

APR 1 1932

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Предисловіе XIV

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Отвѣтственность за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, какъ представителей казны по ея имуществамъ.

	СТРАН.
ГЛАВА ПЕРВАЯ. Отвѣтственность за должностныхъ лицъ, какъ за представителей казны по ея имуществамъ, и какъ за органы публичной власти	1—5
ГЛАВА ВТОРАЯ. Казна въ Римѣ	6—12
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Казна у германскихъ народовъ послѣ паденія Западной Римской Имперіи и казна въ феодальную эпоху	13—16
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Казна въ Германіи	17—40
§ 1. Исторія понятія фиска	17—27
§ 2. Разборъ германскаго ученія о фискѣ	27—40
ГЛАВА ПЯТАЯ. Казна во Франціи	41—67
§ 1. Дореформенная эпоха	41—52
§ 2. Переходная эпоха	52—61
§ 3. Настоящее время	61—67
ГЛАВА ШЕСТАЯ. Казна въ Италіи	68—71
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. Казна въ Англіи	72—77
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. Отвѣтственность казны на Западѣ за убытки, причиненные должностными лицами, какъ представителями казны по ея имуществамъ	78—92
§ 1. Тройкое разрѣшеніе вопроса о подсудности казны	78—80
§ 2. Германская система отвѣтственности казны	80—82

	СТРАН.
§ 3. Французская система отвѣтственности казны	82—89
§ 4. Англійская система отвѣтственности казны	89—90
§ 5. Общіе выводы	90—92
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. Подсудность казны въ Россіи по земельнымъ дѣламъ	98—113
§ 1. До Екатерины II	98—97
§ 2. Учрежденіе о губерніяхъ	97—102
§ 3. Именной указъ 19 августа 1799 г.	102—106
§ 4. Сенатскій указъ 22 сентября 1827 г.	107—113
ГЛАВА ДЕСЯТАЯ. Отвѣтственность казны въ дѣлахъ по недвижимымъ имуществамъ	114—115
ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ. Исторія подсудности казны по дѣламъ, возникающимъ изъ договоровъ и обязательствъ	116—119
ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ. Старая сенатская практика по вопросу объ отвѣтственности казны въ области обязательственныхъ отношеній	120—124
ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ. Дореформенное законодательство по вопросу объ отвѣтственности казны въ отношеніяхъ обязательственныхъ	125—129
ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ. Суррогаты отвѣтственности казны въ нашемъ дореформенномъ правѣ	130—133
ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ. Постановленія дѣйствующаго русскаго законодательства по вопросу объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные чиновниками, какъ представителями казны по ея имущественнымъ сдѣлкамъ	134—139
ГЛАВА ШЕСТНАДЦАТАЯ. Соображенія, приводимыя Гражд. Кассационнымъ Департаментомъ Пр. Сената въ пользу отвѣтственности казны за чиновниковъ, какъ представителей казны по ея имуществамъ	140—146
ГЛАВА СЕМНАДЦАТАЯ. Какимъ образомъ въ Россіи установилась отвѣтственность казны за убытки, причиненные должностными лицами, какъ представителями казны по ея имуществамъ	147—158
ГЛАВА ВОСЕМНАДЦАТАЯ. Особый случай отвѣтственности казны: отвѣтственность за просрочку	159—179
§ 1. 12-ти-процентная неустойка	159—171
§ 2. Проценты по суммамъ, присужденнымъ изъ казны въ пользу частныхъ лицъ	171—179
Заключеніе	180—181

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Отвѣтственность казны за убытки, причиненные должностными лицами въ области отношеній публично-правовыхъ.

	СТРАН.
ГЛАВА ПЕРВАЯ. Старыя частно-правовыя теоріи	182—198
§ 1. Древнѣйшая исторія вопроса	182—185
§ 2. Теоріи, строившія отвѣтственность казны на постановленіяхъ гражданскаго права объ отвѣтственности за представителя .	185—191
§ 3. Теоріи, выводяція отвѣтственность казны изъ страхового договора	191—193
ГЛАВА ВТОРАЯ. Необходимость публично-правовой точки зрѣнія	194—206
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Теоріи, отрицающія отвѣтственность казны, исходя изъ соображеній публично-правовыхъ . .	207—227
§ 1. Теорія Р. ф.-Моля	207—211
§ 2. Теорія Е. Ленинга	211—215
§ 3. Раздѣльность государства-власти и государства-фиска, какъ основаніе для неотвѣтственности казны	215—220
§ 4. Незаконныя дѣйствія чиновниковъ суть дѣйствія не власти, а частныхъ лицъ	220—226
§ 5. Отвѣтственность казны свяжетъ энергію администраціи, помѣщая ее отъ гнѣ неправильныхъ дѣйствій и раззоритъ казну .	226—227
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Теоріи, основывающія отвѣтственность казны на дѣйствующемъ публичномъ правѣ . . .	228—242
§ 1. Теорія Геффтера и Мейстерлина	228—231
§ 2. Теорія Цахаріа	231—236
§ 3. Теорія органовъ	236—242
ГЛАВА ПЯТАЯ. Какъ можетъ быть разрѣшенъ вопросъ объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ	243—259
§ 1. Невозможность догматически вывести изъ постановленій дѣйствующаго законодательства отвѣтственность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ	243—245
§ 2. Съ какой точки зрѣнія слѣдуетъ подходить къ разрѣшенію вопроса объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ	245—246

	СТРАН.
§ 3. Распиреніе обязанности нести отвѣтственность за предѣлы вины	246—252
§ 4. Измѣненія, произошедшія въ общемъ складѣ правительствен- ной дѣятельности	252—254
§ 5. Разложеніе ученія о фискѣ	255—259
ГЛАВА ШЕСТАЯ. Прежнія ученія о должности	260—266
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. Ученіе о должности у современныхъ гер- манскихъ юристовъ	267—282
§ 1. Теорія должности у германскихъ писателей „юридической школы“	267—276
§ 2. Ученіе о должности у писателей „органической школы“	276—282
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. Существо должности	283—296
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. Юридическое основаніе для отвѣтственности казны	297—309
§ 1. Неправильныя и преступныя должностныя дѣйствія	297—305
§ 2. Неправильныя дѣйствія, утрачивающія характеръ дѣйствій долж- ностныхъ	305—306
§ 3. Отвѣтственность казны за законы и законныя дѣйствія властей.	307—309
ГЛАВА ДЕСЯТАЯ. Общая отвѣтственность казны за убытки, причиненные должностными лицами въ дѣлахъ публично - правовыхъ по дѣйствующему праву западно-европейскихъ государствъ	310—315
ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ. Нѣкоторые особенные случаи отвѣт- ственности казны въ дѣйствующемъ правѣ за- падно-европейскихъ государствъ	316—341
§ 1. Отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ	316—326
§ 2. Отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ ипотечныхъ учреждений	326—328
§ 3. Отвѣтственность казны за убытки, причиненные дѣйствіями су- дебныхъ учреждений	328—336
§ 4. Отвѣтственность казны за нотаріусовъ и судебных приставовъ.	336—338
§ 5. Отвѣтственность казны за цензуру, таможену, за учрежденія по взиманію косвенныхъ налоговъ и за педагогическій персо- наль публичныхъ учебныхъ заведеній.	338—341
ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ. Отвѣтственность казны по дѣйствующе- му русскому праву	342—374
§ 1. Отдѣльные спеціальные законы, устанавливающіе отвѣтствен- ность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ	342—346
§ 2. Возникновеніе отвѣтственности казны за сохранность depo- зитовъ	347—364
§ 3. Вознагражденіе невинно-осужденныхъ	364—367
§ 4. Отвѣтственность казны за чиновъ ипотечныхъ учреждений	367—369

