надлежит быть направленной, она *ex officio* передается по назначению (это наблюдается и в русской практике). Нужно некоторое гражданское мужество для того, чтобы дерзнуть подать жалобу в то само учреждение, распоряжение которого жалобщик пытается устраниТЬ или изменить. Поэтому нельзя не приветствовать советскую практику (Наркомзема), где, как мы ниже увидим, в случаях явного нарушения закона допускается и подача жалобы *непосредственно* в высшую инстанцию. Той же цели, именно цели вооружения высшей инстанции материалами по жалобе со стороны низшей, французская юриспруденция достигает — по крайней мере, в некоторых случаях — иным путем. Здесь, как общее правило, принят принцип, что *обжалованию доступны только административные распоряжения*. Поэтому в тех случаях, когда интересы жалобщика нарушены какими-нибудь общими мерами администрации, жалобщик подает жалобу в орган, принявший неправильную (общую) меру, для того, чтобы вызвать *индивидуальный* акт власти, доступный обжалованию по конкретным основаниям. Молчание в течение определенного срока рассматривается (презюмируется) как формальный отказ в жалобе и открывает возможность дальнейшего обжалования.

Рассмотрение дел по жалобам производится в инквизиционном порядке, хотя с большим или меньшим допущением к участию в деле заинтересованных лиц. Иногда административное учреждение при рассмотрении жалоб действует с соблюдением особых процессуальных форм или с привлечением непрофессиональных элементов.

В учреждениях, специально созданных для рассмотрения жалоб, эти моменты, приближающие административный процесс к судебному, сильнее.

Мы специально остановимся на административном прусском процессе, сравнительно хорошо разработанном (закон о местном управлении 1883 г. посвящает ему самостоятельный раздел<sup>1</sup>). Впрочем, и здесь административный процесс очень элементарен, хотя он все же пытается дать некоторые элементарные гарантии беспристрастия: коллегиальность решения и затем исключение из состава решающей коллегии родственников тяжущихся.

Интересно отметить, что в состав решающей коллегии здесь могут входить с правом совещательного голоса технические сотрудники, государственные и коммунальные (русский “третий элемент” до революции).

Если предметы обсуждения касаются отдельных членов органов власти, их родственников или свойственников до третьей линии, то это члены не могут принимать участия в обсуждении и голосовании.

Если, в силу применения этого требования, данный орган власти окажется некомпетентным, дело передается в другой, аналогичный административный орган.

В случаях, не терпящих отлагательства и ясных с точки зрения права и фактических обстоятельств дела, председатель решающей коллегии имеет право, если коллегиальное решение не требуется специальной нормой закона, издавать распоряжения и постановлять решения от имени коллегии, при условии сообщения об этом последней. В распоряжениях и решениях такого рода должно быть указано, что жалобщик может обжаловать распоряжение или в коллегию или в обычном инстанционном порядке. Процесс носит сложный характер — полуписьменный, полуустный.

Решение выносится на основании актов, подвергаемых устному обсуждению, если специальный закон не требует состязательности (§ 102). В законе о социальном страховании содержатся специальные нормы об устности и гласности и состязательности административного процесса. Так, по § 1796 Reichsversicherungsverordnung, если жалоба подана своевременно, то участвующие в деле лица должны быть выслушаны. По § 48 закона

<sup>1</sup> Cesetz über die allgemeine Landesverwaltung III Abschnitt (Beschlussverfahren), ст. 115—131. Мы цитируем по изданию Stier Somlo “Sammlung in der Praxis oft angewandten Verwaltungsgesetze”, 1912, стр. 133 и сл. Перевод проф. Горенберга.

о подоходном налоге, апелляционные комиссии могут требовать, чтобы допрашиваемые ими свидетели и эксперты были приводимы к присяге компетентным судом.

На постановление первой инстанции в определенный срок обычно допускается жалоба во вторую, и так далее, до конца иерархической лестницы, до исчерпания инстанций, если, впрочем, нет ограничительных постановлений закона.

Рассмотрение дела по жалобе в разных законодательствах строится по разным основаниям. В Германии, Пруссии орган второй инстанции может самостоятельно собирать доказательства, допрашивать свидетеля и пр. В Австрии высшие инстанции не имеют права на самостоятельное исследование обстоятельств дела, и только в случаях установления противоречия между фактами и оценкой их низшей инстанцией высшая инстанция отменяет постановление низшей и передает дело на новое рассмотрение, если эти факты имеют существенное значение для дела<sup>1</sup>. Но, в общем, формы административного процесса всюду более или менее однородны.

Учреждение, куда подается жалоба, обязано, *прежде всего*, рассмотреть обжалуемое решение с точки зрения формы.

Прежде всего подлежит исследованию, выполнены ли все формальные процессуальные условия, предусмотренные законом. Последствие нарушения процессуальных форм может быть двойное: если в первой инстанции имело место существенное нарушение процесса, и в силу этого внушает сомнение правильность решения (напр., стороне не была предоставлена возможность представления доказательств справедливости ее требований, что оказало влияние на постановление), то обжалуемое постановление подлежит отмене по несоблюдению процессуальных форм; власти, постановившей обжалуемое решение, при этом предписывается сделать новое постановление, исправив недостатки первого.

Если не было существенного нарушения процесса, дистанционный орган входит в обсуждение существа дела, как будто не было никаких процессуальных нарушений.

Прежде всего подлежит исследованию, вполне ли освещены все обстоятельства дела при первом его рассмотрении. Если в этом отношении возникают сомнения, то может быть дано распоряжение о выяснении недоразумений, противоречий и всего

<sup>1</sup> Австр. админ. процесс проанализирован в старой вышеприведенной работе Тецнера. См. также M u g b a c h. Grundriss des Finanzrechts, 1916 г., стр. 146 и сл.; § 380 "Das Bechtmittelsverfahren".

того, что ведет к выяснению обстоятельств дела. Затем орган власти, рассматривающий дело по жалобе, выносит решение по существу.

На юридических свойствах решения следует остановить особое внимание.

Допустимо ли “*reformatio in rebus*”? Может ли высшая инстанция ухудшить в своем решении положение жалобщика сравнительно с тем, которое было создано обжалуемым административным распоряжением? Обычный отрицательный ответ на этот вопрос (нет, не может) основывается на том основательном соображении, что *reformatio in rebus* противоречит самой идее жалобы: никто не станет жаловаться, раз жалоба грозит ухудшением положения жалобщика. Однако в законодательстве и в теории мы встречаем допущение *reformatio in rebus*. Мотивом является указание на ту руководящую роль, которую играют в административных распоряжениях общий интерес, общее благо. С этой точки зрения, представляется неизбежным и ухудшение положения жалобщика, раз это требуется соображениями общего интереса, целесообразности и справедливости. Взвешивая невыгоды, связанные для жалобщика с применением *reformatio in rebus*, с невыгодами для общественного интереса, которые могли бы быть вызваны отказом от этого принципа, Тецнер выскаживается за применение этого принципа<sup>1</sup>. Промежуточное положение занимают Шен<sup>2</sup> и Флейнер<sup>3</sup>. По мнению Шена, *reformatio in rebus* недопустимо только в том случае, если жалоба рассматривается органом, не имеющим самостоятельной административной компетенции, напр., органом, специально созданным для рассмотрения жалоб. Совершенно иначе стоит вопрос, если дело по жалобе поступает в общий административный орган, в компетенцию которого входит, независимо от факта подачи жалобы, изменение административного распоряжения по соображениям общего интереса. В этом последнем случае *reformatio in rebus* является, по мнению Флейнера и Шена, просто логическим следствием обязанности органов администрации руководиться в своих действиях и распоряжениях соображениями общего интереса. На противоположной точке зрения стоят Гатшек<sup>4</sup> и О. Майер. Гатшек исходит из соображений доктринальского характера и решает вопрос исключительно на почве немецкого административного права. Из того факта, что закон требует сообщения жалобы про-

<sup>1</sup> T e t z n e r, Op. cit., стр. 286.

<sup>2</sup> S c h o e n. “Deutsches Verwaltungsrecht” в “Holtzendorfs Encyklopädie”.

<sup>3</sup> E l e i n e r. “Institutionen”, стр. 199.

<sup>4</sup> H a t s c h e k. Lehebuch des deutschien und preussischen VerwaItungsrechts, 1922, стр. 199.

цессуальному противнику жалобщика, он и выводит заключение о недопустимости *reformatio in rebus*, которое, очевидно, могло бы нарушить (хотя бы в результате процесса) принцип равноправности сторон. Отметим, кстати, что Прусский высший административный суд в финансовых жалобах не допускает *reformatio in rebus*. О. Майер считает его недопустимость само собой разумеющейся. Он даже ее не мотивирует. И эта последняя точка зрения вполне совпадает с конструкцией жалобы, как субъективного публичного права, прежде всего предназначенного для охраны прав и интересов жалобщика. Впрочем, если даже взглянуть на дело с точки зрения общего интереса, то решение вопроса не может быть другим. Привлечение личного интереса в форме права на жалобу к охране объективного права имеет такое громадное практическое значение для правопорядка, что всякое ослабление желания пользоваться правом жалобы несомненно прежде всего с требованиями самого этого правопорядка. Поэтому правильнее признать *reformatio in rebus* недопустимым.

Решение по жалобам обычно мотивируется и принципиально должно мотивироваться. Отсутствие мотивировки противоречит самой идеи права жалобы, лишая жалобщика основания для дальнейшего обжалования неправильного решения и чрезвычайно ослабляя и даже совершенно отнимая возможность жаловаться. Отсутствие мотивов является “существенным нарушением” производства и может дать основание для отмены решения по своей юридической природе. Особенno настоятельно необходима мотивировка отказа в жалобе. В Англии отказ в жалобе (по важнейшим вопросам жилищного законодательства) не может иметь места без предварительной организации местного расследования, которое производится по состязательному принципу инспекторами комитета местного самоуправления (с оплатой расходов за счет жалобщика — не свыше 10 ф. ст.).

Здесь отчетливо видна логическая связь между мотивами отказа в жалобе (приговора) и административным процессом. Именно необходимость убедительно мотивировать решение создает административный процесс.

Решение по жалобе является административным распоряжением общего типа. Этим определяются его юридическая природа вообще и, в частности, особые свойства “законной силы”, приобретаемой решением по истечении сроков обжалования.

Вопрос о законной силе административного решения чрезвычайно сложен. В принципе законная сила судебного решения, его непоколебимость, неотменяемость являются необходимым следствием процессуального рассмотрения дела. “Как издание указа

или закона, — говорит Бернатчик, — имеет целью добиться осуществления норм, в них содержащихся, как издание распоряжения направляется к установлению определенного фактического состояния, как выдача удостоверения имеет своей задачей обеспечить достоверность удостоверяемых обстоятельств, так судебное решение выносится в целях установления на будущее время неприкосновенности юридического отношения, раз признанного существующим". Но в какой мере это свойство может быть признано за административным распоряжением, хотя бы связанным с некоторыми процессуальными формами, например, с административным решением по жалобе? Исходя из точки зрения желательности упрочения правового порядка, некоторые теоретики высказываются за присвоение административному решению свойств законной силы в тех же пределах, как это имеет место по отношению к судебному решению, которое для сторон почтается "имеющим непоколебимую силу закона" (*res judicata pro lege habetur*), недопускающим ни дальнейшего обжалования, ни изменения.

Как с точки зрения охраны прав ни привлекательна такая постановка вопроса, но все же она не может иметь применения в области административного управления, задачей которого является постоянное приспособление к вечно меняющимся условиям и запросам жизни. Поэтому признание непоколебимости административного распоряжения допустимо с очень значительными ограничениями. Разумеется, государство, раз издавшее административное распоряжение, связано им до того момента, пока оно его не отменило в том же порядке, в каком оно было издано, но это не значит, чтобы оно не могло его изменить с соблюдением необходимых процессуальных условий. Таким образом, законная сила административного распоряжения носит формальный характер: процессуальные условия рождения решения по жалобе не настолько самобытны, сложны и индивидуальны, чтобы они могли изменить природу решения, как административного акта, следовательно, и это последнее имеет законную силу только в формальном смысле. В то время, как судебное решение, после истечения сроков, вступает в законную силу в материальном смысле, является для сторон законом, непоколебимо устанавливающим их взаимные юридические отношения и регулирующим их, так сказать, по содержанию, административное распоряжение может быть изменено односторонней волей власти, но под непременным условием соблюдения тех процессуальных форм, с выполнением которых оно издано и

должно было быть издано, и признания, разумеется, приобретенных субъективных прав.

## Глава II Право жалобы в советском законодательстве

### I

Отношения государства к гражданам в период военного коммунизма были построены на принципе юридически нормированных *обязанностей* — выражаясь в терминах Елинека, “пассивного статуса”.

К сожалению, мы сейчас не можем остановиться на своеобразной системе субъективных прав Советского законодательства. Сейчас нас интересует проблема субъективных прав не в материальном, но в *формальном* смысле. Наша работа посвящена гораздо более будничной теме — вопросу об юридических методах защиты прав граждан, вопросу о субъективных правах в *формальном* смысле слова, в особенности праву жалобы, которое у нас еще больше, чем на Западе, имеет первенствующее значение, как практически наиболее распространенная форма правовой самозащиты. Впрочем, жалоба, вообще говоря, представляет собою *универсальный* способ защиты индивида от неправильных действий администрации: она также действенна в области юридически нормированных *обязанностей*, как в сфере субъективных публичных *прав*. Тем больший интерес представляет изучение ее практических форм на русской почве.

В действующем праве мы встречаем интересную попытку построить жалобу как самостоятельный юридический институт, и создать для ее обслуживания специальный административный аппарат. Этот аппарат был создан постановлениями-декретами ВЦИК от 9 апреля 1919 г. (“Собр. Узакон.”, 1919 г., № 12, ст. 122), пост. Народн. Комиссара Государствен. Контроля от 4 июля 1919 г. (“Собр. Узакон.”, 1919 г., № 23, ст. 271) и циркулярным постановлением Президиума ВЦИКа (“Собр. Узакон.”, 1921 г. № 49, ст. 348), рядом инструкций, изданных в его развитие РКИ, и отдельными постановлениями-решениями ВЦИК по конкретным поводам.

В силу этих постановлений на Народный Комиссариат Государственного Контроля (ныне Рабоче-Крестьянскую Инспекцию) возложено наблюдение за организацией во всех учреждениях приема всякого рода жалоб и заявлений и правильным их движением, а также образование при самом Государственном Контроле особого Бюро приема заявлений о неправильных действиях, злоупотреблениях и правонарушениях должностных лиц, для рассмотрения этих заявлений Государственным Контролем.

Постановлением Народного Комиссариата Госуд. Контроля от 4 мая 1919 г. организовано Центральное Бюро жалоб; наконец, постановлением Президиума ВЦИК'а 30 июня 1921 года определен самый порядок подачи жалоб. Однако этот институт не без труда привился к русской жизни. “Согласно декрета ВЦИК'а и постановления НК РКИ, — читаем мы в последнем циркулярном постановлении ВЦИК, — организовано Центральное Бюро жалоб и заявлений, где принимаются жалобы и заявления от всех граждан Советской республики без исключения”. (Ст. 1 постановления.) Одновременно и на тех же основаниях принимаются жалобы и заявления Президиумом ВЦИК (приемная тов. Калинина).