	СТРАН.
§ 5. Расширеніе отвѣтственности казны въ практикѣ Пр. Сената за послѣднее время	369—374
ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ. Вліяніе степени вины чиновника на отвѣтственность казны	375—382
ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ. Взаимное отношеніе отвѣтственности казны и должностныхъ лицъ	383—392
ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ. Отвѣтственность казны передъ иностранцами	393—395
Заключеніе	396—399

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Отвѣтственность должностныхъ лицъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ. Юридическія основанія отвѣтственности должностныхъ лицъ	400—406
ГЛАВА ВТОРАЯ. Основныя начала дѣйствующаго русскаго законодательства по вопросу о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ	407—416
§ 1. Основное раздѣленіе вопроса	407—408
§ 2. Кто есть должностное лицо въ смыслѣ законовъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки	408—416
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Постановленіе матерьяльнаго права по вопросу о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства	417—436
§ 1. Постановленія русскаго законодательства	417—426
§ 2. Право, дѣйствующее въ государствахъ Западной Европы	426—433
§ 3. Предѣлы отвѣтственности должностныхъ лицъ	433—436
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Отвѣтственность судей за неправильныя дѣйствія	437—446
§ 1. Отвѣтственность судей по русскому праву и по законодательству западныхъ державъ	437—440
§ 2. Предѣлы отвѣтственности судей	440—444
§ 3. Кто именно, и какою стороною своей служебной дѣятельности подходитъ подъ ограниченія отвѣтственности, установленныя для судей	445—446
ГЛАВА ПЯТАЯ. Административное толкованіе законовъ	447—454

ГЛАВА ШЕСТАЯ. Вознаграждение за вредъ и убытки, причиненные преступленіями по службѣ	455—465
§ 1. Должностныя лица административнаго вѣдомства	455—462
§ 2. Суды	463—465
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. Субсидіарность отвѣтственности должностныхъ лицъ	466—475
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. Совиновность нѣсколькихъ должностныхъ лицъ.—Вина потерпѣвшаго	476—518
§ 1. Общія замѣчанія	476—478
§ 2. Гражданская отвѣтственность чиновника, подписавшаго бумагу, и чиновника, ее скрѣпившаго	478—482
§ 3. Отвѣтственность членовъ коллегіи	482—493
§ 4. Отвѣтственность начальника за дѣйствія своихъ подчиненныхъ	493—498
§ 5. Отвѣтственность подчиненнаго, приведшаго въ исполненіе незаконный приказъ начальника	498—509
§ 6. Вина потерпѣвшаго	509—513
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. Процессуальная постановка отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ихъ неправильными дѣйствіями	514—538
§ 1. Иски къ должностнымъ лицамъ административнаго вѣдомства	514—534
§ 2. Иски къ судьямъ	535—537
ГЛАВА ДЕСЯТАЯ. Процессуальная постановка отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ихъ преступными дѣйствіями	538—567
§ 1. Дѣйствующія основныя начала судопроизводства по преступленіямъ должности	539—542
§ 2. Недостатки современнаго порядка преслѣдованія должностныхъ преступленій	542—548
§ 3. Предложеніе проекта новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства	549—553
§ 4. Недостатки предложеній проекта новой Редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства	553—567
ГЛАВА ОДИНАДЦАТАЯ. Гражданскій искъ въ уголовномъ процессѣ	568—579
Заключеніе	580—582

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ.

Отвѣтственность самоуправляющихся единицъ.

	СТРАН.
ГЛАВА ПЕРВАЯ. Что такое самоуправляющаяся единица . . .	583—638
§ 1. Значеніе этого вопроса для настоящей работы	583—584
§ 2. Родоначальница современныхъ конструкцій самоуправления, теорія „свободной общины“	584—591
§ 3. Теорія, отрицающія государственный характеръ дѣлъ, вѣдаемыхъ органами самоуправления	591—603
§ 4. Самоуправляющаяся единица, какъ юридическое лицо	603—616
§ 5. Политическія теорія	616—624
§ 6. Сущность самоуправления	624—638
ГЛАВА ВТОРАЯ. Постановка въ западныхъ законодательствахъ отвѣтственности за убытки, причиненные органами самоуправления	639—648
§ 1. Отвѣтственность самоуправляющихся единицъ	639—645
§ 2. Отвѣтственность казны за самоуправляющіяся единицы	646—648
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Отвѣтственность самоуправляющихся единицъ по русскому праву	649—685
§ 1. Положенія общія	649—663
§ 2. Отвѣтственность избравшихъ общество за растраты	663—675
§ 3. Отвѣтственность общества по порученнымъ ему дѣламъ государственнаго управленія	675—685
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Отвѣтственность общинъ за убытки, причиненные народными скопищами	686—710
§ 1. Постановленія иностранныхъ законодательствъ	686—700
§ 2. Русское законодательство	700—706
§ 3. На какихъ началахъ должна быть построена отвѣтственность за убытки, причиненные народными скопищами	706—710
Заключеніе	711—712

Сочиненія, цитируемыя только по фамилии автора.

- Ардашевъ. Провинціальная администрація во Франціи въ послѣднюю пору стараго порядка. Томъ I. 1900.
- Аффольтеръ. A. Affolter. Studien zum Staatsbegriff.—Archiv für öffentliches Recht. XVII. 1902.
- Бернацикъ. Edmund Bernatzik. Die juristische Persönlichkeit der Behörden, zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen.—Archiv für öffentliches Recht. Томъ V (1890 г.), Heft 2. стр. 169—318 *).
- Бертэлемн. H. Bertélemy. Traité élémentaire de droit administratif. 1902.
- Бэкэ. Bequet-Laferrière. Répertoire de droit administratif.
- Бэльби. Henry Bailby. De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers. 1901.
- Вель-Дюранъ. Vel-Durand. De la responsabilité des communes en cas de dommages causés par des attroupements ou rassemblements. 1902.
- Гезеръ. Albert Geser. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate, mit besonderer Berücksichtigung des schweizer. Rechts. Freiburg (Schweiz), 1899.
- Гирке. O. Gierke. Das deutsche Genossenschaftsrecht. Томы I—III *).
- Глассонъ. Glasson. Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre. Томы I—IV. 1882 г., т. V—VI. 1883 г.
- Дарестъ. Daresté. La justice administrative en France. 1898.
- Делиусъ. Delius. Die Haftpflicht der Beamten. Berlin. 1901.
- Докъ. Dock. Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Archiv für öffentliches Recht. 1901.
- Иеллинекъ. Georg Iellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892 *).
- Клевицъ. Adolf Klewitz. Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, unter Berücksichtigung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. 1891 *).
- Лаферриэръ. E. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Томы I—II. 1896 *).
- Леннигъ. Edg. Löning. Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. 1879 *).
- Майеръ (герм.). Otto Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. Томы I—II. 1896. *)
- Майеръ (франц.). Otto Mayer. Theorie des französischen Verwaltungsrechts. 1886. *).
- Матайя. Mataja. Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie. 1888.

*) Другія сочиненія того же автора или его однофамильцевъ цитируются полнымъ заглавіемъ.