Но, в общем, необходимо указать, что элементы права жалобы, как самостоятельного юридического института, разбросаны в разных местах цитированных постановлений и изданных в их развитие инструкций. Поэтому при характеристике права жалобы мы не будем считаться с исторической последовательностью его развития, а попытаемся дать, объединяя все узаконения, не утратившие силы, систематическое изложение его содержания. Не лишено интереса с исторической точки зрения, что институт права жалобы в наших бытовых условиях фактически пережил те же основные стадии развития права жалобы, которые характерны для эволюции права жалобы вообще (от наказуемого деяния — до субъективного публичного права). Впрочем, эта эволюция еще не вполне закончилась и посейчас.

Право жалобы есть субъективное публичное право граждан. На возбуждение жалобы имеют право “все граждане без исключения” (§ 1 постановления от 4 мая нами цитируется еще раз ввиду его большого принципиального значения): “Жалобщики ни в коем случае административным репрессиям не подвергаются. За жалобы и заявления злостного и клеветнического характера граждане подвергаются репрессии только по приговорам судов” (п. 3 постанов. 30 июня 1921 г.). Принципиально последний абзац не влияет, конечно, на природу жалобы: клевета не перестает быть клеветой от того, что она помещена в документе, именуемом жалобой, и, конечно, подлежит преследованию, но создание судебных гарантит для жалобщика против возможного преследования принципиально дает правовые очертания праву жалобы, — а практически защищает жалобщика от репрессий, прикрытых видимостью легальности, и, по-видимому (судя по приведенному нами выше “вступлению” в декрет от 30 июня 1921 г.), составлявших “бытовое явление”. При этом заявления могут подаваться не только потерпевшими, но также лицами и учреж-

дениями, не понесшими ущерба от обжалованных действий. Понятия “потерпевший” и “заинтересованный” не тождественны. Жалоба может быть направлена против всех административных распоряжений органов власти. Только постановления ВЦИК и Совнаркома не подлежат рассмотрению Бюро (ст. 8 Положения 4 мая). Точно так же решения судебных органов или органов, приравненных к ним, обжалованию через Бюро жалоб не подлежат, если в жалобе нет указания на прямые злоупотребления судей.

Но зато контролю Бюро подлежат все административные распоряжения, даже в том случае, если эти последние входят, как органический элемент, в дело, подлежащее рассмотрению гражданского суда.

Основанием для жалобы может быть незакономерность, нецелесообразность и несогласованность обжалованных действий с декретами, распоряжениями и общим направлением политики центральной власти, а также жалобы на злоупотребления, на канцелярскую волокиту, на грубое обращение и пр. (ст. 6 Полож. 4 мая 1921 г.). Основания для обжалования настолько широки, что они не укладываются в какую-либо юридическую схему и, в сущности, открывают возможность отмены любого из административных распоряжений. Но самая широта этих оснований, лишая компетенцию РКИ вообще и Бюро жалоб в особенности, определенности ослабляет его индивидуальность в ряду других административных органов республики и, по видимости, необычайно расширяя его полномочия по существу, низводит его на положение органа, параллельного другим ведомствам. Впрочем, при ознакомлении с жалобами в Центральном Бюро получается впечатление, что в последние годы, когда с изданием кодексов и провозглашением начала революционной законности точно определились рамки права и закономерного в нашей жизни, сама жизнь несколько сужает основания для подачи жалоб; на первый план при рассмотрении жалоб выдвигается отмена распоряжений по их незакономерности (в очень широком понимании этого термина). Но, во всяком случае, эта тенденция, если она действительно существует, указывает на процесс правильного разделения труда (и вместе с тем разделения функций), который должен обеспечить благотворное и длительное влияние Бюро жалоб на управление. Бюро может жить и развиваться как орган правового, а не политического надзора.

Форма жалобы законом не предусмотрена, жалобы и заявления подаются в Бюро жалоб лично и по почте, в письменной и словесной форме.

Словесные жалобы по записи прочитываются заявителю и подписываются им, если он грамотен (§ 3, 4). Исключительно письменная форма требуется “только для заявлений, касающихся вопросов преобразования или улучшения системы народного хозяйства”, т.е. для петиций, которые и по цели, и по содержанию, и по юридической природе резко отличаются от жалобы в собственном смысле. В принятии жалобы Бюро выдает соответствующую квитанцию, о получении жалобы, присланной по почте, немедленно извещает заявителя.

По ст. 4 того же постановления, жалобы и заявления (если они не анонимны) должны заключать в себе точное обозначение имени, отчества и фамилии, точное наименование лиц или учреждений, на действия которых приносится жалоба, изложение обстоятельств, служащих основанием для жалобы, перечень документов и доказательств, служащих основанием для жалоб, перечень доказательств и свидетелей подтверждения жалобы.

В этом перечне элементов содержания жалобы нужно различать необходимые, без которых жалоба теряет свое значение, перестает быть жалобой, и желательные, которые только облегчают рассмотрение жалобы.

К первым относятся элементы, индивидуализирующие жалобу, требование точного указания жалобщиком предмета жалобы и учреждения, против которого она направлена, и просительный пункт. Что касается мотивов жалобы и ее основания, они не имеют существенного значения в том смысле, что не могут служить поводом для отказа в рассмотрении жалобы. Бюро жалоб имеет в своем распоряжении расследовательский аппарат и обязано, разумеется, и со своей стороны принять все меры, необходимые для выяснения обстоятельств дела жалоб. Но перечень этих мер, указанных ст. 3, имеет, так сказать, программное значение для порядка рассмотрения жалобы: он указывает те средства, которые Бюро должно употреблять к отысканию правды по вопросам, возбуждаемым жалобой, и, в известной мере, обязывает Бюро допросить свидетелей, рассмотреть доказательства, представленные жалобщиком. Рассматриваемая статья как бы дает основания для построения на почве обычного права отдельных инструкций административного процесса, специально приспособленного к рассмотрению жалоб.

Никакого вознаграждения за указания и всякого рода справки, даваемые Бюро, с посетителей не взимается, не подлежат оплате никакими сборами, в том числе и гербовым и даже почтовым, подаваемые жалобы и заявления. Это освобождение от сборов имеет тем более важное значение, что по гербовому ус-

таву от гербового сбора освобождаются только жалобы на должностных лиц. Между тем опыт Запада показывает, что требование об оплате пошлинами прошений по жалобам как бы образует барьер, препятствующий возбуждению жалоб. Когда во Франции был уничтожен гербовый сбор с жалоб по превышению власти, число жалоб сразу значительно возросло.

Изучение порядка рассмотрения жалоб предполагает ознакомление с органами, в которые жалоба может и должна быть направляема, и с процессуальными нормами, определяющими ее движение, и с ее юридическими последствиями.

Органами рассмотрения и расследования жалоб служат в инстанционном порядке центральные и местные Бюро жалоб и заявлений. Центральное Бюро организовано в виде самостоятельного отдела НК РКИ и представляет собою орган, построенный по деловому, чисто бюрократическому началу: вначале оно не имело даже самостоятельной компетенции и просто являлось передаточной инстанцией: декрет 12 апр. рассматривает его как Бюро приема заявлений на неправильные действия, злоупотребления и правонарушения должностных лиц для рассмотрения этих заявлений Государственным Контролем (ныне НК РКИ). По приказу НК Госуд. Контроля № 31 от 30 апреля 1919 года в круг ведения Бюро входит: 1) прием письменных и словесных жалоб, рассмотрение и направление дальнейшего производства по всем поступившим жалобам и заявлениям, 2) составление мотивированных заключений по рассмотренным жалобам и заявлениям, 3) наблюдение за ходом и своевременным производством расследований и за безотлагательным приемом мер к устраниению обнаруженных упущений.

Как видно из приведенного перечня полномочий, функции Бюро очень неопределенны. Но с течением времени Центральное Бюро жалоб в известной степени как бы приобретает, на основе обычного права, некоторые черты самостоятельного учреждения.

Ввиду того, что в опубликованных декретах весьма мало внимания уделяется внутренней организации и компетенции Бюро жалоб, как самостоятельного учреждения, мы вынуждены для характеристики его юридического положения обратиться к практике, которая нашла свое отражение в отчетах РКИ и может дать некоторое представление о его компетенции.

“Провозглашение и проведение в жизнь принципа революционной законности, — читаем мы в отчете за 1922 г., — заставило ЦБЖ обратить особое внимание на усиление надзора за действиями органов власти; надзор этот выразился как в опротес-

тованиях перед Президиумом ВЦИК общих постановлений местных властей, нарушающих законы, установленные Центральной Советской властью, так и в отмене по отдельным жалобам незакономерных распоряжений представителей власти и в предании их во многих случаях уголовному суду. Из дел первой категории отметим:

а) По протесту ЦБЖ Президиум ВЦИК отменил постановление Кабардинского Облревкома, санкционировавшего, в нарушение действующих узаконений, все конфискации и реквизиции, произведенные до 15 октября 1921 г.

б) По представлению ЦБЖ Президиум ВЦИК отменил постановление Костромского Губисполкома об огульной муниципализации домов, уже после издания декрета от 8 августа 1921 г.

в) По протесту ЦБЖ Президиум ВЦИК отменил постановление Псковского Губисполкома о поголовном выселении всех б. помещиков, хотя бы получивших трудовые земельные наделы уже при советской власти, на точном основании закона о социализации земли; в связи с этим делом Президиум ВЦИК преподал общее циркулярное разъяснение по вопросу о б. помещиках, вполне согласованное с выводами ЦБЖ, сообщенными ВЦИКу.

г) По протесту ЦБЖ Президиум ВЦИК отменил постановления Тюменского и Псковского Губисполкомов о конфискации имущества и скота, как нарушающие декреты СНК от 17 октября 1921 г. и 16 марта 1922 года и явно противоречащие основам новой экономической политики.

По направленным ЦБЖ отдельным жалобам Президиум ВЦИК утвердил постановления ЦБЖ: а) об отмене конфискации пресловательной машины кустаря Карнеева, б) о признании незаконными постановлений Новгородского Губотдела Управления о заключении в концентрационный лагерь сроком на 3 месяца завед. Мало-Вишерской дорожной дистанции и конторщицы Николаевой, в) о незаконном вторжении НКВД в деле Варгунь в чисто земельную область, подведомственную Наркомзему и так далее.

Большую работу проделало ЦБЖ в качестве органа юридической консультации для населения, давая справки и разъяснения по вопросам права; многое дело было направлено Президиумом ВЦИК на заключение ЦБЖ<sup>1</sup>.

В какой мере ЦБЖ выступает в качестве первой инстанции и в какой мере является последней, из отчета не видно, но, в общем, получается впечатление, что значение ЦБЖ в последнее время как будто бы выросло, так как Президиум ВЦИК по об-

<sup>1</sup> “РКИ в новых условиях”. Сборник статей по отчетным материалам НК РКИ.

щему правилу утверждает выработанные Бюро *проекты решений по жалобам*.

В этих пределах, следовательно, можно признать Центральное Бюро органом надзора, а основной его функцией *функцию надзора за закономерностью и целесообразностью деятельности органов власти*. Необходимо при этом подчеркнуть, что Бюро осуществляет надзор за постановлениями и действиями *органов власти*, а не за проступками и преступлениями должностных лиц. По-видимому, эти последние функции все больше отходят в ведение прокуратуры. “В целях избежания параллелизма и несогласованности в соприкасающейся работе Прокуратуры и Бюро жалоб в этой области НКЮ и НК РКИ, — читаем мы в совместном циркуляре НКЮ и НК РКИ, — постановляют: все поступающие в органы прокуратуры жалобы и заявления, содержащие указания на неправильные, нецелесообразные и хотя бы незакономерные действия должностных лиц, но не содержащие признаков уголовно наказуемых деяний и могущие быть разрешенными НК РКИ в пределах предоставленных ей по закону полномочий (С. У., 1921 г., № 49, ст. 254; 1919 г., № 23, ст. 271; 1922 г., № 32, ст. 389), передаются в Бюро”.

Таким образом Бюро жалоб все больше и больше определяется как орган административного надзора, хотя, впрочем, только что приведенный циркуляр НКЮ ныне отменен.

## II

В нашей попытке уточнить компетенцию Бюро жалоб мы несколько вышли за пределы вопроса компетенции: разграничение функций Бюро жалоб и прокуратуры относится ко всей постановке у нас института административной жалобы, но мы должны были пойти по этому пути, с ущербом для систематичности изложения, ввиду отсутствия каких бы то ни было опубликованных источников об организации и компетенции ЦБЖ, как особого административного органа. Более точно и определенно Советское законодательство формулирует организацию и компетенцию местных Бюро жалоб.

Местные Бюро жалоб организуются при губернских отделах РКИ, как их отделы. Во главе Бюро стоит Заведующий, назначаемый по соглашению Управляющего Губинспекцией с Губкомом РКП. На Заведующего возлагается общее руководство работой Бюро, направление поступающих жалоб и подготовка дел. Для ведения делопроизводства в составе Бюро учреждается должность делопроизводителя. Для предварительной юридической

обработки и к участию в рассмотрении дел привлекаются консультанты Губинспекции (§ 1 Инструкции 29 июля 1922 г.). Расследование по жалобам производится силами Губинспекции, после чего материалы поступают на рассмотрение Бюро жалоб. Решение выносится по большинству голосов (§ 4). Последнее постановление непонятно, если вспомнить организацию Бюро жалоб, состоящего только из заведующего и делопроизводителя. Какое же возможно тут решение по большинству голосов? Но дело объясняется тем, что старая инструкция Бюро жалоб, только частично отмененная новой (§ 14), предусматривает организацию *особого присутствия* для рассмотрения жалоб. В него входят с правом решающего голоса юрисконсульт, контролеры, производящие расследование, а также по одному представителю от партии коммунистов и профессиональных союзов. Секретарь Бюро участвует в заседаниях и пользуется правом совещательного голоса (§ 2).

Заемствуем из последней инструкции основные моменты движения жалобы. По поступающим в Бюро жалобам и заявлениям Заведующий Бюро требует от соответствующих учреждений и лиц необходимые справки и объяснения и передает их в соответствующий отдел Губинспекции для расследования (раньше расследование возлагалось на уездных уполномоченных, но ныне они упразднены). В тех случаях, когда заявление не носит характера жалобы, подлежащей проверке, Заведующий направляет ее по принадлежности в соответствующее учреждение с уведомлением о сем заявителя (§ 4).

Жалобы на распоряжения Уисполкомов и их Президиумов рассматриваются в Губ. Бюро жалоб и, в случае признания неправильности этих распоряжений, передаются для отмены в Губисполком. Жалобы на Губисполкомы вместе с материалами расследования направляются через Центральное Бюро жалоб (ЦБЖ) на разрешение Президиума ВЦИКа. Все остальные жалобы рассматриваются самим Бюро по существу (§ 7). В случае необходимости Управляющий Губинспекцией делает распоряжение о приостановлении или отсрочке исполнения обжалованных действий. Распоряжения Исполкомов и их Президиумов могут быть приостановлены только ВЦИКОм по представлению Центрального Бюро жалоб (самая подача жалобы не приостанавливает исполнения обжалованного постановления).

Все жалобы и заявления, поступающие в Бюро жалоб, должны быть рассмотрены *в трех-семидневный срок*, если не требуются справки и материалы из других городов (§ 6 Постан. 30 июня 1921 г.). Последнее ограничение (если... и т.д.) толкует-

ся, по-видимому, расширительно, да и многие жалобы действительно требуют справок. Во всяком случае, семидневный срок рассмотрения жалобы является скорее исключением, чем правилом. Таким образом, приходится признать, что нормы, определяющие деятельность Бюро, очень упрощены.

Все-таки в известной мере как будто происходит процесс юридического оформления деятельности Бюро. Так, его решения приобретают самостоятельное значение. По § 3 циркулярного постановления ВЦИК от 30 июля 1921 г., решения Бюро жалоб, подтвержденные Заведующим Отделом Рабоче-Крестьянской Инспекции на местах, а в Центре НК РКИ, обязательны к исполнению и могут быть обжалованы только в установленном порядке. Эти заключительные слова выше цитированного § 5 указывают, что сила *res judicata* этим решениям не присваивается.

Развитие Бюро жалоб пошло, однако, не в том направлении или не совсем в том направлении, которого можно было ожидать.

Вместе с реформой РКИ Бюро жалоб значительно изменило свой характер; его компетенция в некоторой мере утратила юридическую определенность, хотя количественно, быть может, даже расширилась. По § 1 проекта нового "Положения" Бюро жалоб принимает к производству жалобы, заявления и сообщения, содержащие указания на пренебрежительное отношение к трудящимся, бюрократизм, волокиту и другие недостатки Госаппарата. Каждый трудящийся может делать заявления не только о фактах, но и о всех наблюдаемых им недостатках и неустройствах Госаппарата, хотя бы ими не были затронуты его личные интересы. Таким образом, осложнение права жалобы правом петиции в новом Положении получило еще более резко выраженный характер, чем в старом.

Таким образом, Бюро жалоб берет под свою защиту права и интересы громадного большинства населения СССР. Компетенция Бюро жалоб по новому проекту чрезвычайно широка и, по-видимому, объемлет рассмотрение не только нецелесообразных, но также и неправомерных действий администрации: пренебрежительное отношение к трудящимся может найти свое выражение как в невнимательном отношении к интересам трудящихся, так и в нарушении их прав при неправильном применении закона.

К сожалению, в новом Положении все же не встречаем элементов административной юстиции, которые как будто намечаются старым Положением. Впрочем, анализ ст. 7 Положения, определяющей положительные признаки компетенции Бюро жалоб ("все дела местных Бюро жалоб разрешаются по существу

комиссией”), и ст. 5 Инструкции, определяющей отрицательные признаки этой компетенции (“Бюро жалоб не входят в разрешение дел по существу в тех случаях, когда дело подсудно суду земельной или арбитражной комиссии, принимая лишь меры к своевременному рассмотрению этих дел надлежащими органами и к соблюдению гарантий, установленных законом в интересах трудающихся”), позволяет сделать вывод, что комиссии предоставлено право “разрешения жалоб по существу”. Из общего смысла Положения следует, что ей предоставлено право отмены распоряжений администрации, в которых проявилось “пренебрежительное отношение к трудящимся”. Право приостановления таких распоряжений специально предусмотрено § 9 Инструкции.

Положение (Проект 1924 г.) устанавливает Центральное Бюро жалоб СССР, центральные Бюро жалоб союзных республик и в первой редакции местные губернские Бюро жалоб. Они проектировались в составе Наркомата РКИ. Во главе Бюро стоит Управляющий. Для рассмотрения жалоб при Бюро организуются особые комиссии. В местные Бюро жалоб, согласно § 2 Положения, должны были подаваться жалобы на действия и распоряжения волостных и уездных органов власти, а равно и отделов Исполкома. Жалобы на действия и распоряжения Губисполкомов и их президиумов подаются и рассматриваются в первой инстанции центральными Бюро жалоб союзных республик. Комиссия Центрального Бюро жалоб СССР отчасти является первой, отчасти последней инстанцией.

В последней редакции “Проекта” Наркоматам РКИ Союзных Республик предложено разработать “Положения” о местных Бюро жалоб, которые по согласованию с НК РКИ СССР должны получить утверждение ЦИКОв и СНК Союзных Республик.

Отношения Комиссии Центрального Бюро жалоб к Бюро жалоб союзных республик по Проекту определяются тем, что на нее возлагается директивное руководство организацией и деятельностью всех Бюро жалоб, действующих на территории союза, осуществляемое через Центральное Бюро жалоб Наркоматов РКИ союзных (ст. 2 Инструкции) республик. Сопоставляя эту статью с нормами, определяющими юридическое положение Наркомата РКИ, на который возлагается “общее руководство”, можно признать, что в Центральное Бюро жалоб СССР допустимы жалобы на распоряжения и действия Центральных Бюро жалоб, по крайней мере, в кассационном порядке.

В автономных республиках, имеющих внутреннее погубернское деление, Бюро жалоб местного Наркомата РКИ присваиваются в отношении местных Губ. Бюро жалоб права ЦБЖ. Ре-

шения и распоряжения этих Бюро жалоб подлежат обжалованию в ВЦИК на общих основаниях.

Рассмотрение жалоб носит коллегиальный характер. “Для разрешения по существу всех дел по жалобам” в составе Центрального и местных Бюро жалоб организованы специальные комиссии.

В Центральном Бюро жалоб дела разрешаются Комиссией в составе члена ЦКК (председатель), Управляющего ЦБЖ, представителя коллегий ЦК РКИ и представителя ВЦСПС. Состав местных комиссий: Заведующий местной инспекцией (председатель), представитель Губ. КК и Губпрофсовета.

Процессуальных норм не устанавливается. Проект только предусматривает, что заседание комиссии происходит не реже одного раза в неделю в дни, назначенные председателем комиссии. Дела возбуждаются по письменным или устным жалобам тружеников, учреждений, организаций. Впрочем, они могут быть возбуждены по инициативе самого Бюро согласно § 2 “Положения”: “Бюро жалоб использует появляющиеся в прессе сообщения и корреспонденции, касающиеся волокиты и т.п. дефектов и недочетов Госаппарата, назначая по ним соответствующие расследования на общих основаниях”.

В Центральном Бюро жалоб дело докладывается Управляющим Бюро. *Обязанности* оповещать жалобщика о дне заседания не установлено; впрочем, жалобщик и его поверенные “законно-уполномоченные представители”, могут быть допущены, с разрешения председателя комиссии, к даче объяснений. Процессуальные полномочия комиссии (на вызов свидетелей, осмотр документов и пр.) не оговорены, но непосредственно вытекают из судебного характера компетенции комиссии. Проектом предусматривается только право приглашения представителей ведомств. Решения комиссии принимаются по большинству голосов и фиксируются в протоколе с указанием положенных в основание мотивов, после чего докладываются на утверждение Наркому.

Решения местных комиссий, по Проекту, не требуют утверждения Управляющих местными Бюро (Наркомов автономных республик); в случае же несогласия этих последних с решением комиссии дело переносится в Центральное Бюро жалоб.

Для производства расследований по жалобам Управляющий Бюро может использовать подчиненный ему инспекторский состав, а также членов секций местных Советов, ячейки содействия, фабзавкомы, комячейки, организации РЛКСМ и другие, в зависимости от местных возможностей.

По проекту, решения комиссии по всем делам, а также распоряжения Управляющего об отказе или прекращении дела и о направлении жалоб на распоряжение других органов власти обязательно сообщаются жалобщикам и заинтересованным учреждениям и могут быть ими обжалованы в ЦБЖ в двухнедельный, со дня получения уведомления, срок. Жалобы подаются в то Бюро жалоб, решения которого обжалуются, и последним в 3-дневный срок пересыпаются со всем производством по делу в ЦБЖ. В таких случаях Управляющему Бюро жалоб принадлежит право приостановить, если он найдет целесообразным, исполнение решения комиссии до разрешения дела в ЦБЖ. Подача жалобы госучреждением или парт. и профорганизацией во всяком случае влечет за собой приостановление исполнения обжалованного решения комиссии.

Расследования, по Проекту, назначаются не позднее 3 дней со дня поступления жалобы и должны быть закончены в 3-дневный срок, за исключением особо сложных дел. В случаях экстренного характера расследование производится немедленно. Меры по исполнению решений комиссии принимаются не позднее 3 дней со дня постановления решения, с установлением для заинтересованных лиц и учреждений обязательных сроков их исполнения. В случае направления дел, за неподведомственность их Бюро жалоб, в другие учреждения, они должны быть направлены по назначению не позднее следующего за поступлением жалобы дня.

Штат Центрального Бюро жалоб устанавливается проектом: 1 управляющий, 2 ст. инспектора, 1 секретарь. Особенno развиты полномочия Управляющего, который не только имеет наблюдение за работой аппарата ЦБЖ, по директивам, выдаваемым комиссией и Наркомом, но является докладчиком в комиссии по делам о жалобах и даже несет ответственные функции судебного характера. Так, на него возлагаются первоначальное направление поступающих в адрес ЦБЖ жалоб и заявлений с правом *непосредственного* отказа, в случае явной неосновательности жалобы, и прекращение дела, в случае неподведомственности его Бюро жалоб; далее, назначение расследования по жалобам и наблюдение за их производством и представление через члена коллегии Наркому о необходимости приостановления в порядке ст. 20 Положения о НК РКИ обжалованных действий и распоряжений должностных лиц и учреждений. На Управляющего местным Бюро еще возлагается председательствование в комиссии и исполнение решений комиссии и Центрального Бюро жалоб. Специальная инстанция для обжалования действий и распоряжений Управляющего не установлена,

но, по-видимому, единственной возможной инстанцией является Нарком, которому Бюро жалоб "непосредственно подчинено" (ст. 5 Положения).

Бюро жалоб, по новому проекту, находится сейчас в процессе образования и "Положение", находящееся теперь на утверждении Совнаркома СССР, предусматривает издание союзными республиками, на установленных им основах, "Положения" о порядке и формах работы и штатах для Центрального и местных Бюро жалоб. Бюро жалоб СССР сейчас не функционирует.

Какие бы конкретные формы ни приняла, впрочем, в будущем организация Бюро жалоб, анализ их деятельности в прошлом определенно указывает, что их жизненность прямо пропорциональна их самостоятельности и степени развития их судебных (судебно-административных) функций. Только в этом случае будет исключена возможность параллелизма этих специальных органов, созданных для рассмотрения жалоб, с обычными ведомственными инстанциями. И только в этом случае создание Бюро жалоб проложит дорогу для создания в правовом организме Советской Республики административной юстиции, потребность в которой так чувствуется населением СССР с его повысившимся в эпоху революции чувством правосознания<sup>1</sup>.

### III

Только что приведенными нормами исчерпывается все регулирование права жалобы, как *самостоятельного института*, поскольку оно предусматривается специальными декретами, посвященными праву жалобы. Но его реальное значение и, пожалуй, его юридические особенности определяются не только и не столько этими декретами, сколько общими принципами организации нашего административного строя и, наконец, материальным законодательством, развивающим право жалобы применительно к отдельным конкретным отраслям управления. Наше право жалобы носит довольно резко выраженный *ведомственный* характер. Поэтому при конкретной характеристике права жалобы необходимо остановиться на юридических нормах, определяющих построение института жалобы в отдельных отраслях управления.

Важнейший вопрос советского внутреннего административного

<sup>1</sup> Советское право необычайно текуче (что вполне естественно для революционного периода). Даже за время печатания работы произошли изменения в постановке Бюро жалоб, которые только частично могли быть введены в текст. Пользуюсь случаем выразить признательность тов. Леонову за разрешение пользоваться материалами из архива Ц. Б. Ж. и В. П. Бомасу, просмотревшему корректуру § о Бюро жалоб.

права, от правильного решения которого зависит и правильная постановка права жалобы, это вопрос о принципе двойного подчинения, т.е. подчинения органов непосредственного управления — отделов, *одновременно* и Наркоматам и Губисполкомам.

В советском организме внутреннего управления наблюдается как бы две параллельные системы инстанций. С одной стороны, мы имеем ряд руководящих политических органов — Исполкомы и Президиум ВЦИК, с другой — ряд органов чисто административных, исполнительных *отделов* (исполкомов) на местах и Наркоматов в центре. Правда, эти две системы инстанций объединены одним общим куполом (ВЦИК и ЦИК СССР), но все же всегда возможны некоторые столкновения между ними, для примирения которых законодательство должно предусматривать особый порядок. Эта двойственность по линии иерархической системы подчиненности особенно чувствуется при построении института жалобы и больше всего при практическом его осуществлении. Теоретически можно себе представить самостоятельное движение жалобы отдельно по “административной” иерархической лестнице и отдельно по “политической”. Но практически это еще далеко не достигнуто. Эти системы не строго параллельны и неизбежно пересекаются. На низших ступенях (в сельсоветах, в волисполкомах, теперь и в уисполнках) отделы не развиты и исполкомы несут на себе всю текущую административную работу. Таким образом, если придерживаться упрощенного понимания принципа двойного подчинения, то пришлось бы завалить политические органы — Губисполкомы и ВЦИК массой мелких административных дел в то время, как дела более важного значения, поскольку они входят в компетенцию губ-*отделов*, могут оканчиваться в порядке административной иерархической лестницы. Далее, на практике нередко наблюдается, что заведующие отделами пытаются проводить наиболее сомнительные постановления за подпись Президиумов Губисполкомов для того, чтобы усложнить процесс обжалования. Таким образом создается новый и едва ли предвиденный законодателем факт пересечения двух иерархических систем, до крайности затрудняющий работу административного механизма вообще и подачу жалоб в частности. Очевидно, что принцип двойного подчинения нуждается в некотором выяснении сообразно с духом действующих основных законов. И вряд ли мы ошибемся, если скажем, что принцип двойного подчинения может получить нормальное осуществление только при условии признания *двойственности функций* органов управления на местах и точного распределения их между различными органами: исполнкомам — высшим

органам местной власти присваивается политическое руководство, политический надзор и политическая власть в собственном смысле слова, отделам — административное управление. При таком распределении функций порядок направления и движения жалоб не мог бы вызвать затруднений. Административные дела в конечном счете решались бы в Губотделах, в последней инстанции в Наркомате, политические — в Исполкомах и Президиуме ЦИК отдельных республик, ДИК СССР (под контролем прокуратуры, НК РКИ). Дифференциация политических и административных задач намечается и действующим административным правом.

ВЦИК организовал особый аппарат для рассмотрения жалоб. Организационный Отдел ВЦИК, будучи техническим аппаратом Президиума ВЦИК, непосредственно подчиненным последнему, ведает вопросами организационно-инструкторского, конфликтного, законодательного характера: *рассматривает заявления на действия Наркоматов, Главков, центров, Губисполкомов*.

В частности, административное отделение Административно-Инструкторского Подотдела рассматривает всякого рода жалобы и заявления на действия центральных и местных органов власти (Губисполкомов), собирает дополнительный материал по ним для доклада Президиуму ВЦИК, составляет проекты мероприятий для устранения причин, вызывающих эти заявления и жалобы. (Полож. и Инструкц. Управл. ВЦИК. Разд. I.)

Принцип движения жалоб по *иерархическим* инстанциям составляет общее правило нашего административного процесса. При этом жалоба движется по инстанциям, имеющим *решающее*, а не совещательное значение. Так, по профессиональной линии жалобы на райотделы подаются в Губотделы, и на эти последние не в Губпрофсовет, а в центральный комитет, и в последней инстанции, в ВЦСПС.