- Маучка.** Dr. Josef Mauczka. Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse. 1904.
- Мишу** 1895 г. Michoud. De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents.—Revue de droit public 1895 г., т. I, стр. 401—429 и т. II стр. 1—31 и 251—285. *)
- Мишу** (1897 г.) Michoud. De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents. Revue de droit public. 1897 г., томъ I, стр. 41—84 *).
- Мотивы** къ В. Г. В.—Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. Томы I—V. 1888.
- Ориу.** M. Hauriou. Précis de droit administratif et de droit public général. Издание 1903 г. *)
- Перро.** Perron. De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs. 1894
- Пилотн.** Piloty. Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. Annalen des deutschen Reichs. 1888.
- Планкъ.** Bürgerliches Gesetzbuch, nebst Einführungsgesetz, erläutert von Dr. G. Planck. Томъ I цитируется по 3-ему изданію 1903 г., остальные томы по изданію „первому и второму“.
- Рожэ.** Roger. De la responsabilité civile de l'État. 1900.
- Симонэ.** J. B. Simonet. Traité élémentaire de droit public et administratif. 1893.
- Стифенъ.** Stephen. Commentaries on the laws of England. Томъ I—IV. 1903.
- Сурда.** Sourdat. De la responsabilité ou de l'action en dommages - intérêts en dehors des contrats. 1887. Томы I—II.
- Тимофеевскій и Кузнецовъ.** Сборникъ рѣшеній Правит. Сената по вопросамъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ за преступления должности. Составили Тимофеевскій и Кузнецовъ. Спб. 1896 г.
- Цахаріа.** H. A. Zachariae. Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten. ВЪ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. Томъ XIX. 1863 г. Стр. 582—652 *).
- Честеръ.** A. W. Chaster. The powers, duties and liabilities of executive officers. 1899.
- Шанте-Грелле и Пича.** Chanté-Grellet et Pichat. Статья „Fonctionnaires publics“ въ Répertoire de droit administratif Bequet - Laferrière. Томъ XVII, 1900.
- Штенгель.** K. v. Stengel. Die Haftung des Staats für den durch seine Organe und Beamten Dritten gegenüber zugefügten Schaden.—Annalen des Deutschen Reichs. 1901.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Современное развитіе государственной дѣятельности создаетъ безчисленную массу точекъ соприкосновенія обывателя съ органами власти или съ органами хозяйственныхъ предприятий казны. Существеннѣйшіе интересы обывателей оказываются ввѣренными должностнымъ лицамъ или поставленными въ зависимость отъ дѣйствій этихъ лицъ. При такихъ условіяхъ, при несовершенствѣ всѣхъ человѣческихъ учрежденій вообще и при способности каждаго человѣка совершать ошибки эти постоянныя сношенія обывателей съ органами государства создадутъ широкую возможность причиненія убытковъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, и какъ это всѣмъ извѣстно, на дѣлѣ подобныя убытки не рѣдкость.

Такимъ образомъ возникаетъ вопросъ, имѣющій громадное практическое значеніе: на кого должны падать эти убытки?—должны ли они возмѣщаться государствомъ?—или тѣмъ должностнымъ лицомъ, которое причинило ихъ своими дѣйствіями?—или же наконецъ эти убытки долженъ безропотно переносить обыватель, и въ нихъ надо видѣть несчастіе, „которому человѣкъ подвергается или вслѣдствіе несовершенства своей природы или вслѣдствіе неисповѣдимыхъ судебъ Верховнаго Промысла“, какъ это находила одна изъ нашихъ законодательныхъ комиссій?

Не смотря на существенное жизненное значеніе этого вопроса, онъ все еще не получилъ научно-обоснованнаго отвѣта. Попыткою дать такой отвѣтъ и является настоящая работа.

Причина неразработанности вопроса, на кого должны падать убытки, причиненныя неправильными должностными дѣйствіями, по видимому обуславливается тѣмъ, что разрѣшеніе этого вопроса само находится въ зависимости отъ предварительнаго разрѣшенія цѣлаго ряда другихъ вопросовъ; нѣкоторые изъ нихъ входятъ въ область гражданскаго права, таковы напр., что такое вообще возмѣщеніе и разложеніе вреда?—при какихъ условіяхъ возможна отвѣтственность за чужія дѣйствія?—возможна ли и когда именно отвѣтственность за простое причиненіе вреда безъ наличности вины? Другіе же

предварительные вопросы входят въ область государственнаго права, напр.: что такое казна?—въ чемъ существо юридическихъ отношеній между чиновникомъ и государствомъ съ одной стороны, и между тѣмъ же чиновникомъ и обывателемъ—съ другой? По скольку убытки причинены дѣйствіями органовъ самоуправленія, необходимо выяснить, что такое самоуправленіе, въ чемъ существо его отличія отъ коронной администраціи.

Не смотря на то, что всѣ эти вопросы давно уже останавливаютъ на себѣ вниманіе науки права, по большинству изъ нихъ не существуетъ теоріи, которая бы пользоваалась общимъ признаніемъ. Для того, чтобы сознательно остановиться на какой либо изъ существующихъ теорій и вообще для того, чтобы составить себѣ научно обоснованное мнѣніе по всѣмъ указаннымъ выше вопросамъ, относящимся къ столь разнороднымъ областямъ права, необходимо произвести работу, которая при современномъ состояніи науки для одного человѣка невыполнима.

Такимъ образомъ, получается положеніе, повидимому безвыходное.

Но жизнь требуетъ отъ науки теоретически обоснованнаго отвѣта на вопросъ, какой порядокъ отвѣтственности за убытки, причиненные должностными дѣйствіями, соотвѣтствуетъ существу дѣла и является справедливымъ и цѣлесообразнымъ.

Намъ кажется, что попытаться дать этотъ отвѣтъ можно.

Специфическая особенность этого вида отвѣтственности за вредъ по сравненію съ тѣмъ видомъ отвѣтственности, который вообще имѣетъ въ виду гражданское право, сводится единственно къ тому, что тутъ къ аналогичнымъ имущественнымъ отношеніямъ приводитъ то условіе, что убытки причиняются не частными лицами однимъ другому, а органомъ власти лицу, этой власти подчиненному. Поэтому общія начала отвѣтственности за вредъ можно прямо заимствовать у цивилистовъ, взявъ у нихъ готовыми тѣ теоріи, которыя въ данное время пользуются наибольшимъ авторитетомъ,—и затѣмъ эти общія начала слѣдуетъ такъ или иначе видоизмѣнить, сообразно привходящимъ публично-правовымъ элементамъ разсматриваемаго вида отвѣтственности.

Такимъ образомъ, дѣло сводится къ установленію юридической природы отношеній, существующихъ между государственною властью или ея органомъ съ одной стороны и обывателемъ съ другой.

Когда удастся установить юридическую природу этихъ отношеній въ дѣлахъ той или другой категоріи (въ дѣлахъ фиска, въ дѣлахъ по осуществленію полномочій власти, въ дѣлахъ, порученныхъ органамъ самоуправленія), и когда затѣмъ удастся выяснить, какъ эта юридическая природа должна отразиться на порядкѣ возмѣщенія вреда, причиненнаго неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, то можно будетъ дать дѣйствительно научно обоснованный отвѣтъ на

вопросъ, какой порядокъ отвѣтственности за убытки, причиненные этими дѣйствіями, вообще является справедливымъ и цѣлесообразнымъ.

Но помимо этой чисто теоретической точки зрѣнія, отвѣтственность за убытки, причиненные должностными дѣйствіями, можетъ разсматриваться съ точки зрѣнія практической во первыхъ въ смыслѣ разрѣшенія на почвѣ нынѣ дѣйствующаго права отдѣльныхъ возникающихъ на практикѣ случаевъ, а во вторыхъ въ смыслѣ выясненія условий и способовъ немедленнаго осуществленія того порядка отвѣтственности, который представляется правильнымъ съ теоретической точки зрѣнія.

Разрѣшеніемъ на почвѣ дѣйствующаго права отдѣльныхъ казусовъ мы задаемся лишь въ немногихъ главахъ.

Что же касается установленія той отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами, которая намъ кажется единственно правильною, то мы не можемъ считать для Россіи соотвѣтствующую реформу очередною.