Положение о Губернских съездах советов изд. 1922 г. (ст. 24 п. 4) уполномачивает Губисполкомы принимать жалобы и протесты от всех подведомственных ему органов и нижестоящих исполнительных комитетов, от частных лиц и обществ на постановления и действия местных органов власти и уполномоченных центральных ведомств, давать им соответствующее направление. К сожалению, эта статья, конкретно определяя и лиц, уполномачиваемых на возбуждение жалобы, и органы власти, против которых может быть возбуждена жалоба, совершенно не определяет порядка жалобы. § 24 только устанавливает полномочие Губисполкома принимать жалобы и протесты и давать им соответствующее направление. Конечно, полномочие органа вла-

сти, поскольку оно образует составной элемент его компетенции, есть в то же время и его обязанность, оно является “правообязанностью” в точном смысле этого слова, но реальное значение эта правообязанность приобретает только в том случае, если она заключена в соответствующие юридические формы, сформулирована в точных юридических терминах, если точно определены ее юридические последствия (как это более или менее и делается в своей области Наркомфином). Между тем “соответствующее направление” жалобы, предусматриваемое цитируемой статьей, является пока только отвлеченной формулой, — формой, готовой воспринять юридическое содержание, но его не имеющей и только в самое последнее время заполненной НКВД (см. ниже). “Положение об уездных Советах” (С. У., 1924 г., № 82, ст. 825) не вносит нового в организацию института жалобы, оно только устанавливает принцип, что Уисполкомам предоставлено право осуществлять контроль над законностью и целесообразностью деятельности всех органов и учреждений на территории уезда, за исключением учреждений действующей Красной Армии и прокурорского надзора (п. “г” ст. 14), следовательно, ему предоставлено и право рассмотрения административных жалоб.

По “Положению о Волостных Съездах” (С. У., 1924 г., № 82, ст. 826) такое же право предоставлено Волисполкомам (п. “г” ст. 13) — право отменять, изменять или приостанавливать постановления и распоряжения учреждений, им подведомственных).

Соответствующее направление жалоб, т.е. порядок ее движения и рассмотрения, разработано в специальных инструкциях и циркулярах ведомств, а не в “Положении”, дающем институту жалобы только самые общие очертания.

Из анализа статей “Положения о губсъездах”, посвященных установлению компетенции местных судов, видно, что губернские отделы представляют собой органы административной власти, которые “направляют и объединяют действия нижестоящих отделов того же ведомства” (ст. 55), следовательно, уполномочены на прием и рассмотрение жалоб. Правда, какие именно жалобы подлежат их ведению, из текста закона усмотреть нельзя и только путем толкования можно вывести, что, во-первых, сюда должны быть отнесены административные жалобы и что, во-вторых, последней инстанцией по рассмотрению этих административных жалоб должен быть Наркомат, который или рассматривает жалобу по существу, или представляет ее на окончательное разрешение во ВЦИК. Жалобы движутся по иерархическим инстанциям.

Складывающиеся в жизни тенденции развития жалобы не лишены интереса. В 1922 году, на съезде коммунальных работников, была заполнена анкета о порядке и движении жалоб на действия коммунальной власти. Эта анкета, при всем своем несовершенстве, позволяет установить некоторые бытовые формы советского института жалобы.

Как правило, жалобы на действия коммунальных учреждений приносятся в различные учреждения, или "во все органы", как ответили в некоторых анкетах. Резко оказывается почти полное отсутствие какого-либо порядка обжалования. Правда, подавляющее большинство жалоб направляется в Исполкомы, но делается это не потому, что существует порядок такого обжалования, а вследствие того, что этот орган на местах населением признается высшим. Бывали случаи, что жалоба, прежде чем поступить на окончательное решение, побывает в десятках инстанций.

Особую местную комиссию для обжалования представляет Бюро жалоб. Есть и другие комиссии, создаваемые или при Исполкоме, или при Комхозе (конфликтные комиссии), главным образом по специальным вопросам. Но представительный состав тех и других довольно пестрый и чего-нибудь атипического уловить нельзя. Что ни город, то норов. Преобладают представители Исполкома, Р. К. И., Нарсуда, профсоюза и часто бывают представители партии.

Установленные для обжалования сроки самые разнообразные. В одном Комхозе существует срок в 24 часа. Но редко превышают они 2 недели.

Во второй инстанции наблюдается такое же разнообразие, как и при первом обжаловании. Для постановлений уездных комхозов Губкомхоз обычно служит второй инстанцией<sup>1</sup>.

В общем, право жалобы совершенно не развито, хотя в отдельных случаях наблюдаются некоторые попытки к созданию административного процесса: вводится устный доклад дела — иногда специалиста юриста, вызываются стороны, вводится срок рассмотрения дела по жалобе. Но все это редкие исключения.

До какой степени значение права жалобы не всегда сознается, можно судить хотя бы по замечанию в одной анкете: "желание жаловаться — это привилегия нетрудовых элементов".

Этому отзыву можно противопоставить заявление Вологодского отдела, что именно широкие народные массы (рабочие и крестьяне) нуждаются в правильной постановке права жалобы.

Как бы ответом на это последнее заявление явился проект

<sup>1</sup> Доклад С. И. Орлова на семинарии по администрации юстиции Московского Университета (в 1922 г.).

положения о жалобе, разработанный Главным Управлением Коммунального Хозяйства.

Одной из наиболее интересных попыток установить правильный процессуальный порядок рассмотрения жалоб на органы коммунальной администрации является организованная Одесским губкоммунотделом приказом № 241 от 21 октября 1922 года Конфликтная Комиссия по жилищным делам.

В компетенцию Комиссии входит рассмотрение *всяких*, в том числе и частно-правовых, споров по жилищным делам: она образована для рассмотрения жалоб по поводу: а) исчисления наемной квартирной платы в жилых помещениях, б) постановлений УГНИ по вопросу об уплотнении отдельных квартир и отвода помещений в порядке выдачи ордеров, в) пользования помещениями, общими службами помещений и дворов, предусмотренного различными инструкциями и приказами, регулирующими правила общежития как в домах, находящихся в непосредственном ведении губкоммунотдела, так и в сданных в аренду учреждениям, кооперативным товариществам, организациям и частным лицам (§ 1).

Принимая во внимание, что отношения, возникающие на почве жилищного дела, нормируются в России в гораздо большей степени публичной властью, чем волей частных лиц, и что ордер на квартиру — административное распоряжение власти, односторонне предоставляющее тому или другому лицу право на помещение, до сих пор играет большую роль (хотя меньшую, чем прежде) в распределении жилой площади, — можно признать комиссию административным трибуналом, призванным в известной мере к рассмотрению дел публично-правового характера. Одним из очень существенных ее полномочий является отмена или исправление постановления управления городскими недвижимыми имуществами, органа местной административной власти (см. пункт б). Если стать на эту точку зрения, то придется согласиться и с тем, что в Одессе мы имеем единственный в своем роде порядок рассмотрения жалобы, где жалобщик выражает до ранга процессуальной стороны и где рассмотрение административной жалобы обставлено некоторыми гарантиями (по крайней мере, в первой инстанции).

Все дела рассматриваются в комиссии публично, с вызовом участвующих в деле лиц, неявка коих в заседание, однако, не останавливает рассмотрения дела (§ 6). В заседании, *по выслушании сторон, проверки* всех представленных доказательств, Комиссия заслушивает *мотивированное* заключение представителя юридической части губкоммунотдела по правовым вопросам,

после чего Комиссия постановляет свое определение. По каждому делу ведется особый протокол. Можно, конечно, заметить, что представитель юридической части губкоммунотдела, в известной мере как сотрудник губкоммунотдела, сам является стороной, и его заключение никоем образом не может быть приравнено к заключению прокурора в гражданском суде.

Постановления Комиссии объявляются сторонам публично в самом заседании и отсутствующей стороне сообщаются по месту нахождения сдаваемого в наем помещения или по месту жительства стороны. Эти постановления вступают в окончательную силу в недельный срок, но не имеют исполнительного значения.

Самую слабую сторону Конфликтной Комиссии представляет незаконченность ее организации. Конфликтная Комиссия предназначена для рассмотрения жалоб на действия коммунального хозяйства и в то же время находится в непосредственной зависимости от этого последнего. Эта зависимость выражается не столько в составе Комиссии, сколько в принципах организации апелляционной инстанции. Комиссия состоит из пяти постоянных членов: двое делегируются губкоммунотделом, двое — губпрофсоветом и один — рабоче-крестьянским контролем. Таким образом, в составе Комиссии большинство принадлежит к элементам, непосредственно не подчиненным губкоммунотделу (хотя председатель назначается этим последним). Но жалобы на решения Комиссии (в недельный срок) подаются *заведующему губернским коммунотделом*, который своей индивидуальной властью, в порядке “кабинетного” распоряжения, уже без всяких процессуальных форм или оставляет жалобу без последствий, или передает на новое рассмотрение в Комиссию, или постановляет новое решение. Решение заведующего окончательно и обжалованию не подлежит.

Таким образом, постановление Комиссии, выносимое с соблюдением процессуальных гарантий и напоминающее по своей юридической природе судебное решение, сразу превращается в обычное административное распоряжение, вдобавок дискреционного характера. При этих условиях объективная сила решений Комиссии зависит главным образом от внутреннего ее авторитета, обусловленного отчасти применением к рассмотрению жалоб процессуальных форм, которые дают некоторую объективную гарантию возможного приближения к материальной истине, отчасти составом Комиссии: председателем Комиссии является старый революционер (рабочий семидесяти лет), членами и сотрудниками — опытные юристы (все с высшим образованием). Насколько мне удалось выяснить на месте в Одессе, Комиссия польз-

зуется большим авторитетом: процент жалоб, подаваемых на ее решения, не высок, не свыше 20<sup>1</sup>. Вообще говоря, одесский опыт по применению процессуальных форм к рассмотрению административных жалоб в области жилищных отношений признается удачным и, по-видимому, будет расширен: в украинском Жилищном Кодексе, сейчас вырабатываемом, специальная глава посвящена вопросам административной юрисдикции и предусматривается организация жилищных судов. Впрочем жилищное законодательство УССР и раньше пыталось создать некоторые зародыши административной юстиции в масштабе всей Республики.

Жалобы частных лиц на действия отделов Коммунального Хозяйства в отказе денационализировать то или иное домостроение, как не подлежащее денационализации, подлежат на Украине разрешению не высшего в порядке иерархии органа (соответствующего отдела Коммунального Хозяйства), а особых жилищных Комиссий по наблюдению за проведением в жизнь жилищного законодательства.

Жилищные Комиссии состоят из заведующего откомхозом и по одному представителю от профсовета и РКИ. В случае несогласия между откомхозом и жилищными комиссиями, вопрос переносится на решение президиума Исполкома<sup>2</sup>.

Законченный образец простой, не формальной, жалобы дают “Правила о порядке направления и рассмотрения жалоб на действия административных органов и должностных лиц”, изданные

---

<sup>1</sup> Автор настоящей работы познакомился на месте с деятельностью Комиссии, присутствовал на ее публичных заседаниях и вынес впечатление, что в узких пределах своей компетенции Комиссия гарантирует население от наиболее элементарных форм злоупотреблений, которые, по-видимому, неизбежны при регулировании жилищных отношений публичной властью в условиях острого жилищного кризиса, в особенности в первый период. В других социально-политических условиях это наблюдается и в Германии. Во всяком случае, в Одессе распределение жилищного фонда, вселение и выселение в дома, находящиеся в ведении коммунотдела, все же происходят (в известных пределах) в правовых формах. Но, разумеется, недостатки ее организации, на которые мы выше указывали, не могут не ослаблять ее значения.

<sup>2</sup> См. проф. Кобальевский. Очерки административного права, стр. 249; Постан. СНК УССР от 12 ноября 1921 г. (Собр. Узак., 1921 г., № 23, ст. 679); циркуляр НКЮ № 125 от 30/V 1922 г. (Бюлл. НКЮ, № 1, 1922 г.). В последнее время Жилкомиссии подвергались некоторому ослаблению за счет усиления ведомственного начала. Протокольным постановлением Президиума ВУЦИК от 3/X 1922 г. Высшая жилищная комиссия была распущена и все ее дела переданы Главкомхозу (пр. № 41—82, за 1922 г.). Одесская Комиссия ныне тоже распущена.

НКВД по центральному административному управлению. (Циркул. № 459 от 9/X 1924 г.; Бюлл. НКВД РСФСР, № 38, 1924 г.)

По этим правилам право подачи жалобы на действия административных органов НКВД имеет каждый гражданин, каждая группа граждан и учреждение. Основанием могут быть незаконность действий административных органов, их неправильность, а равно чинимая ими волокита (§ 1).

Правила пытаются установить, вполне согласно с общим духом нашего законодательства, порядок жалобы по "административной линии" на действия органов местного управления, особенно милиции.

Жалобы на имя вышестоящих административных органов (в зависимости от того, действия какого органа или должностного лица обжалуются) подаются в следующем порядке:

а) на действия Административных отделов губ. (обл.) Исполкомов и лиц, их возглавляющих, их заместителей и помощников — жалоба подается в Народный Комиссариат Внутренних Дел;

б) на действия уездных управлений милиции, в губ. городах, губернских милицейских резервов, на лиц, их возглавляющих, и их помощников, а также на весь служебный персонал Административных отделов губисполкомов и на весь состав милиции и уголовного розыска губернских городов, — жалоба подается в административный отдел Губ. (Обл.) Исполкома. Если начальник Административного отдела Губисполкома не является начальником милиции губернии, то жалобы на действия должностных лиц милиции подаются на имя начальника милиции губернии (обл.);

в) на действия волостных Исполкомов, управлений волостной милиции (районов) и лиц, их возглавляющих, а также на весь состав уездной и волостной милиции (наружной и розыскной) и должностных лиц уездного управления милиции, — жалобы подаются в уездное управление милиции;

г) на действия предсельсоветов и сельских милиционеров — жалобы подаются в Волисполком. На Волисполкомы, председателей таковых и предсельсоветов жалобы, в порядке предусмотренных настоящими правилами, могут подаваться лишь на действия в области управления, охраны революционного порядка, борьбы с незаконной торговлей и выдачи разрешений на торговлю (ст. 3).

Означенный в предыдущем пункте порядок адресования жалоб не исключает, однако, возможности подачи таковых на каждый орган или должностное лицо *непосредственно* и вышестоя-

щий орган (например, на Волисполкомы или завед. столом Загс уездного управления милиции — в административный отдел Губисполкома или НКВД), который не имеет права отказывать в приеме жалоб на все органы, состоящие в его прямом подчинении, и должностных лиц таковых. Жалоба может быть подана также и в орган, действия коего обжалуются. В этом случае орган, принявший жалобу, поступает согласно п. 12 настоящих правил.

Жалобы составляются в любой форме, но должны быть изложены, по возможности, кратко. В жалобе должно быть указано время, место, имена должностных лиц или название учреждения, сущность дела и адрес жалобщика. Жалоба должна быть непременно подписана жалобщиком.

Жалобы подаются как письменные, так и в словесной форме, причем в последнем случае жалобы записываются сотрудником учреждения, по назначению начальства принимающим таковые, и подписываются жалобщиком или, при его неграмотности, — кемнибудь из присутствующих при наличии двух свидетелей.

В приеме каждой жалобы выдаются справки с обозначением времени принятия, входящего номера жалобы, а также времени, когда жалобщику надлежит явиться для получения ответа.

Для принесения жалоб особых сроков не устанавливается.

Жалобы, предусмотренные настоящими правилами, подлежат оплате канцелярским и гербовым сбором, за исключением жалоб об административных взысканиях.

Лица, подавшие жалобы, содержащие в себе заведомо ложные сведения, подлежат ответственности по ст. 179 Уголовного Кодекса.

Не принимаются вовсе к рассмотрению жалобы: анонимные, а также жалобы на лиц, стоящих по служебному положению выше того начальника, на имя которого подается жалоба.

При подаче жалобы в орган, на действия коего жалоба подается, этот орган обязан не позднее 3 дней направить жалобу в соответствующий орган, с приложением всего материала по ней и со своим заключением и, при явке жалобщика, отметить на его квитанции, когда и куда направлена жалоба, или если не отправлена — причины просрочки.

Поступившая как через нижестоящий орган, так и непосредственно от жалобщика, жалоба должна быть рассмотрена не позднее 7 дней после ее поступления.

В течение указанного срока по жалобе должно быть вынесено решение или должны быть затребованы объяснения от учреждений, на действия которых принесена жалоба.

Объяснения должны быть учреждением, от которого они зап-

рашаиваются, представлены в вышестоящий орган не позднее 7-ми дней после получения требования.

Если жалоба была препровождена для расследования от вышестоящего органа, то весь материал дознания представляется на рассмотрение в тот орган, от коего жалоба была получена.

По рассмотрении жалобы и принятия по ней решения орган, вынесший решение по жалобе, обязан уведомить жалобщика.

Должностные лица, виновные в задержке направления и рассмотрения жалобы, а равно в представлении объяснений в высший орган, несут ответственность в дисциплинарном порядке и в уголовном по ст. 108 Уголовного Кодекса РСФСР.

Заслуживает особого внимания специальное подчеркивание правилами ответственности должностных лиц, виновных в неисполнении обязанностей, возложенных на них при рассмотрении жалоб. (Циркул. № 459 от 9/IX 1924 г.; Бюлл. НКВД РСФСР, № 38, 1924 г.)

Последствием жалобы является не только отмена незаконного распоряжения, но и *уголовная репрессия* против виновного должностного лица.

Если из жалобы или объяснения, предоставленного органом, на действия коего подана была жалоба, будут усмотрены незакономерные действия должностного лица, орган, получивший жалобу, обязан назначить расследование (дознание), которое должно быть поручено лицу, вполне компетентному в данном вопросе, не состоящему в служебном подчинении лица, о действиях коего дознание производится, а также не состоящему в родственных отношениях с этим лицом лично не заинтересованному по данному делу (ст. 14).

Лицо, производящее дознание по жалобе, обязано закончить таковое в 3-дневный срок и представить весь материал на усмотрение органа, поручившего производство дознания. Последний, в зависимости от степени и характера правонарушения, установленного дознанием, или налагает на виновных дисциплинарное взыскание, или привлекает к судебной ответственности в порядке п. п. 2 и 3 ст. 105 Уголовно-Процессуального Кодекса.

В случае, если обстоятельства, изложенные в жалобе, дознанием не подтверждаются, дело, при отсутствии признаков по 179 ст. Уг. Кодекса, прекращается.

Другие виды жалоб на действия органов Наркомвнудела носят значительно более упрощенный характер. Так, наше законодательство не устанавливает особых форм жалоб на утверждение и регистрацию обществ и союзов. Жалоба движется по иерархическим инстанциям: отказ в утверждении обществ и со-

юзов, не преследующих цели извлечения прибыли, может быть обжалован учредителями в Президиум Губисполкома, когда отказ последовал со стороны отдела управления, и в Президиум ВЦИК, когда утверждение отклонено Народным Комиссариатом Внутренних Дел. (Постановл. ВЦИК и СНК о порядке утверждения обществ и союзов, не преслед. цели извлечен, прибыли; "Изв. ВЦИК", 22 г., № 180.)

Точно так же отказ в устройстве собрания общества студентов и объединения научных работников, или неосновательное, по мнению жалобщиков, закрытие его могут быть обжалованы в Главпрофобр, решение которого окончательно.

Сроков и особого порядка рассмотрения жалоб в том и другом случае не установлено.

В наиболее законченной форме административная жалоба разработана в *Наркомвноторге* в специальной области обжалования действий органов администрации на отказ в регистрации потребительского общества.

Для рассмотрения жалоб созданы особые комиссии смешанного состава (местные и центральные). Отказ комиссии в регистрации должен опираться на точно установленные законом (декрет 20/V 1924 г. п. 5) основания; при этом постановления об отказе должны заключать в себе мотивы, по которым отказ последовал. Инструкцией точно установлен инстанционный порядок движения жалоб и определены сроки, в течение которых жалоба должна быть рассмотрена.

В месячный срок со дня получения извещения подавшими заявление организациями может быть принесена жалоба (или заявлен протест) в центральную комиссию, а на постановление центральной комиссии в тот же срок в Народный Комиссариат по внутренней торговле РСФСР. Жалобы и протесты подаются через комиссию, вынесшую постановление, и она обязана в трехдневный срок направить жалобу или протест вместе с делом по назначению (§ 23).

Центральная комиссия, а также и Наркомвноторг обязаны рассмотреть жалобу или протест в двухнедельный срок со дня поступления дела в комиссию или НКВноторг (§ 25). По получении решения по жалобе (или по протесту) комиссия обязана в трехдневный срок привести его в исполнение и немедленно уведомить об этом организацию, по ходатайству которой дело поступило в комиссию. (Инстр. от 22/XII 1924 г. НКВноторг РСФСР по соглаш. с Центросоюзом, ВЦСПС и НКЮ РСФСР.)

Инструкция устанавливает далее некоторый административный процесс рассмотрения жалобы. Заседаниями комис-

сии ведутся протоколы, в которых записываются все состоявшиеся постановления; протоколы подписываются составом комиссии и секретарем. Протоколы местных комиссий в копиях пересыпаются центральной комиссией для сведения (§ 11). В заседания коллегии НКВнуторга РСФСР по рассмотрению означенных жалоб или протестов приглашаются по одному представителю от правления Центросоюза и президиума ВЦСПС (§ 25) Инстр. от 22/XII 1924 г. НКВнуторг РСФСР по соглаш. с Центросоюзом, ВЦСПС и НКЮ РСФСР.

Произвольное вмешательство органов местной активной администрации в дело потребительских обществ устранено; за местным Губисполкомом (так же, как и за союзами потребительских обществ) оставлено только *право протеста* на постановления местных комиссий в Высшую Комиссию.

Специальным видом жалобы на действия должностных лиц (стоящим на границе уголовного и административного права) являются жалобы на наложение взысканий в административном порядке. Постановлением ВЦИК от 16/X 1924 г. (Собр. Уз., 1924 г., № 79, ст. 786) значительно расширена компетенция административных органов в деле наложения административных взысканий. Порядок, ранее установленный только для взысканий по нарушению обязательных постановлений исполнкомов (С. У., 1922 г., № 48, ст. 603), теперь распространяется на нарушение ряда статей Уголовного Кодекса.

Закон устанавливает *определенные формы* наложения взыскания, нарушение которых дает основание для обжалования.

Взыскания в административном порядке налагаются административным отделом, Губисполкомом или президиумом Уисполнкома на основании протоколов милиции<sup>1</sup>, или в случаях, предусмотренных ст. 211 Уг. Кодекса, инспектором труда. Постановление должно содержать ясные указания на личность нарушителя и учиненные им правонарушения, а также и размеры наказания. При рассмотрении дела не вызываются ни обвиняемый, ни свидетели. Основанием для постановления служит исключительно протокол.

<sup>1</sup> По Приказу Московского Совета Начальники Отделов Милиции обязаны передавать протоколы в трехдневный срок после их составления в Административный Отдел Московского Совета. Этим ограничиваются все формы административного процесса в данном случае. Между тем с расширением компетенции административных органов на дела, раньше подлежащие ведению судов, является необходимой разработка административного процесса. В Приказе Моссовета за № 56 (5/XII 1924 г.) мы встречаем, как будто, первый приступ к развитию административного процесса по жалобам.

(Если до наложения взыскания в административном порядке указанное деяние было принято судом к своему рассмотрению, то нарушитель не может быть подвергнут взысканию за то же деяние в административном порядке.)

Постановление о наложении взыскания должно быть изложено в письменной форме и предъявлено лицу, над которым оно приводится в исполнение.

В случае недовольства, подвергшийся взысканию в административном порядке может просить президиум подлежащего исполнительного комитета о пересмотре вынесенного в отношении него постановления (право “представления”), или обжаловать это постановление в порядке инстанции (т.е. в НКВД). Подача жалобы не приостанавливает исполнения.

В цитируемом постановлении заслуживает специального внимания точное установление формальных признаков действительности административного распоряжения, отсутствие которых открывает возможность обжалования. (Требование письменной формы, точных указаний на личность нарушителя и инкриминируемого ему деяния.)

Право жалобы в *военном* ведомстве нормируется больше обычным правом, чем положительным законодательством.

В дисциплинарном уставе рабоче-крестьянской армии все права военнослужащих в отношении обжалования действий начальников исчерпываются двумя статьями. По ст. 75: “Военнослужащие, как и всякий гражданин Российской Социалистической Советской Федеративной Республики, имеют право делать заявления о незаконных и неправильных действиях начальников и комиссаров. Эти заявления называются жалобами”. Ст. 76 несколько ограничивает права военнослужащих по сравнению с остальными гражданами, а именно: “Военнослужащие не имеют права приносить жалобы в строю и вообще при выполнении служебных обязанностей. В остальных отношениях порядка принесения жалоб военнослужащие приравниваются к остальным гражданам Российской Социалистической Федеративной Советской Республики”.

Что касается права жалоб внутри самого ведомства, определенных норм, регулирующих право жалобы, не существует. Можно лишь говорить о порядке обжалования, имеющем фактически место, но никакими положениями не регламентированном.

Жалобы на действия командиров в частях подаются самим командирам или заявляются представителям политическим (политрукам, комиссарам). Учреждениями, следящими за недопуще-

нием незаконных и несправедливых действий начальников по отношению к подчиненным, являются политорганы, которые также следят и за тем, чтобы подавшие жалобы не подвергались репрессиям.

Политический Представитель (Политрук, Комиссар) или Политучреждение, по рассмотрении и признании претензии правильной, согласовывает с соответствующим Начальником, равным ему по положению, возможность изменения или прекращения обжалованного действия и в том случае, когда к соглашению с соответствующим Начальником не приходит, направляет по линии политической в высшую инстанцию для принятия мер к изменению или отмене обжалованного распоряжения.

В управлениях и заведениях военного ведомства по отношению к отдельным лицам (сотрудникам) порядок подачи жалоб такой же, как и в частях, а по отношению к деятельности учреждений, как хозяйственных единиц, существует порядок обжалования по линии строевого командования. Так, например, Начальник Снабжения Округа может обжаловать действия Начальника Снабжения Республики через Командующего Войском Округа в РВС.

Действия строевого командования учреждениями могут быть обжалованы по этой же строевой линии или по политической, как указано выше.

Выше приведены наиболее часто встречающиеся формы обжалования, но практика знает и другие формы обжалования, весьма разнообразные. Жалобы подаются и прокурору, и РКП, и даже в Особый Отдел<sup>1</sup>.

Институт жалобы в железнодорожном праве развивается на наших глазах; последние распоряжения в этой области уже не удовлетворяются предписанием иметь на всех пристанях и станциях железных дорог традиционные жалобные книги, но определяют твердые сроки рассмотрения жалоб и устанавливают, применяясь исключительно к ревизионному процессу рассмотрения жалоб, своеобразную организацию инстанций и даже специальную агентуру с исключительной задачей наблюдения за правильным движением жалобы. Таким образом, обеспечивается автоматическое движение раз поданной жалобы. В полную противоположность гражданскому процессу здесь движение жалобы поставлено в исключительную зависимость от служебной

---

<sup>1</sup> В. И. Ильин. Право жалобы в военном ведомстве: Доклад на семинарии административного права в Институте Народного Хозяйства.

дисциплины агентов администрации. Право жалобы железнодорожным законодательством строится как субъективное публичное право, охраняемое в порядке инквизиционного процесса.

Каждый гражданин о всех замеченных на железнодорожном и водном транспорте беспорядках или нарушениях служащими установленных правил может сделать заявления путем записи жалобы в имеющиеся на станциях и пристанях особые жалобные книги.

Если лицо, желающее записать жалобу, будет, находиться в явно нетрезвом виде, то жалобная книга ему выдаваться не должна. О каждом таком случае отказа в выдаче жалобной книги должен быть составлен акт с участием местного представителя ТОГПУ.

Служащие железнодорожного и водного транспорта делать записи в жалобных книгах не имеют права, а с возникающими претензиями обращаются письменно в соответственные Управления дорог или водного транспорта.

Лица Военного Ведомства имеют право записывать жалобы только в тех случаях, когда они имеют дело с транспортом в качестве частных лиц; в остальных же случаях при следовании эшелонов претензии заявляются ими ближайшему местному коменданту.

Пассажиры, следующие в поездах или судах водного транспорта, могут записывать жалобы в станционные книги на всякой станции (пристани), где успеют таковые записать. Во всяком случае, задержка поезда или судна записью жалобы отнюдь не допускается.

Жалобы, записываемые в книгу, излагаются с указанием на имеющиеся доказательства или свидетелей, причем указание имени, отчества, фамилии и адреса как самого жалобщика, так и, в случае наличия, свидетелей обязательно.

За порчу жалобной книги или за запись в нее оскорбительных, неприличных или несоответствующих цели книги выражений виновные привлекаются к ответственности по суду.

Копии записанной в книгу жалобы в трехдневный срок должны быть высланы Начальником станции (пристани) Начальнику Административной Службы дороги или водного транспорта и ревизору или начальнику участка — той службы, к которой по существу относится жалоба (по движению — ревизору эксплуатации, по коммерческой службе — коммерческому ревизору и т. д.).

Соответственный ревизор той или иной службы железнодорожного транспорта или агент водного транспорта, получив копию жалоб, безотлагательно приступает к расследованию и не позже, как в 7—10-дневный срок, со всеми собранными материалами и с своим заключением, представляет установленным порядком начальнику соответствующей службы местной дороги и водного транспорта. Последний немедленно делает соответствующее

распоряжение, если таковое не выходит за пределы его компетенции, или дает свое заключение. В том или другом случае весь материал в 3-дневный срок препровождается Начальнику Административной Службы.

Начальник Административной Службы местной дороги и водного транспорта, получив копию жалобы и расследование по ней, в случае согласия с распоряжением начальника соответствующей службы, дает распоряжение о сообщении начальнику отделения Сл. Эксплуатации результатов жалобы, для занесения их начальником станции в книгу против записанной жалобы.

В остальных случаях расследование предоставляется УПД или начальнику дороги на их распоряжение, каковое и сообщается начальнику станции для записи в жалобную книгу.

О последовавшем решении по жалобе лицо, записавшее жалобу, уведомляется Административной Службой дороги или местного водного транспорта немедленно по окончательном разрешении жалобы. (Приказ НКПС от 28 мая 1924 г., № 1111.)

В целях наиболее широкого привлечения населения страны к борьбе со злоупотреблениями со стороны агентов железнодорожного и водного транспорта и предоставления населению действительной возможности обжалования незаконных действий этих агентов, помимо существующих на станциях железных дорог и при станях жалобных книг, при Народном Комиссариате Путей Сообщения организовано Бюро по приему и срочному разбору жалоб граждан, испытывающих при пользовании транспортом незаконные действия со стороны его агентов.