Не говоря уже о реформѣ политической, выдвинутой теперь на первую очередь,—ближайшими затѣмъ задачами законодательства очевидно являются предупрежденіе возможности нарушенія правъ обывателей въ томъ размѣрѣ, въ какомъ это наблюдается въ настоящее время, и устраненіе административнаго произвола, являющагося принципиальнымъ отрицаніемъ за обывателями всякихъ вообще правъ. Само собою разумѣется, что на ряду съ неотложностью такихъ реформъ то или иное усовершенствованіе порядка возмѣщенія вреда, причиненнаго неправильными должностными дѣйствіями, можетъ имѣть въ глазахъ законодателя лишь сравнительно второстепенное значеніе.

Но хотя этотъ вопросъ не нуждается въ немедленномъ разрѣшеніи, мы считали практически цѣлесообразнымъ обратить на него вниманіе и положить у насъ начало научной его разработки. Въ свое время онъ потребуеъ своего разрѣшенія, а та разработка вопроса, въ которой приступаютъ подъ давленіемъ необходимости немедленнаго проведенія какой либо реформы, врядъ ли можетъ отличаться строгою научностью, а слѣдовательно и представлять практическую жизненную цѣнность.

Наконецъ, по скольку въ разсматриваемой нами области тѣ или другія положенія могутъ быть признаны твердо установленными наукою права, мы считали своимъ долгомъ примѣнить ихъ къ разбору нѣкоторыхъ изъ проектовъ, разсматриваемыхъ нынѣ въ законодательномъ порядкѣ.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Отвѣтственность за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, какъ представителей казны по ея имуществамъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Отвѣтственность за должностныхъ лицъ, какъ за пред- ставителей казны по ея имуществамъ, и какъ за органы публичной власти.

По вопросу объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные неправильными или преступными дѣйствіями должностныхъ лицъ, наше дѣйствующее законодательство не содержитъ никакихъ сколько нибудь общихъ и принципиальныхъ постановлений. Руководящія начала въ этой области установлены Пр. Сенатомъ, который выработалъ слѣдующую, послѣдовательно проводимую имъ теорію.

„Въ тѣхъ случаяхъ, когда должностныя лица административныхъ управленийъ являются представителями государственной власти, они *лично* отвѣтствуютъ за дѣйствія, совершенныя ими во вредъ частнымъ лицамъ безъ законнаго къ тому основанія... Напротивъ того, когда они являются уполномоченными казны по ея имуществамъ, — отвѣтственность за дѣйствія ихъ, совершенныя съ цѣлью защиты имущественныхъ интересовъ казны, опредѣляется сообразно съ общимъ закономъ, въ силу коего вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки

причиненные их повѣренными при исполненіи порученій согласно съ даннымъ полномочіемъ (ст. 687 т. X ч. 1)¹⁾.

Такимъ образомъ, Сенатомъ установлено и нынѣ послѣдовательно проводится то положеніе, что отвѣтственнымъ передъ обывателями за убытки, причиненные имъ должностными лицами, является или самое должностное лицо, или казна, въ зависимости отъ того, является ли данное должностное лицо представителемъ имущественныхъ интересовъ казны, или же представителемъ государственной власти; въ первомъ случаѣ отвѣтственность за убытки падаетъ на казну, а во второмъ непосредственно на тѣхъ должностныхъ лицъ, которыя своими неправильными дѣйствіями причинили отыскиваемые убытки.

Установленная кассационною практикою отвѣтственность казны за дѣйствія чиновниковъ въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ они являются представителями казны по имущественнымъ сдѣлкамъ, нормируемымъ гражданскимъ правомъ, и личная отвѣтственность чиновниковъ по дѣламъ публично-правового характера, на сколько намъ извѣстно, ни съ чьей стороны возраженій не вызываетъ.

Никто не указывалъ на то, чтобы установившаяся практика въ чемъ либо противорѣчила дѣйствующимъ законамъ. Она, повидимому, находится въ полномъ согласіи съ общимъ духомъ нашего законодательства, стремящагося вполне подчинить государство, какъ казну, какъ фискъ, общему гражданскому (матеріальному и процессуальному) праву и не допускающаго этой подчиненности для государства, какъ публичной власти.

То же разрѣшеніе вопроса объ отвѣтственности казны, какое дано нашимъ Сенатомъ, проводится и въ большинствѣ законодательствъ Западной Европы и признается вполне правильнымъ и западно-европейскою юридическою литературою²⁾.

¹⁾ Рѣшенія гражданскаго касс. д-та Правит. Сената 1878 г. № 162, 1875 г. № 490, 1887 г. № 14.

²⁾ Дать сколько нибудь полный перечень юристовъ, затрагивавшихъ этотъ вопросъ и дающихъ на него отвѣтъ аналогичный или тождественный съ тѣмъ, который дается Правительствующимъ Сенатомъ, конечно невозможно. Для примѣра упомянемъ, относительно государствъ Германіи: Max Seydel. Bayerisches Staatsrecht II. 1896 г. Стр. 371 (сп. томъ I, стр. 609).

L. v. Stein. Die Lehre von der vollziehenden Gewalt. 1869. Стр. 369.

Rob. v. Mohl. System der Präventivjustiz. 1845, стр. 555.

Bluntschli. Verhandlungen des VI deutschen Juristentags. 1865. I, стр. 45 и слѣд.

Rönne. Staatsrecht der Preussischen Monarchie. III. 1883. стр. 583—585.

Dernburg. Preussisches Privatrecht I. 1894, стр. 110. вын. 16.

Förster. Preussisches Privatrecht I. 1892, стр. 551.

Stobbe. Deutsches Privatrecht III. 1898, стр. 558—559.

Piloty. Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. Annalen des Deutschen Reichs. 1888. стр. 266.

Словомъ, какъ кажется, всѣми признается, что наша сенатская практика стоитъ въ этой области на высотѣ послѣдняго слова современной науки, что установленные ею принципы, опредѣляющіе отвѣтственность казны и чиновниковъ, вполне соответствуютъ существу юридической природы государства, какъ фиска и какъ публичной власти.

Изложенные выше взгляды Сената признаются не только теоретически вполне правильными, но считаются и практически вполне цѣлесообразными: въ дѣлахъ частно-правовыхъ государство должно отвѣчать потому, что иначе съ нимъ не станутъ заключать договоровъ, или же, учитывая впередъ возможные убытки, будутъ возвышать на все цѣны, — а въ области публично-правовой установить отвѣтственность казны за каждое неправильное распоряженіе каждаго чина полиціи, за каждое неправильное судебное рѣшеніе—это, согласно установившимся взглядамъ, значило бы въ самый непродолжительный промежутокъ времени довести государство до полного банкротства.

Повидимому, основные принципы существующей у насъ отвѣтственности казны заложены столь твердо, подъ нихъ подведенъ столь твердый фундаментъ общихъ началъ права и практической цѣлесообразности, что подкапываться подъ нихъ и невозможно и во всякомъ случаѣ безцѣльно. И задачу современнаго русскаго юриста можно видѣть не въ ниспроверженіи этой теоріи, а лишь въ разработкѣ нѣкоторыхъ частныхъ вопросовъ, ею возбуждаемыхъ.

Однако нельзя не обратить вниманія на то, что въ громадномъ большинствѣ государствъ, какъ и въ Россіи, то начало, что казна отвѣчаетъ за дѣйствія должностныхъ лицъ въ области отношеній фиска ¹⁾, казны, въ области отношеній по имуществамъ казеннымъ,

К. B o r n h a k. Preussisches Slaatsrecht II. стр. 46 и слѣд.

v. S a r w e y. Oeffentliches Recht und die Verwaltungsrechtspflege. 1880. Стр. 304.

J e l l i n e k. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892. Стр. 232.