В "Бюро жалоб" при Центр. Админ. Управл. НКПС поступают главным образом жалобы на медлительность дорог в деле производства розыска багажа и грузов и разрешения претензий за убытки по перевозкам.

Поэтому, в целях наблюдения за своевременным принятием дорогами мер к установлению фактического расследования и розыска и представления в Бюро по его запросам в срочном порядке исчерпывающего материала, предлагается дорогам назначить, для наблюдения за точным и своевременным выполнением заданий "Бюро", одного из старших агентов из Претензионной Час-ти Экономической Службы (Отдела).

Эти агенты должны следить за тем, чтобы ответы на запросы "Бюро" давались не позже пяти дней после их получения, если не будет указан в получении "Бюро" более короткий срок, и, при невозможности дать ответ в этот срок, эти агенты заблаговременно информируют об этом "Бюро".

О лицах, персонально назначенных для наблюдения за свое-

временным выполнением распоряжений и запросов "Бюро", дороги ставят в известность "Бюро Жалоб", с высылкой ему по служебных списков этих лиц. (Приказ от 10 апреля 1924 г., № 746.)

Институт жалобы в *трудовом и социальном законодательстве* только еще начинает развиваться. Постановления о порядке подачи жалоб не объединены и рассеяны по отдельным постановлениям. Как общее правило, можно сказать, что жалобы подаются в инстанционном порядке.

Так, по ст. 24 Кодекса о труде, правила внутреннего распорядка, утвержденные инспектором труда, могут быть обжалованы в местном отделе НКТ, постановления которого являются окончательными. Жалобы на действия сотрудников бирж труда разрешаются заведующим, а "более серьезные" Комитетом (в первом же заседании). Срок рассмотрения письменных жалоб трехдневный, считая со дня их подачи. (Инстр. НКТ СССР от 13/VIII 1923 г., № 28; Изв. НКТ СССР, 1923 г., № 3/27.)

Жалобы на постановление Комиссии по назначению пособий по безработице подаются в Губернское Управление Социального Страхования (Пост. НКТ СССР от 17/I 1924 г., № 32/507, Изв. НКТ СССР, 1924 г., № 6/7).

Жалобы на наложение взысканий за несоблюдение постановлений, направленных к охране жизни и здоровья трудящихся, подаются в порядке, определенном постановлением ВЦИК от 27/VII 1922 г. "О порядке издания обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке" (Собр. Уз., № 48, ст. 603) с изменениями, внесенными в него постановлениями ВЦИК от 11/I 1923 г. (С. У., № 3, ст. 56.) (См. выше стр. 120.)

Все спорные вопросы, конфликты и жалобы, возникающие между плательщиками *страховых взносов* и *страховыми органами* на почве тарификации и взимания взносов, разрешаются органами социального страхования в *инстанционном порядке*. Подача жалобы не приостанавливает уплаты страховых взносов. (Инстр. НКТ и НКФ СССР от 28/VII 1923 г., № 2/66, разд. 5, ст. 30.)

В некоторых случаях, когда нарушены гражданские права граждан, страховое законодательство предусматривает обращение в народный суд. (Жалобы на неправильное производство описи или оценки имущества граждан при принудительном взыскании недоимок по страховым взносам.) (Инструкция НКТ, НКЮ и НКВД от 14/VII 1923 г., № 35/63).

Сравнительно подробно разработан порядок рассмотрения дел *по нарушению законов о труде*, а также всех споров, возникаю-

щих на почве применения наемного труда: они разрешаются либо в принудительном порядке, — в особых сессиях народных судов (состав: — народный судья в качестве председателя, 1 от НКТ и 1 от профсоюза), либо в порядке примирительного разбирательства, — в расценочно-конфликтных комиссиях, примирительных камерах и третейских судах, организуемых на началах паритетного представительства сторон. Все указанные учреждения действуют на основании особого для каждого из них Положения<sup>1</sup>.

По своей компетенции (рассмотрение споров, связанных с договором найма) все указанные учреждения должны быть отнесены к категории судов частного права. Впрочем, расценочно-конфликтные комиссии, третесуды и примкамеры, поскольку в инстанционном порядке они подчинены административным органам и поскольку их обязательной компетенцией является рассмотрение споров, вытекающих из коллективных договоров (а эти последние обычно регулируют отношения органов административной власти и их сотрудников), могут быть отнесены к органам административной юстиции специальной компетенции. Из них самое общеизвестное учреждение — расценочно-конфликтная комиссия (РКК). РКК организуется на паритетных началах из равного числа представителей: 1) союза (месткома) и 2) администрации. Особый порядок рассмотрения спорных дел отсутствует. К рассмотрению конфликтных дел должно быть приступлено не позднее 24 часов с момента поступления в РКК заявления. Обсуждение — коллегиальное, в заседании комиссии, постановления выносятся по большинству голосов. Исключение представляют вопросы по толкованию коллективного договора и вопросы, вторично поставленные органами союза в течение 24 часов после первого постановления на обсуждение РКК. Эти последние решаются соглашением сторон. Постановления РКК заносятся в протокол за подписью председателя и секретаря и не позднее 2 дней должны быть вывешены на видном месте во всеобщее сведение.

Решение РКК, принятное по соглашению сторон, обязательно для обеих сторон и обжалованию не подлежит. *Решения РКК, противоречащие закону, не действительны, о чем органы НКТ в письменной форме с указанием мотивов и ссылкой на нарушение закона извещают РКК с предложением пересмотреть свое решение.*

Вопросы, по которым не состоялось решение в РКК, пере-

<sup>1</sup> Подробности см. в “Сборнике важнейших узаконений и распоряжений по труду РСФСР и СССР” (редактор Е. Н. Данилова). 1923.

ходят на положение “конфликтных” и передаются через союз для решения в установленном для конфликтов порядке. (Положение о Расценочной Комиссии. Утверждено НКТ 18/XI 1922 г. (Сб. Уз., 1922 г., № 74, ст. 91.) Обычный порядок разрешения конфликтов — судебный (в трудовых сессиях Нарсуда). Дела, в которых стороной выступает профсоюз, могут быть рассмотрены, а споры и конфликты, возникающие при заключении, проведении, выполнении, толковании и изменении коллективных договоров, должны быть разрешаемы в примирительных камерах и третейских судах. Примирительные камеры и третейские суды организуются при органах НКТ, уездных, губернских, областных и республиканских, в зависимости от серьезности характера конфликта и территории, на которую он распространяется.

Председателем примирительных камер является постоянное лицо (назначенное органом НКТ из числа своих ответственных работников), членами примирительных камер и третесудов — представители спорящих сторон. Организация примирительных камер с постоянным составом членов, как общее правило, не допускается (Инстр. НКТ СССР от 14/VIII 1923 г., № 38.) Передача конфликтов в примирительную камеру производится по соглашению сторон заявлением в органы НКТ. Достигнутое в примкамере соглашение, подписанное председателем, является для сторон обязательным. При отсутствии соглашения в примкамере дело может быть передано, если обе стороны на это согласны, в третейский суд, который организуется на основании третейской записи, составленной соответствующим органом НКТ и подписанный сторонами с обязательством подчинения решению третейского суда. Состав этого последнего: суперарбитр — председатель и по равному числу представителей от каждой стороны. Стороны в примирительных камерах и третейских судах имеют право приглашать на заседание экспертов и сведущих лиц, хотя бы таковые и не работали в соответствующих предприятиях и союзе (ст. 10). Соглашения примирительных камер имеют силу договора, за нарушение коего наниматели караются по ст. 133 Угол. Код. РСФСР (ст. 11). Решение третейских судов приводятся в исполнение в порядке, указанном ст. 174 Код. Зак. о труде, изд. 1922 г. (ст. 12), Полож. о примир. камер. и трет. судах от 23/III 1923 г., (С. Уз., 1923 г., № 24, ст. 288); Изв. ВЦИК 1/IV 1923 г., № 77; Изв. НКТ, 1923 г., № 12/12.

Основанием к отмене, в порядке надзора, решений примкамер или третесудов могут явиться исключительно следующие случаи: 1) прямое нарушение закона; 2) серьезное нарушение установленных для примкамер или третесудов процессуальных

правил, которое могло отразиться на законности решения. (Пост. НКТ от 10/XI 1923 г., № 150).

Чрезвычайно интересна эволюция жалобы по земельным делам. Здесь жалоба постепенно превращается в административный иск.

В постановлении Наркомзема от 10 мая 1919 г. (Положение о земельных отделах) была установлена судебная компетенция административных земорганов (в отношении рассмотрения спорных земельных дел).

К ведению коллегии Губернского Земельного Отдела было отнесено разрешение приносимых жалоб на действия и распоряжения Уездных Земельных Отделов и сотрудников Губернских Земельных Отделов (ст. 8 п.г.). При этом на отделение землеустройства возлагалась разработка и подготовка для коллегии Земельного Отдела: спорных дел по определению убытков от изменения условий землепользования и дел по земельным спорам и жалобам, приносимым на постановления подведомственных органов землеустройства, и т.п. (ст. 32, д.е.). В задачу Коллегии Уездного Земельного Отдела входило разрешение жалоб на действия и распоряжения подведомственных ему лиц и учреждений, предварительно подготовленных Уездным Подотделом Землеустройства (ст. 91, в ст. 103, п.). К ведению Волостного Земельного Отдела относилось решение всех споров, возникающих при составлении землеотводных проектов (ст. 119). Эта система чисто административного рассмотрения жалоб по земельным делам не оказалась удачной.

Несмотря на старания Центра упорядочить дело жалобы, “в рассмотрении земельных дел, говорит проф. Евтихиев, можно было наблюдать значительную пестроту и несогласованность практики земельных органов”. Цитируемый автор приводит ряд случаев, характеризующих затруднительность для Центра упорядочить производство по жалобам. Приводимые им случай чрезвычайно типичны. Так, наблюдалось неправильное рассмотрение дел о землепользовании по существу *без вызова сторон*; отсутствовала мотивировка решения Губземотдела в случае отклонения жалобы, что весьма затрудняло для Наркомзема функции надзора; часто наблюдался пересмотр инстанциями вновь своих же состоявшихся решений, чем вносились неустойчивость в экономические отношения. Были случаи рассмотрения Уземотделом необжалованных постановлений Волземотделов, причем даже угрозой вооруженной силой требовали выждать решения дела. (Журн. № 3 — 1919 г.) Наблюдалось и колебание решений земельных отделов высшей инстанцией. Можно отметить и факты вмешательства и отмены решений земельных органов другими учреж-

дениями. Так, Губземотдел денационализировал сад в 12 десятин, но Губсадогр комиссия вновь его национализировала, произведя тем неправильную отмену законно состоявшегося решения Губземотдела. Места не всегда были склонны следовать указаниям Центра (Журн. № 248 — 1923 г.) — ГЗО не принял во внимание решение Центрозема, ранее состоявшееся по тому же делу, и Ц-му пришлось вновь отменить по жалобе решение ГЗО и предписать соблюсти его указания). В одном из дел имеются указания на то, что у 16 семей отобрали земли и выселили из домов, не пускали для жалоб в Москву, арестовали их представителей и Губ. Зем. Отдел не ответил даже на запрос Наркомзема (закл. № 567 от 1921 г.<sup>1</sup>).

Наркомзем нашел естественный выход из создавшегося положения путем организации особых органов административной юстиции по земельным делам.

Земельным Кодексом (ст. 200, 208, 218, 220) для решения споров по земельным делам учреждаются земельные комиссии — волостные, уездные и губернские в составе председателя, избираемого соответствующими исполнкомами, и двух членов, — в волостных комиссиях избираемых на один год на волостном съезде советов (ст. 209); в уездных и губернских членами комиссий являются заведующий отделом землеустройства и народный судья. Все члены земельных комиссий при отправлении ими судебских обязанностей пользуются правами народных судей (ст. 212). Дела в земельных комиссиях рассматриваются в порядке состязательного процесса (ст. 206).

Однако это последнее требование закона на практике подвергается некоторому ограничению. Исключительно состязательное начало не вполне совместимо с задачами органов административной юстиции, рассматривающих дела общего интереса и потому неизбежно вынужденных пользоваться методами инструкционного процесса. Хотя все производство дел в земельных комиссиях, начиная от их возникновения (подача искового прошения), вплоть до последней стадии их движения (исполнение решения) совершается на началах состязательного процесса, но “государственная власть не может, не должна была бы устранить себя” от активного вмешательства в земельно-судебную процедуру. Поэтому ст. 206, по сильному толкованию Д. И. Иваницкого, “имеет значение лишь общей директивы”, по крайней мере, впредь до

<sup>1</sup> Проф. И. Евтихьев. Земельное Право. Гос. Издат. 1923, стр. 173.

издания специального судебно-земельного процессуального закона. Тем не менее состязательный процесс преобладает в деятельности земельных комиссий.

Порядок рассмотрения дел в земельных комиссиях, отвод их членов, представительство сторон, вызов свидетелей и сведущих лиц, их вознаграждение, последствие их неявки и проч. определяются соответствующими правилами, установленными для рассмотрения дел в Народных Судах (§ 216). Решения земельных комиссий не приводятся в исполнение впредь до истечения срока на их обжалование по существу или в порядке кассационном. Принесение жалобы в 2-недельный срок со дня объявления решения *приостанавливает* исполнение. Жалобы на решения комиссии и заявления о восстановлении срока по уважительной причине подаются в ту же Земельную Комиссию, на решение которой приносится жалоба. Жалобы на медлительность и на непринятие заявлений подаются непосредственно в высшую инстанцию. Высший контроль по спорным земельным делам и рассмотрение кассационных жалоб на решения губернских земельных комиссий производятся Наркомземом совместно с Наркомюстом в *Особой Коллегии высшего контроля по земельным спорам*, причем Председатель Коллегии и остальные два члена утверждаются Президиумом ВЦИК: Председатель и один член по представлению Наркомзема, а второй член по представлению Наркомюста (§ 220). Наркомзему по соглашению с Наркомюстом представляется право издавать в руководство земельным комиссиям правила по применению настоящего раздела (§ 221).

Таким образом, земельная комиссия представляет собой за конченную, хотя специальную, организацию административной юстиции. Земельные комиссии в общей своей совокупности как бы составляют особое ведомство, во главе которого стоит “Особая Коллегия” высшего контроля по земельным спорам (ст. 220) и деятельность которого замкнута в нем самом. Отсюда следует, что они подчинены друг другу в инстанционном порядке (волостные, уездные, губернские комиссии, Особая Коллегия), не только по степени характера предоставленной им земельно-судебной власти, но и в дисциплинарном отношении.

Положение это почти целиком вошло в Земельный Кодекс, введенный в действие 1 декабря 1922 г.

Под действие раздела III Кодекса — “О порядке рассмотрения земельных споров” — подходят по смыслу ст. 207 Зем. Код., определяющей компетенцию земельных комиссий, почти все без

изъятия спорные дела, возникающие при землеустройстве и землепользовании без различия того, возникают ли они в частноправовом порядке (напр., семейные разделы) или в публичноправовом (напр., лишение землепользователей земли в установленных законом случаях, дорожное строительство, мелиорация).