E. L ö n i n g. Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. 1879.

Ф р а н ц і я: M i c h o u d. De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. Revue de droit public 1895. II. 274.

V e l - D u r a n d. De la responsabilité des communes. 1902. стр. 150—156.

V a u t h i e r. Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 322.

И т а л і я: V e l - D u r a n d. De la responsabilité des communes. 1902 стр. 151. Лаферриэръ I, стр. 84.

Б е л ь г і я: V e l - D u r a n d. De la responsabilité des communes. 1902. Стр. 151.

V a u t h i e r. Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 322

Ш в е й ц а р і я: V e l - D u r a n d. De la responsabilité des communes. 1902. Стр. 151.

¹⁾ Подъ фискомъ теперь разумѣютъ государство въ его имущественныхъ отношеніяхъ.

При этомъ нѣкоторые юристы употребляютъ этотъ терминъ исключительно для обозначенія тѣхъ юридическихъ отношеній государства и тѣхъ его правъ, которыя нормируются общимъ гражданскимъ законодательствомъ даннаго го-

не установлено прямымъ закономъ, но выводится изъ общихъ началъ права, изъ самаго понятія казны, какъ юридическаго лица гражданскаго права, подчиненнаго всѣмъ постановленіямъ гражданскихъ законовъ, поскольку для нея не сдѣлано прямого изъятія.

Это понятіе казны признается само собою разумѣющимся, естественнымъ, необходимымъ. Между тѣмъ, существовали же, существуютъ и по сейчасъ государства, которыя безъ этого понятія обходятся.

Безотвѣтственность государства въ дѣлахъ публично-правовыхъ тоже въ громадномъ большинствѣ государствъ никакимъ прямымъ закономъ не установлена, но выводится изъ признанія коренной противоположности государства, какъ власти, государству, какъ фиску, противоположности, ничѣмъ еще не доказанной и принимаемой на вѣру.

Наконецъ, самый принципъ неотвѣтственности государства въ дѣлахъ публично-правовыхъ въ настоящее время перестаетъ быть принципомъ общепризнаннымъ, и можно указать на рядъ государствъ, которыя признаютъ отвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ въ видѣ общаго правила (Саксонія, Вюртембергъ, Баденъ, Гессенъ, Баварія, Эльзась-Лотарингія, Шварцбургъ-Зондерсгаузенъ, Рейссъ Старшей и Рейссъ Младшей Линіи, Саксенъ-Альтенбургъ, Саксенъ-Кобургъ-Гота) или же хотя и въ видѣ изъятія лишь для опредѣленныхъ категорій дѣлъ, но категорій на столько широкихъ, что практически эта отвѣтственность приближается къ общей (Франція).

Такимъ образомъ, во-первыхъ, теоретическая непровѣренность тѣхъ основныхъ положеній, изъ которыхъ исходитъ ученіе о томъ, что казна можетъ отвѣчать за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ въ области отношеній казны по имуществамъ, въ области дѣлъ фиска, и не можетъ отвѣчать въ области дѣлъ по осуществленію публичной власти, а во-вторыхъ, несоотвѣтствіе этого положенія дѣйствующему праву и дѣйствующему закону наиболѣе передовыхъ государствъ, выдвигаютъ вопросъ, доподлинно ли

сударства, другіе же подводятъ подъ это понятіе всѣ вообще имущественныя права государства, каково бы ни было ихъ основаніе, и говорятъ о *Steuerfiscus*.

Въ Россіи подъ фискомъ, фискальными отношеніями понимаютъ скорѣе именно публичныя, податныя отношенія („фискальный духъ“). За то „казна“ повидимому чаще всего имѣетъ характеръ выраженія, обнимающаго частно-правовыя отношенія государства, тѣ его отношенія, которыя могутъ быть подсудны общимъ гражданскимъ судамъ. Но во всякомъ случаѣ сколько нибудь выдержанною эта терминологія признана быть не можетъ (нарушеніе уставовъ казеннаго управленія, это такія нарушенія имущественныхъ интересовъ казны, которыя имѣютъ ясное публично-правовое основаніе).

Такъ какъ вообще какой либо терминологіи придерживаться надо, то мы и условимся, что будемъ называть „казною“ государство въ тѣхъ его правоотношеніяхъ, которыя нормируются гражданскимъ правомъ и подсудны гражданскимъ судамъ.

по самому существу государства область отношеній фиска по юридической природѣ своей представляетъ такія особенности, которыя дѣйствительно обусловливаютъ отвѣтственность казны, какъ фиска, и исключаютъ возможность отвѣтственности ея въ дѣлахъ по осуществленію публичной власти.

Какъ намъ кажется, для того, чтобы дать сознательный отвѣтъ на этотъ вопросъ, необходимо представить себѣ, хотя бы въ общихъ чертахъ, какова была въ отдѣльныхъ системахъ положительнаго права судьба того, что мы называемъ казною.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

К а з н а в ь Р и м ь.

Та идея, что государство по самому существу своей юридической природы представляет собою совокупность двухъ юридическихъ лицъ, одного публично-правового, субъекта правительственныхъ правъ, и другого частно-правового, субъекта правъ по имущественнымъ сдѣлкамъ съ обывателями, обыкновенно считается получившей полное свое выраженіе еще въ римскомъ правѣ. Обыкновенно признается, что эта идея, будучи разъ установлена въ римскомъ правѣ, какъ непреложная истина держится сквозь всѣ времена у всѣхъ народовъ. Существуютъ такія положенія, до которыхъ человѣчество доходить съ большимъ трудомъ, но которыя, будучи разъ высказаны, уже не даютъ возможности держаться старымъ представленіямъ. Съ тѣхъ поръ, какъ Коперникъ додумался до того, что не солнце ходитъ кругомъ земли, а земля кругомъ солнца, обратныхъ теорій, кромѣ развѣ ближайшей эпохи, уже не высказывается, или же онѣ имѣютъ характеръ какихъ-то научныхъ курьезовъ.

Такой же непреложный характеръ приписываютъ и теоріи фиска, какъ государства въ качествѣ частно-правового лица. Съ тѣхъ поръ, какъ римляне ее установили, наука права отъ нея отказаться не можетъ.

Что въ римскомъ правѣ ¹⁾ государство являлось юридическимъ

¹⁾ Что касается историческихъ очерковъ, относящихся къ Риму и къ Европѣ средних вѣковъ и начала новаго времени, то, не будучи историкомъ, мы не задавались ни цѣлью установить какія либо новыя точки зрѣнія, ни даже цѣлью провѣрить по первоисточникамъ точки зрѣнія, уже существующія. Задачею нашею было намѣтить, и то лишь въ общихъ чертахъ, то, что намъ казалось установленнымъ по интересующему насъ вопросу.

Сколько нибудь детальная и тщательная разработка исторіи вопроса не входила въ наши планы: наши взоры обращены скорѣе впередъ, чѣмъ назадъ. Исторія для насъ лишь средство показать, что въ дѣлахъ фиска тотъ или другой существующій порядокъ обусловливается не природою вещей, не существомъ государства, самого по себѣ ваятаго, и что подчиненіе имущественныхъ сдѣлокъ казны гражданскому праву и гражданской подсудности не только не есть единственное возможное разрѣшеніе вопроса, вытекающее изъ самаго существа правоотношеній, но что это не есть и то разрѣшеніе, которое съ точки зрѣнія даваемыхъ имъ правовыхъ гарантій представляло бы какія либо безусловныя преимущества.

лицомъ частнаго права, это признается само собою понятнымъ, и если мы возьмемъ любой курсъ римскаго права, то въ числѣ юридическихъ лицъ, и при томъ обыкновенно на первомъ мѣстѣ увидимъ государство, казну, фискъ ¹⁾.