Таким образом, со времени издания “Положения о земельных комиссиях” и Земельного Кодекса, закрепившего нормы “Положения”, можно считать, что все почти земельные дела, где есть налицо элементы спора, и безразлично — частно-правового или публично-правового характера — рассматриваются не в административном, а в судебном порядке (точнее, в судебно-административном порядке). Все почти статьи Земельного Кодекса, где упоминается о спорах и жалобах земельного характера (26, 60, 72, 79, 81, 88, 101, 110, 124, 140 и др.), отсылают жалобщика в Земельные Комиссии. Единственными статьями Зем. Кодекса, предусматривающими рассмотрение жалоб в административном порядке, являются ст. 188 и 189, где говорится о разрешении землестроительными учреждениями споров по поводу проектов землеустройства и жалоб на эти проекты.

Таким образом, на долю административных органов Наркомзема приходится разрешение весьма ограниченного числа жалоб, а именно жалоб, приносимых в тех случаях, когда земорган действует как экономический агент государства и руководится в своих действиях соображениями хозяйственной целесообразности. Таковы, например, жалобы в области заведывания государственными земельными имуществами, возникающие на почве отказа, по соображениям хозяйственного характера, сдать совхоз или отдельную доходную статью тому или другому учреждению или лицу, желающему взять это хозяйство в пользование, на почве требования платы за пользование совхозом в то время, как пользователь (обыкновенно учреждение) считает, что оно имеет право пользоваться бесплатно, так как понятие приписки совхозов еще не изжито окончательно. К этой же области относятся жалобы на высокую арендную плату и т.д.

Для рассмотрения жалоб в административном порядке на практике сроков не соблюдается. Срок устанавливается “в зависимости от фактической обстановки дела”<sup>1</sup>.

То же следует сказать и об инстанционном порядке, в частности, о правиле, по коему жалобы подаются в тот орган, на решение которого они приносятся. Нередки случаи, когда в центральных установлениях принимаются жалобы на решение узем-

---

<sup>1</sup> Доклад Г. А. Ряжского в Научно-Техническом совете ГУКХ: “Право и порядок обжалования на практике НКЗ”.

леуправлений. Тогда жалоба направляется в соответствующее губземуправление с предписанием произвести надлежащее расследование и о результатах донести Центру. Если жалоба подается непосредственно в Центр, то она пересыпается в тот местный орган, на действие или распоряжение которого она приносится, с требованием объяснения по ее существу.

Если такое требование предъявляется к Уземуправлению, то об этом ставится в известность и Губземуправление. Требование объяснения обычно соединяется с требованием пересылки материалов по делу.

По существу жалоб, если в основе их лежит незнание или непонимание закона, даются исчерпывающие объяснения, ставящие жалобщиков в известность о существовании или о смысле закона. В случаях жалобы на хозяйствственные распоряжения земорганов на местах, дело всесторонне проверяется с хозяйственной точки зрения, с формальной и материально-правовой. Засим обжалованное постановление или отменяется, или земоргам на местах даются соответствующие директивы, или же жалобы оставляются без последствий. О результатах рассмотрения жалобщик уведомляется мотивированным ответом Центра на его жалобу.

Если в результате обследования окажется, что жалоба должна быть разрешена в судебном порядке, то она направляется в отдел урегулирования земельных отношений.

На практике иногда постановления Центра обжалуются как лицами, участвующими в деле, так и третьими лицами в Президиум ВЦИК.

Обжалование во ВЦИК является неизбежным как для заинтересованных лиц, так иногда и для НКЗ, в том случае, если распоряжение Центра, данное по вертикали, сталкивается по горизонтали с постановлениями местного Исполкома, либо подтвердившего своим постановлением постановление местного земоргана, либо вынесшего самостоятельное постановление по вопросам, подлежащим распоряжениям земорганов.

Таким образом и здесь принцип двойного подчинения необычайно усложняет движение жалоб, и какое большое значение мы ни придавали бы тем практическим приемам организации движения жалоб, которые выработаны практикой Наркомзема (определение срока рассмотрения жалобы, "мотивировка решения"), все же приходится признать, что и здесь необходимо регулирующее влияние законодателя, с более точным распределением компетенции и более точным установлением процессуальных норм рассмотрения административных жалоб.

## ПРИЛОЖЕНИЕ

### ПОЛОЖЕНИЕ О СУДАХ ПО АДМИНИСТРАТИВНЫМ ДЕЛАМ<sup>1</sup>

#### I. Об административных судах

1. Власть судебная по делам административным принадлежит: административным судьям, окружным судам и Правительствующему Сенату.

2. В уездах состоят административные суды по одному или по нескольку в каждом уезде. Число административных судей по уездам определяется особым расписанием, утвержденным в законодательном порядке. Установление границ подведомственных административным судьям участков производится административным отделением подлежащего окружного суда. Определения суда по этому предмету утверждаются Первым Департаментом Правительствующего Сената.

3. Административный судья есть власть единоличная.

4. По своим служебным правам и преимуществам и в порядке определения и увольнения, а также служебной ответственности административный судья приравнивается к членам окружного суда.

5. Административному судье предоставляется право принимать участие в общих собраниях окружного суда, но он не может быть привлекаем к участию в разрешении гражданских и уголовных дел и на него не может быть возлагаемо исполнение поручений по назначенным делам.

6. Для заведования делопроизводством при каждом административном судье состоит, под непосредственным его надзором, секретарь, определяемый к должности административным судьей. По своим служебным правам и обязанностям, а также в отношении служебной ответственности секретарь административного судьи приравнивается к секретарю мирового судьи.

7. Для разрешения административных дел в губернии или области в составе окружных судов, находящихся в губернских и областных городах, образуются особые административные отделения, в составе товарища председателя и членов суда, определяемых при самом назначении к присутствованию именно в административном отделении окружного суда.

<sup>1</sup> Собрание узаконений и распоряжений правительства, 1917г., № 127, ст. 692.

Примечание: В городе Одессе образуется административное отделение окружного суда для разрешения дел по назначенному городу.

8. На должности товарища председателя и члена окружного суда по административному отделению, а равно на должность административного судьи могут быть назначены или лица, удовлетворяющие установленным в законе требованиям для назначения на должность товарища председателя или члена окружного суда, или же лица, получившие высшее юридическое образование и обладающие достаточным административным опытом.

9. Правила, относящиеся до внутреннего распорядка и делопроизводства у административных судей и в административных отделениях окружного суда, составляются подлежащими административными отделениями при участии всех административных судей данной губернии или области и включаются в особые наказы окружных судов.

## **II. О порядке производства у административных судей и окружных судей**

### **1) О подсудности**

10. Административному суду подсудны: 1) дела по протестам комиссаров на постановления, распоряжения, действия и упущения учреждений и должностных лиц городского, земского (губернского, уездного и волостного) и поселкового управления; 2) дела по жалобам правительственных установлений и должностных лиц на постановления, распоряжения, действия и упущения, указанные в пункте 1; 3) дела по жалобам городских дум, земских и поселковых собраний и частных лиц, обществ и установлений на постановления, распоряжения, действия и упущения, указанных в пункте 1 учреждений и лиц, а также комиссаров, их помощников и подчиненных им лиц; 4) дела, особо предоставленные законом ведению административного суда.

11. Основанием для протестов и жалоб могут быть:

1) неправильности, состоящие либо в нарушении закона или обязательного распоряжения властей, либо в осуществлении полномочий с нарушением той цели, для которой оно предоставлено; 2) уклонение от исполнения, действия, предписанного законом или обязательным распоряжением власти, и 3) медленность. Жалоба может быть принесена теми лицами, обществами и установлениями, интересы или права коих нарушены постановлением, распоряжением, действием или упущением.

12. Административному суду приносятся протесты и жалобы на все учреждения и на всех должностных лиц городского, земского и поселкового управления, за исключением протестов и жалоб на должностных лиц, подчиненных управам, протесты и жалобы, на которых приносятся последним.

13. Дела по протестам и жалобам на учреждения и должностных лиц волостного и поселкового управления рассматриваются административными судьями. Все прочие дела, за исключением возникших по жалобам на губернских комиссаров, рассматриваются окружными судами.

14. Дела по жалобам на губернских комиссаров рассматриваются Первым Департаментом Правительствующего Сената.

15. Пререкания о подсудности между административными судьями, а также между окружными судами, возникающие по жалобам сторон или по протестам комиссаров, пререкания между административными судьями той же губернии разрешаются местным окружным судом по административному отделению, а между административными судьями разных губерний — административным отделением окружного суда той губернии, где дело первоначально возникло. Пререкания между окружными судами разрешаются Первым Департаментом Правительствующего Сената.

16. Административные места и лица почитающие, что дело, принятное к своему рассмотрению административным судьей или административным отделением окружного суда, подлежит их ведению, сообщают о том судье или окружному суду. Пререкания, возникшие между административным местом и административным судьей, разрешаются окружным судом по административному отделению. Пререкания между административными учреждениями и окружными судами разрешаются Первым Департаментом Правительствующего Сената.

## 2) О поверенных

17. Поверенными сторон в административном суде могут быть лица, допускаемые учреждением судебных установлений и уставом гражданского судопроизводства к ведению гражданских дел в судебных местах. К поверенным по делам, производящимся у административных судей, применяются постановления устава гражданского судопроизводства, относящиеся к поверенным у мировых судей, а к поверенным по делам, производящимся в административных отделениях окружного суда, — постановления того же устава, касающиеся поверенных в общих судебных местах.

### 3) О протестах и жалобах

18. Протесты в жалобы на учреждения и должностных лиц городского, земского и поселкового управления приносятся в сроки, установленные действующими законами, а в тех случаях, когда сроков не установлено, — в месячный срок, считая с того дня, когда подлежащее о протестованию или обжалованию постановление или распоряжение было объявлено или, если оно не подлежало объявлению, с того дня, когда постановление или распоряжение, а равно действие или упущение стало известно комиссару или заинтересованному лицу. То же правило применяется к жалобам, приносимым на комиссаров, их помощников и подчиненных им должностных лиц. По отношению к постановлениям городских дум, а также земских и поселковых собраний срок для протеста исчисляется со времени сообщения копии постановления комиссару. Подача протестов и жалоб на медленность не ограничена никаким сроком.

19. Жалоба направляется непосредственно в подлежащий административный суд. Тем же порядком подается протест на медленность и уклонение от исполнения законных обязанностей. Прочие протесты направляются через то учреждение или лицо, на которое приносятся и представляются этим учреждением или лицом, в двухнедельный срок, в случае надобности с их объяснениями, в подлежащий административный суд. Представляемые при протесте копии его и приложения к нему оставляются у того учреждения или лица, на которое протест принесен. В случае неименния означенных копий, на это указывается в представлении.

20. Жалоба, приносимая административному судье или в административное отделение окружного суда, должна быть написана на имя подлежащего административного суда и включать в себя:

- 1) обозначение имени и фамилии или прозвища лица, приносящего жалобу;
- 2) указание места жительства жалобщика;
- 3) указание того учреждения или должностного лица, на которого жалоба приносится;
- 4) изложение обстоятельств и доводов, служащих основанием жалобы;
- 5) указание требований жалобщика, а в делах о выдаче или взыскании денежной суммы — точное определение ее размера;
- 6) подпись лица, приносящего жалобу, или же лица, им для

сего уполномоченного, а также перевод сей подписи на жалобе, если она сделана не на русском языке.

21. Жалоба, приносимая административному судье, может быть письменная или словесная. Словесная жалоба, по записи ее административным судьей в протокол, прочитывается жалобщику и подписывается им, если он грамотный.

22. Жалоба может быть подана лично самим жалобщиком или его уполномоченным, или же прислана по почте. Полномочия на подачу жалобы может быть означено на ней самой.

23. При жалобе представляются:

1) подлинные документы, на которых жалобщик основывает свое ходатайство, и копии, или же выписки из них;

2) переводы документов, писанных не на русском языке;

3) доверенность или полномочие, когда жалоба подается поверенным или уполномоченным;

4) обжалованное постановление или распоряжение, если оно облечено в письменную форму, или копия его;

5) две копии жалоб и всех приложений к ней.

24. Относительно представления документов соблюдаются следующие правила:

1) в жалобе, или в особой описи, должно быть означено, какие именно документы и приложения при ней представляются;

2) вместо подлинных документов жалобщик имеет право представить копии их, засвидетельствованные установленным порядком или же самим жалобщиком;

3) вместо обширных, как-то: счетных книг, реестров и т.п., допускается представлять выписки тех именно статей, на которых основано право жалобщика;

4) жалобщик, не имеющий возможности, по каким-либо препятствиям, представить ни подлинных документов, на которые он в жалобе ссылается, ни копий их, обязан изложить в жалобе их сущность и объяснить препятствия, вследствие которых документы не могли быть представлены.

25. Все распоряжения по поступившим в окружной суд жалобам производятся товарищем председателя окружного суда по административному отделению.

26. Жалоба не принимается и возвращается лицу, принесшему ее, с объявлением о причине непринятия:

1) когда она написана с отступлением от правил, установленных в пунктах 1, 2, 3, 5 и 6 ст. 20;

2) когда при жалобе, принесенной по уполномочию, не приложено акта, удостоверяющего полномочия.

В случаях, указанных в сей статье, жалоба вручается наличному жалобщику непосредственно, а отсутствующему — отсылается через судебного пристава или судебного рассыльного, или же через почту при объявлении с объяснением причин неприятия жалобы.

О непринятии словесной жалобы принесшему ее выдается, по его желанию, письменное удостоверение.

27. На распоряжение о возвращении жалобы принесший ее может подать жалобу в двухнедельный срок со времени объявления ему сего распоряжения.

28. Жалоба оставляется без движения впредь до получения от жалобщика приложений или сведений:

1) когда при жалобе не оказалось упоминаемых в ней приложений;

2) когда не представлены 2 копии жалобы и все приложенные к ней документы;

3) когда не означенено место жительства жалобщика;

4) когда жалоба, копия ее и копии предоставленных документов написаны без соблюдения правил о гербовом сборе.

29. В случаях, обозначенных в пунктах I, 2 и 4 статьи 28, жалобщику назначается семидневный срок с поверстным для доставления недостающих сведений или приложений. По истечении этого срока жалоба возвращается жалобщику и дело может быть возобновлено не иначе, как подачею новой жалобы. При необозначении в жалобе места жительства жалобщика, о непринятии его жалобы выставляется объявление в приемной комнате суда в продолжении одного месяца, а самая жалоба оставляется в канцелярии до явки жалобщика в течение назначенного для сего срока.

30. При неоплате или неполной оплате гербовым сбором жалобы, а также представленных при ней приложений от административного суда зависит не останавливать движения жалобы. В таком случае причитающийся с жалобщика гербовый сбор взыскивается с него в исполнительном порядке.

31. Протест, приносимый комиссаром административному судье или в административное отделение окружного суда, должен быть подаваем применительно к правилам, установленным в статьях 19 и 20, в пунктах 1, 2 и 4 статьи 23 и в статье 24 сего положения.

32. При протесте представляются копии его и всех к нему приложений.

33. Протест возвращается в случаях, указанных в пункте 1

статьи 26, и оставляется без движения порядком, в статье 29 установленным, в случаях: 1) когда при протесте не оказалось упоминаемых в нем приложений и 2) когда не представлена копия протеста всех приложенных к нему документов.

34. Протест приостанавливает исполнение опротестованного постановления, распоряжения или действия в тех только случаях, когда в протесте включено соответствующее указание.