Однако, на дѣлѣ современные курсы пандектнаго права въ этомъ вопросѣ соотвѣтствуютъ гораздо больше нашимъ современнымъ взглядамъ, чѣмъ взглядамъ того римскаго права, которое они илагаютъ.

Въ дѣйствительности, какъ это впервые, и сравнительно недавно ²⁾ установилъ Моммзенъ ³⁾, мнѣнія котораго по этому вопросу приобрѣтаютъ все большее и большее признаніе ⁴⁾, тѣ имущественныя отношенія, субъектомъ которыхъ былъ *populus romanus*, въ глазахъ римлянъ были отношеніями публично-правовыми, каково бы ни было ихъ правооснованіе. Государство въ Римѣ могло совершать рядъ дѣлъ по внѣшнему облику вполне гражданскаго характера, могло приобрѣтать имущественныя права, которыя назывались такъ же, какъ и аналогичныя права частныхъ лицъ; но право собственности, право наслѣдованія, то или другое обязательственное право, по скольку они принадлежали государству, кореннымъ образомъ по существу своему, по своему содержанію отличались ⁵⁾ отъ подобныхъ же правъ, принадлежащихъ частнымъ лицамъ. При этомъ для осуществленія или приобрѣтенія правъ государство не было обязано соблюдать тѣ формы, которыя требовались отъ частныхъ лицъ ⁶⁾.

Отличаясь отъ гражданъ по самому содержанію своихъ имущественныхъ правъ и по тѣмъ формамъ, въ которыхъ права эти приобрѣтались, государство не подчинялось и общей гражданской подсудности ⁷⁾. Въ гражданскомъ оборотѣ государство стоитъ надъ гражданами: если контрагентъ казны не исполнялъ своего обязательства, казна сама его къ тому принуждала; если своего обязательства не исполняла казна, то ея контрагентъ могъ обращаться съ жалобой лишь къ самой казнѣ. Въмѣсто *jus* и *judicium* общаго гражданскаго

¹⁾ Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. 1840. Zweyter Band. Стр. 245.—Brinz. Lehrbuch der Pandekten. Томъ I, выпускъ I, 1873 г. Стр. 131—135.—Vagel. Pandekten 1885. Стр. 55.—Becker. System des heutigen Pandektenrechts Томъ I. 1886. Стр. 239 и слѣд.

²⁾ Otto Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. Томъ II. 1901. Стр. 1.

³⁾ Если не ошибаемся, впервые въ *Stadtrechte*, въ *Abhandlungen der Leipziger Gesellschaft der Wissenschaften*. Томъ III. Стр. 467.

⁴⁾ Girard. Manuel de droit Romain. 1901. Стр. 233, выноска 1.

⁵⁾ Если данное право государства переходило къ частному лицу, оно утрачивало свой публичный характеръ, и наоборотъ, право частнаго лица, перейдя къ государству, становилось публичнымъ. О. Гирке. III, стр. 56, вып. 72.

⁶⁾ Длинный рядъ примѣровъ подобныхъ отличій приведенъ у Th. Mommsen. Abriss des römischen Staatsrechts. 1893, стр. 266. — Ср. О. Гирке. Томъ III. Стр. 54—56.

⁷⁾ О. Гирке. III. Стр. 47 и выноска 37.

права въ сдѣлкахъ съ казною существовало только *cognitio* магистратовъ, тѣхъ же самыхъ, въ рукахъ которыхъ находилось и управление данною отраслью казеннаго хозяйства ¹⁾).

Въ недвижимостяхъ, находившихся въ обладаніи государства, римляне различали вещи общественнаго пользованія, *quae publico usui relictae sunt*, и вещи, *quae in respublica sunt*.

Что первыя не находились ни въ чьей собственности, и что вообще самое право собственности не могло имѣть къ нимъ приложенія, въ этомъ среди новыхъ писателей повидимому спора нѣтъ. Что же касается вторыхъ, то существуетъ мнѣніе, что онѣ разсматривались, какъ состоящія въ частной собственности государства ²⁾. Но въ настоящее время повидимому приобрѣтаетъ большій авторитетъ то мнѣніе, что и по отношенію къ этимъ вещамъ право государства не разсматривалось, какъ частная собственность ³⁾. Съ этимъ мнѣніемъ вполне согласуется тотъ фактъ, что по поводу земельныхъ имуществъ въ республиканскую эпоху къ казнѣ нельзя было предъявлять никакихъ исковъ, что напр. *actio finium regundorum* замѣнялись административнымъ разслѣдованіемъ, производившимся цензоромъ или какимъ-либо инымъ чиновникомъ, что тѣ имущества *quae in respublica sunt*, не могли быть обременены никакими частными сервитутами, какъ вообще не подлежали никакимъ ограниченіямъ, установленнымъ напр. въ интересахъ сосѣдей для частной собственности ⁴⁾.

При этомъ, по крайней мѣрѣ въ республиканскій періодъ, вопроса о томъ, есть ли государство юридическое лицо ⁵⁾, повидимому и

¹⁾ Mommsen. Abriss des römischen Staatsrechts. Стр. 267.—К. ф. Ч и л а р ж ъ. Учебникъ Институцій римскаго права. Переводъ подъ ред. проф. В. А. Юшкевича. 1901. „... populo Romano издавна принадлежали вещи, издавна онъ являлся носителемъ правъ требованія и обязательствъ... Только всѣ эти отношенія подлежали не частному праву и гражданскому процессу, а праву публичному и производству административному“. — Karlowa. Römische Rechtsgeschichte II. 1901. Стр. 4, 34, 40, 46.—О. Г и р к е. III. Стр. 58. — Mommsen. Römische Staatsrecht. III. 1874 г. Стр. 949. Въ этомъ отношеніи существовало коренное различіе между Римомъ, государствомъ, а прежде городомъ, и отдѣльными муниципіями: тѣ дѣйствительно разсматривались, какъ юридическія лица частнаго права: *civitates enim privatorum loco habentur* (Fr. 16 Dig. De verb. sign. 50, 16), и при томъ нерѣдко въ отношеніяхъ, которыя нами подводились бы подъ понятіе публично-правовыхъ.—M. Vauthier. Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 26 и сл.

²⁾ Ср. приведенное у Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. II. 1901. Стр. 3, мнѣніе Eisele.

³⁾ Karlowa, тамъ же, стр. 3—4.

⁴⁾ Karlowa, тамъ же, стр. 4.

⁵⁾ Girard. Manuel de droit Romain. 1901. Стр. 233. „Les Romains ne semblent même pas s'être posé la question théorique de la reconnaissance de sa (государства) personnalité et paraissent l'avoir considéré comme ayant eu dès l'origine des biens, des créances et des dettes et comme ayant pu de tout temps par l'organe de

не возникало, и государство подъ понятие юридическаго лица вообще не подводилось ¹⁾).

Законы, нормировавшіе имущественныя сдѣлки государства съ частными лицами, разсматривались не какъ законы, устанавливающіе взаимныя права и обязанности двухъ субъектовъ: одного государства, а другого—частнаго лица, а какъ законы, опредѣляющіе компетенцію и порядокъ дѣйствія магистратовъ. Это были законы, устанавливавшіе не взаимныя права двухъ сторонъ, а объективное право, которому въ своихъ дѣйствіяхъ должны были подчиняться и магистраты, и частныя лица ²⁾. Такимъ образомъ въ этихъ отношеніяхъ государство разсматривалось какъ административная власть, а не какъ субъектъ гражданскихъ правъ и обязанностей. Этотъ чисто публичный характеръ имущественной правоспособности государства держался вполне опредѣленно, пока имущество государства сосредоточивалось въ одномъ *aerarium populi romani* или въ *aerarium Saturni*. Когда на ряду съ *aerarium* появился *fiscus*, какъ личное имущество императора, то это имущество сначала разсматривалось какъ имущество частнаго лица ³⁾ и подчинялось общему гражданскому праву. Съ теченіемъ времени, приблизительно въ эпоху Северовъ ⁴⁾ *aerarium* было мало-по-малу поглощено *fisco* императоровъ. Согласно взглядамъ, весьма распространеннымъ среди массы юристовъ, къ этому времени и относится подчиненіе государства, какъ субъекта имущественныхъ правъ, какъ *fisca*, общему гражданскому праву. На дѣлѣ же этого подчиненія въ Римѣ ни тогда, ни послѣ не произошло.

Этого подчиненія имущественныхъ сдѣлокъ государства общему гражданскому праву не произошло, да и не могло произойти по той простой причинѣ, что хотя имущество *principis*'а, императора, перво-

ses magistrats procéder à tous les actes de la vie juridique, même à ceux qui, comme l'acquisition d'une succession, ont été le plus difficilement permis aux autres personnes morales, sans même être obligé de suivre les formes qui s'imposent à la vie juridique des autres personnes physiques et morales.—Gosen. *Das öffentliche Vermögen der römischen Republik; Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*. Томъ XXII (1866 г.), стр. 87, и сл.; ср. стр. 125. „Zugegeben nun auch, dass der ältere Römer den Staat noch nicht als Rechtssubjekt ansah...“—Конструкція государства, какъ особаго лица, а не какъ совокупности людей, противорѣчила бы основнымъ взглядамъ римлянъ на государство. Ср. О. Гирке III. Стр. 36, 39, 46 и 54.—A. Pernice. *Marcus Antistius Labeo I*. 1873. Стр. 266.

¹⁾ M. Vauthier. *Etudes sur les personnes morales*. 1887. Стр. 58—60. О. Гирке III. Стр. 50.

²⁾ О. Гирке. Томъ III. Стр. 57, 54, 51.

³⁾ *res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt*. 2 § 4. Dig. 43, 8.—Ср. Mommsen. *Römisches Staatsrecht*. II. 1874. Стр. 934.

⁴⁾ Maguard. *Römische Staatsverwaltung*. II. 1876. Стр. 295. — Ср. М. И. Ростовцевъ. *Исторія государственнаго откупа въ римской имперіи*. Записки Истор.-филолог. факультета СПб. Университета томъ 51-й. 1899, 61 и 142.

начально и рассматривалось, какъ имущество частнаго лица ¹⁾, но управленіе этимъ имуществомъ очень скоро стало частью управленія императорскимъ дворомъ, т. е. частью управленія, по существу своему публично-правового ²⁾. Къ тому же и по существу своему доходы императорской казны отнюдь не носили характера частно-правового и уже поэтому весьма мало были пригодны къ подчиненію нормамъ гражданскаго права. Главная масса этихъ доходовъ состояла въ налогахъ, взимаемыхъ съ императорскихъ провинцій. Но по отношенію къ этимъ доходамъ, напр. по отношенію къ поземельному налогу, императоръ никогда не рассматривался какъ землевладѣлецъ, какъ это слѣдовало бы дѣлать, если бы хозяйство фиска рассматривалось какъ частно-правовое. Къ суммамъ, поступавшимъ въ фискъ императора, начали примѣнять то же положеніе, которое примѣняли и къ налогамъ, взыскивавшимся республикою: чиновники, завѣдывавшіе взиманіемъ налога, разрѣшали и возникавшіе при этомъ споры ³⁾. По отношенію къ тѣмъ поступленіямъ, которыя не носили податнаго характера, повидимому ничто бы не мѣшало распространенію на нихъ общей гражданской подсудности. Августъ повидимому сдѣлалъ нѣкоторые шаги въ этомъ направленіи, но уже при Клавдіи ⁴⁾ эта общая подсудность была прямо устранена. Правда, Неронъ снова подчинилъ споры по дѣламъ этого рода общимъ правиламъ судопроизводства, и даже назначилъ для этого особаго претора ⁵⁾, но Моммзенъ сомнѣвается, чтобы этотъ установленный Нерономъ порядокъ держался сколько нибудь продолжительное время ⁶⁾. Какъ вполне резонно указываетъ Vauthier ⁷⁾, государство въ императорскую эпоху уже

¹⁾ При Августѣ повидимому его фискъ былъ подсуденъ общимъ судамъ. Mommsen. Römische Staatsrecht. II. 1874. Стр. 949—950.

²⁾ Mommsen. Abriss des römischen Staatsrechts. Стр. 210.

³⁾ Mommsen. Abriss des röm. Staatsr. 280. „Sicherlich ist in Betreff der provinziellen Steuern der Princeps niemals einfach als Bodenherr behandelt worden, wie es hienach geschehen hätte müssen; vielmehr wird die republicanische Ordnung, dass bei allen Steuern und Contributionen der Hebungsbehörde zugleich für Streitigkeiten die Cognition zusteht, von Haus aus auch auf die Kaiserlichen Provincialprocuratoren Anwendung gefunden haben“. Ср. М. И. Ростовцевъ. Исторія государственнаго откупа въ римской имперіи. Записки Истор.-филолог. факультета СПб. Университета. Томъ 51-й, 1899 г., стр. 255.

⁴⁾ Въ 53 г. п. Р. X., когда судебныя дѣла между фискомъ и частными лицами были предоставлены сенатомъ вѣдѣнію императорскихъ прокураторовъ. Mommsen. Römische Staatsrecht. II. 1874. Стр. 950.

⁵⁾ Уже самое назначеніе для этихъ дѣлъ особаго претора показываетъ, что полнаго вліянія этихъ, по нашимъ понятіямъ чисто гражданскихъ дѣлъ съ общими гражданскими процессами не произошло и не имѣлось въ виду. Ср. О. Гирке. III. Стр. 58, вып. 87.

⁶⁾ Mommsen. Abriss des römischen Staatsrechts. Стр. 280. Ср. О. Гирке. томъ III, стр. 61.

⁷⁾ Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 54—62.—Ср. О. Гирке. III 1881. Стр. 53, 59.

потому не могло въ имущественныхъ отношеніяхъ перейти въ положеніе частно-правового лица и подчиниться общему гражданскому праву, что въ представленіяхъ той эпохи фискъ слишкомъ тѣсно сливался съ личностью самого императора, а власть этого послѣдняго слишкомъ опредѣленно ставила его надъ общимъ правомъ ¹⁾).

Признанію фиска олицетвореніемъ или воплощеніемъ государства въ качествѣ юридическаго лица (публичнаго или частнаго права, все равно) не мало на нашъ взглядъ должно было препятствовать и то обстоятельство, что и съ исчезновеніемъ эрарія Сатурна въ единомъ римскомъ государствѣ все таки осталось нѣсколько фисковъ, не считая провинціальныхъ ²⁾, какъ то *fiscus judaicus*, *fiscus frumentarius*, *fiscus asiaticus*, *aerarium militare*, *res privata Caesaris* и т. д. ³⁾).

Такимъ образомъ въ Римѣ и въ императорскую эпоху понятія казны, какъ юридическаго лица частнаго права ⁴⁾, подчиняющагося общимъ нормамъ гражданскаго права и общей гражданской подсудности, не существовало ⁵⁾).

¹⁾ Относительно публичнаго характера хозяйства въ императорскихъ имѣніяхъ ср. М. И. Ростовцевъ. Исторія государственнаго откупа въ римской имперіи. Записки Истор.-филолог. факультета СПб. Университета. Томъ 51. 1899 г. стр. 141—161. Ср. тамъ же стр. 166.