Суду предоставляется разрешить привести в исполнение приостановленное комиссаром постановление, распоряжение или действие. Жалоба не приостанавливает исполнение, но суду предоставляется постановить о приостановлении исполнения.

#### **4) О производстве до слушания дела**

35. По поступлении протesta или жалобы в окружной суд товарищ председателя окружного суда по административному отделению поручает дело, по особой очереди, наблюдению одного из членов суда, в качестве докладчика.

36. По поступлении протesta административный судья или товарищ председателя окружного суда по административному отделению делает распоряжение о сообщении комиссару, при повестке, копии объяснения того учреждения или лица, на которое был принесен протест, если такое объяснение было представлено вместе с протестом, а также копии со всех приложений к этому объяснению.

37. По поступлении протesta на медленность либо на уклонение от исполнения законной обязанности, а также по поступлении жалобы административный судья или товарищ председателя окружного суда по административному отделению делает распоряжение о сообщении при повестке тому учреждению или лицу, на которое протест или жалоба принесена, копии протesta или жалобы и всех приложений к ним.

38. Копия протesta и жалобы на постановление городской думы, а также земского и поселкового собрания сообщается городской, земской или поселковой управе по принадлежности.

39. Копия поступившей жалобы и приложений к ней, а также всех других бумаг, поступивших по делу, возникшему по жалобе, препровождается комиссару. Он может вступить в дело в любое время в течение производства его и пользуется всеми правами стороны.

40. По делам, производящимся без истребования письменного объяснения, административный судья или товарищ председателя окружного суда по административному отделению на-

значает день заседания, к которому и вызывает участвующих в деле лиц. Этот день должен быть назначен с таким расчетом, чтобы между ним и днем вручения тому учреждению или лицу, на которое принесены протест или жалоба, повестки о вызове, прошло не менее семи дней и не более месяца, с причислением поверстного срока. В случае сношения суда с участвующими в деле лицами через почту, днем вручения повестки считается означененный почтовым штемпелем на уведомлении о поручении день отправления этого уведомления в суд.

41. Поверстный срок полагается по обычным дорогам по пятидесяти, а по линиям железных дорог по триста верст в сутки.

42. По делам, требующим неотлагательного решения, если то учреждение или лицо, на которое принесены протест или жалоба, находятся от суда на расстоянии не более 25 верст, заседание может быть назначено и ранее указанного в статье 40 срока.

43. Товарищ председателя окружного суда по административному отделению может при самом вызове предложить тому учреждению или лицу, на которое принесены протест или жалоба, подать письменное объяснение, если усмотрит в этом надобность по свойству дела, указывая при этом на те обстоятельства, которые требуют выяснения или подтверждения доказательствами. На подачу объяснения назначается срок от двух недель до одного месяца с причислением поверстного срока. Срок этот исчисляется по правилам ст. 40.

44. Требование письменного объяснения означается на повестке о вызове в суд.

45. По получении письменного объяснения или по истечении срока на его представление (ст. 43) товарищ председателя окружного суда по административному отделению назначает заседание для слушания дела с соблюдением правил ст. 40. О назначенному дне заседания извещаются участвующие в деле лица, с сообщением жалобщику копий поступившего объяснения и приложенных к нему документов.

46. Если до дня заседания будут представлены письменные объяснения по делу, производящемуся без истребования таких объяснений, то суду предоставляется заслушать дело или отложить его рассмотрение; в последнем случае вторичное заседание назначается с соблюдением правил ст. 45. Подача участвующими в деле лицами после этого каких-либо письменных объяснений не служит основанием для дальнейшего отложения дела.

47. Повестки и все дальнейшие сообщения суда, а равно бу-

маги противной стороны посылаются жалобщику по месту жительства его, указанному в жалобе.

48. Комиссар, а также участвующие в деле лица и их поверенные или уполномоченные имеют право обозревать в канцелярии административного судьи или окружного суда производство дела.

### **5) О слушании дела**

49. Доклад дела и словесное состязание сторон происходит в открытом заседании суда.

50. Если, по особому свойству дела, публичность заседания может быть предосудительна для религии, общественного порядка или нравственности, то суд может постановить, чтобы заседание было при закрытых дверях. Распоряжение о том всегда объявляется публично.

51. В административном отделении окружного суда доклад производится членом окружного суда. При рассмотрении дела административным судьей особого доклада не производится.

52. По объяснении докладчиком существа дела выслушиваются объяснения участвующих в деле лиц и их поверенных или уполномоченных.

53. Неявка участвующих в деле лиц в заседание суда не останавливает рассмотрения дела, но от суда зависит потребовать явки жалобщика, лично или через лицо, им упомянутое, если по обстоятельствам дела окажется необходимостью в его словесных объяснениях с указанием тех обстоятельств, по которым таковые необходимы.

В случае неисполнения жалобщиком сего требования, суд может прекратить производство дела, разве бы противная сторона просила о постановлении по делу решения.

54. Суду предоставляется, независимо от указаний участвующих в деле лиц, принимать меры к выяснению обстоятельств дела, собирать относящиеся к нему доказательства; требовать от судебных, правительственные, частных и общественных учреждений и от третьих лиц представления необходимых ему документов и сведений; постановлять о вызове и допросе свидетелей, участвующими в деле лицами не указанных, и об истребовании заключения следующих лиц; назначать осмотр на месте; объявлять участвующим в деле лицам, какие доказательства должны быть ими представлены, для чего, в случае надобности, снабжать их надлежащим свидетельством.

55. Административному суду предоставляется, на общем ос-

новании, производить проверку доказательств, не ограничиваясь при этом теми доказательствами, по которым объявлен спор.

56. Решение дела на основании присяги участвующих в деле лиц не допускается.

57. Признание участвующих в деле лиц для суда не обязательно и доказательная его сила определяется судом на общем основании.

### 6) О решении суда

58. Суд постановляет свое решение по внутреннему своему убеждению, основанному на законе и на совокупности всех обстоятельств дела, причем суд не ограничен доводами участвующих в деле лиц и теми фактическими данными, на которые они ссылались. Решение суда может касаться предметов, которые в требовании участвующих в деле лиц не указаны, поскольку все предметы неразрывно связаны с заявленными требованиями.

59. Административный суд может постановить: 1) об оставлении протеста или жалобы без последствий; 2) об отмене опротестованных или обжалованных постановлений, распоряжений или действий, с предписанием, в подлежащих случаях, издать вместо отмененного акта иное постановление или распоряжение или совершить иное действие, сообразно с преподанными по данному случаю указаниями; 3) о предписании подлежащему учреждению или должностному лицу либо выполнить определенное действие, если оно предписано ему законом или обязательным для него распоряжением власти или если оно необходимо для восстановления законного порядка или прав жалобника, либо воздержаться от определенных действий, и 4) об изменении опротестованного или обжалованного постановления или распоряжения в том случае, если этим изменением затрагиваются права только участвующих в деле лиц, и если при том суд признает, что обстоятельства дела им вполне выяснены, и что из них прямо вытекает необходимость по закону определенного нового постановления или распоряжения взамен опротестованного или обжалованного.

60. Возникший вопрос о наличии в опротестованных или обжалованных действиях признаков уголовного преступления или возбуждение уголовного преследования по преступлению должности не останавливают рассмотрения дела по протесту или жалобе.

61. Рассмотрение судом дела по протесту или по жалобе не служит препятствием для отмены или для изменения опротестованного или обжалованного постановления, распоряжения или

действия как самим тем учреждением или лицом, от коего они исходили, так и вышею над ними властью.

62. Если административный суд усматрит, что постановление, распоряжение или действие, на которое принесены протест или жалоба, отменено или изменено так, что основание принесенного протеста или жалобы отпало, то суд прекращает производство дела.

63. Решение административных судей и окружных судов по административному отделению объявляются частным лицам применительно к порядку, установленному для объявления решения мировых судей и окружных судов по делам гражданским. Объявление решений участвующим в деле правительенным установлениям, комиссару, а равно учреждениям и должностным лицам городского, земского или поселкового управления производится путем сообщения им копии решения.

## **7) О судебных приказах**

64. Если на основании поданной административному судье или в окружной суд жалобы административный судья или товарищ председателя окружного суда по административному отделению убедятся в достаточной обоснованности требования, то он может мотивированным приказом, без всякого дальнейшего производства удовлетворить заявленное требование.

65. Судебные приказы не могут быть издаваемы в отношении постановлений городской думы, земского и поселкового созывов, комиссаров и их помощников, а равно по делам о составлении избирательных списков и о выборах.

66. В приказе должно быть указано:

- 1) время его составления;
- 2) имя, отчество и фамилия жалобщика и наименование учреждения или лица, на которое принесена жалоба;
- 3) предмет жалобы;
- 4) основания, по коим жалоба признана заслуживающей уважения, с указанием на соответствующие статьи законов;
- 5) сущность приказа.

67. Кроме обстоятельств, упомянутых в ст. 66, в приказе должно быть объяснено, что участвующие в деле лица и комиссар имеют право, в двухнедельный со дня объявления им приказа срок, потребовать разбирательства дела в судебном заседании.

68. Приказ препровождается в то учреждение, на действия которого была принесена жалоба; копия его сообщается комиссару и выдается жалобщику, если он заявит о том ходатайство.

69. Если в течение указанного в ст. 67 двухнедельного срока участвующие в деле лица или комиссар не заявили требования об устном разбирательстве дела у административного судьи или в заседании административного отделения окружного суда, то приказ получает силу судебного решения, которое может быть обжаловано на общем основании.

### **III. О порядке обжалования решений административных судей и окружных судов**

70. Протесты и жалобы на решение административного суды подаются через того административного судью, который решил дело, в административное отделение окружного суда в двухнедельный срок со дня объявления решения.

71. Протесты и жалобы на решение административного отделения окружного суда приносятся через это отделение в Первый Департамент Правительствующего Сената в месячный срок со дня объявления решения.

72. Протесты и жалобы по делам, возникшим в окружном суде, могут быть приносимы по существу дела, а по делам, рассмотренным окружным судом в качестве второй инстанции, только:

- 1) в случае явного нарушения прямого смысла закона или неправильного его толкования;
- 2) в случае нарушения обрядов и форм судопроизводства столь существенны, что вследствие несоблюдения их невозможно признать приговор в силе судебного решения;
- 3) в случае нарушения пределов ведомства или власти, законом предоставленных административному суду.

При просьбе об отмене решения никакого залога не представляется.

73. Просьбы о пересмотре решения суда по делам административным допускаются в случае открытия новых обстоятельств или в случае подлога, обнаруженного в актах, на коих решение основано.

74. Срок на подачу просьбы о пересмотре решения назначается месячный и исчисляется, в случае открытия нового обстоятельства, с того дня, когда жалобщику сделалось известно новое обстоятельство, служащее основанием просьбы о пересмотре решения; а в случае подлога — с того дня, когда вступил в законную силу приговор уголовного суда о признании акта подложным.

75. Протесты, жалобы и просьбы о пересмотре решения возвращаются при объявлении:

1) когда они представлены по миновании установленных сроков;

2) когда жалоба и просьба о пересмотре принесены лицами, не уполномоченными на принесение их.

76. Протесты, жалобы и просьбы о пересмотре решения оставляются без движения, когда к ним не приложены копии их в надлежащем числе экземпляров.

77. При подаче, возвращении и оставлении без движения протеста, жалобы и просьбы о пересмотре, сверх правил, указанных в ст. 73 и 74, соблюдаются правила, установленные в статьях 20 и 22—33 настоящего положения.

78. По принятии протеста или жалобы административный судья или товарищ председателя окружного суда по административному отделению сообщает копии их противной стороне для представления по ним объяснений в высший суд.

79. На представление объяснения назначается двухнедельный, со дня получения копии протеста или жалобы, срок, с причислением поверстного до места нахождения высшего суда.

80. Объяснения принимаются и по истечении указанного в ст. 79 срока до дня, назначенного для слушания дела в высшем суде, но в таком случае жалобщик имеет право просить об отсрочке заседания.

81. Признанные подлежащими принятию протесты и жалобы на решения административных судов представляются принявшим их судом высшему суду не позже двух недель со дня получения вторых экземпляров повесток, при которых копии протестов или жалоб вручены участвующим в деле лицам.

82. Просьба о пересмотре решения разрешается судом, коим решение было постановлено, с соблюдением правил, указанных в ст. 78—80. В случаях признания просьбы, заслуживающей уважения, суд входит в новое рассмотрение дела на общем основании.

#### IV. О судебных издержках

83. Судебные издержки по производству дел административных судов трех родов:

- 1) гербовые пошлины;
- 2) канцелярские пошлины;
- 3) сборы по производству дела.

84. Правительственные установления, а равно учреждения и должностные лица городского, земского и поселкового управления освобождаются от гербового сбора и от платежа канцелярских пошлин, но подчиняются, на общем основании, представлению сборов по производству дела.

85. От взноса судебных издержек изымаются лица, за которыми признано право бедности.

86. Если проверка доказательств назначена по усмотрению самого суда или по требованию комиссара, то соответствующие расходы относятся на счет казны. В остальных случаях расходы взыскиваются с той стороны, которая просила произвести проверку.

87. Издержки по ведению дела, понесенные стороной, в пользу которой постановлено решение, возмещению не подлежат.

## **V. Об исполнении решений административных судей и окружных судов**

88. Решение вступает в законную силу: 1) когда оно постановлено административным судом или окружным судом в качестве первой инстанции и на него не принесено в установленный срок протеста или жалобы; 2) когда оно постановлено окружными судом в качестве второй инстанции.

89. Решение обращается к исполнению немедленно по вступлении его в законную силу. Предварительное исполнение решения не допускается. Приостановленное исполнение решения, об отмене которого принесена просьба в Правительствующий Сенат, допускается лишь по распоряжению последнего.

90. Обращение решения к исполнению совершается путем сообщения административным судьям или товарищем председателя окружного суда по административному отделению тому учреждению или лицу, по протесту или по жалобе, на которое дело возникло, о том, что состоявшееся решение вступило в законную силу. Одновременно с этим о том же извещается комиссар.

91. Просьба от истолкования решения подлежит рассмотрению суда, постановившего решение.

92. Случай, в которых административный суд встретил затруднения в порядке судопроизводства, разрешаются им по соображениям настоящего положения с правилами устава гражданского судопроизводства. При этом административные судьи руководствуются правилами, содержащимися в означенном уставе для мировых судей, а административные отделения окружных судов — правилами для общих судебных мест.

Подписали: Министр-Председатель *Князь Львов.*  
Министр Юстиции *П. Переверзев.*

30 мая 1917 года.

Учебное издание  
**АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ:**  
Конец XIX — начало XX века  
Хрестоматия  
Часть 2

Составитель  
*Старилов Юрий Николаевич*

Редактор *В. В. Пушкаренко*  
Художественный редактор *Л. А. Клочков*  
Электронная верстка *С. Н. Володиной*  
Корректоры *М. Г. Щигрёва, Г. И. Старухина*

ИБ 2805

Подп. в печ. 07.05.2004. Форм. бум. 60×90/16.  
Бумага офсетная № 1. Офсетная печать. Усл. п. л. 23,0.  
Уч.-изд. л. 24,2. Тираж 1000. Заказ 4607.

Издательство Воронежского государственного университета  
394000 Воронеж, ул. Ф. Энгельса, 8  
Издательско-полиграфическая фирма “Воронеж”  
394000 Воронеж, пр. Революции, 39