²⁾ *Fiscus gallicus provinciae Lugdunensis*, *fiscus Asiaticus*. Ср. Marquard. Römische Staatsverwaltung. I. 1876. Стр. 296—297 и 304.—Mommсен. Römisches Staatsrecht. II. 1874. Стр. 934, выноска 1.

³⁾ Marquard. Römische Staatsverwaltung. I. 1876. Стр. 295—302. — Поэтому иногда эрариуму противоплагають не *fiscus*, а *fisci*. — Mommсен. Römisches Staatsrecht. II. Стр. 934, выноска 1.

⁴⁾ О. Гирке. III. Стр. 139, 141.

⁵⁾ Н. Суворовъ. Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву. 1892. „...До полнаго уравниенія государства съ частнымъ лицомъ римская юриспруденція никогда не доходила и даже никогда ясно и отчетливо не ставила государство въ рядъ допускавшихся ею юридическихъ олицетвореній“.—M. Vauthier. Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 243. „L'étude du droit romain nous a montré que les lois impériales, et notamment les plus récentes, ne contenaient rien qui ressemblât à la personification de l'Etat.—О. Гирке. Томъ III. Стр. 50, 51 и выноски 51 и 52. — Въ пользу того, что въ эпоху новѣйшихъ императоровъ фискъ перешелъ въ положеніе юридическаго лица частнаго права, обыкновенно приводятъ слѣдующія мѣста источниковъ: § 14 Inst. 2, 6; l. 13 pr. и § 1 D. 49, 14; l. 16 cod.; l. 9 § 6 D. 48, 13; l. 2 pr. и l. 3 Cod. 7, 36. — Но какъ намъ кажется, эти фрагменты безусловно не даютъ основанія для того вывода, который изъ нихъ обыкновенно дѣлають. Въ этихъ мѣстахъ источниковъ не только нигдѣ не высказано того общаго положенія, что фискъ подчиняется общему гражданскому праву, какому подчиняются частныя лица, но нѣтъ и примѣненія этого, хотя бы и невысказаннаго положенія къ частнымъ случаямъ.

Тѣ юридическія отношенія, въ которыя вступало государство, не теряли своего публично-правового характера даже и въ томъ случаѣ, если это были отношенія чисто имущественнаго характера ¹⁾. Эти отношенія подчинялись своеобразному матерьяльному и процессуальному праву ²⁾.

¹⁾ Это вполне определенно замѣчалъ уже Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. 1840. Zweyter Band. Стр. 247. Der „römische Staat, der unter keinem Richter stand, und dessen Vermögensverhältnisse mehr administrativ behandelt wurden...“ Ср. тамъ же, стр. 360. „Die Art, wie der Staat in seinen privatrechtlichen Verhältnissen thätig erscheint, das heisst die Verfassung des Fiscus, gehört nicht hierher, sondern in das öffentliche Recht“.

²⁾ Mommsen. Abriss des röm. Staatsr. Стр. 267. „...durchaus fehlt wie die Sicherheit, so die Härte der privaten Ordnung“.—Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. II. 1901. Стр. 2 спрашиваетъ: „Soll man sagen, dass der Staat durch seine eigenen Gesetze nicht gebunden sein könne...“.— Вопросъ о качествѣ правоохраны и о публичномъ характерѣ правоотношенія часто спутывается въ нашихъ представленіяхъ, и надо сознаться, что не исторія, но и дѣйствительность даетъ тому извѣстныя основанія; но теоретически административный произволь и публичный характеръ даннаго правоотношенія не одно и то же. Въ данномъ вопросѣ для признанія публичнаго характера правоотношенія достаточно установить, что оно, имѣя субъектомъ публичное лицо, государство, подчиняется не общему гражданскому праву, а какому то другому, а каково это право съ точки зрѣнія твердости правоохраны, это уже совсѣмъ иной вопросъ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Казна у германскихъ народовъ послѣ паденія Западной Римской Имперіи и казна въ феодальную эпоху.

1. Въ тѣхъ германскихъ государствахъ, которыя образовались на территоріи бывшей Западной Римской Имперіи, королевская власть очень скоро приняла развитіе, вполнѣ придавшее ей, въ особенности у Франковъ, характеръ государственной власти. Король изъ начальника дружины или изъ главы племени обратился въ монарха, сосредоточивавшаго въ своихъ рукахъ всю полноту власти ¹⁾. Это усиленіе власти короля конечно не могло не сказаться на характерѣ его имущественныхъ отношеній: государственныя имущества и частныя, личныя имущества короля не различаются ²⁾. Вопросъ, былъ ли король по имущественнымъ, главнымъ образомъ по поземельнымъ спорамъ, подсуденъ общимъ судамъ, и подчинялся ли онъ общему гражданскому праву, не можетъ считаться вполнѣ выясненнымъ. Существуетъ мнѣніе, согласно которому съ исками къ королю можно было во всѣхъ германскихъ государствахъ обращаться въ судъ ³⁾. Согласно другимъ изслѣдователямъ, король, по крайней мѣрѣ у франковъ ⁴⁾, хотя самъ и искалъ въ судахъ, но не отвѣчалъ въ нихъ, и вмѣсто того, чтобы обращаться къ королю съ исками въ судъ, подданные обязаны были обращаться къ нему лично съ просьбами, взывая къ королевскому милосердію; въ крайнемъ случаѣ дѣло разсматривалось судьбою, но не общимъ гражданскимъ, а специальнымъ чиновникомъ, назначеннымъ

¹⁾ Въ особенности судебной. P. Viollet. Histoire des institutions politiques et administratives de la France. I. 1890. Стр. 222, томъ II, стр. 209.

²⁾ О. Гирке. II. Стр. 29. — Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte. II. 1892. Стр. 67 — 73. — И самый объемъ доменовъ короля, ихъ составъ и юридическое положеніе вообще мало выяснены. Viollet, цитированное выше сочиненіе I, 318—319.

³⁾ Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte. II. 73.—R. Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. III, изд. 1898 г. Стр. 113.

⁴⁾ Короли лонгобардовъ и англосаксовъ повидимому безусловно считали себя подсудными гражданскимъ судамъ. — R. Sohm. Die Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. I. 1871. Стр. 26—27.—Schröder. Rechtsgeschichte. Стр. 113.—Pertile. Storia del diritto italiano. Томъ VI. 1900. Стр. 154.

королемъ для разбора его дѣла ¹⁾). Но даже и тѣ, кто считаетъ, что короли франковъ были подсудны общимъ судамъ, вмѣстѣ съ тѣмъ или не сомнѣваются въ томъ, что если король и подчинялся состоявшемуся противъ него рѣшенію, то это носило характеръ и форму совершенно самостоятельно и свободно издаваемого королевскаго распоряженія, но не имѣло вида исполненія судебного рѣшенія ²⁾, или же не сомнѣваются, что король всегда могъ, хотя бы послѣ состоявшагося уже судебного рѣшенія, перенести дѣло на рассмотрѣніе Hofgericht'a, Königsgericht'a ³⁾, при чемъ при каролингахъ этотъ переносъ обратился въ общее правило, и для этихъ дѣлъ установилась привилегированная подсудность ⁴⁾ такого рода суду, гдѣ о подчиненіи имущественныхъ отношеній короля тому же праву, которое дѣйствовало и между частными лицами, не могло быть и рѣчи ⁵⁾.

Такимъ образомъ противоположныя съ виду мнѣнія, высказанныя по вопросу о подсудности общимъ судамъ дѣлъ по королевскимъ иму-

¹⁾ Daniels. Handbuch der deutschen Reichs- und Staatenrechtsgeschichte. I. 1859. Стр. 510. „Die Entscheidung über die Besitzrechte (des Krongutes) gehörte nicht an die Volks- und Landgerichte, welche über Eigenthum zu sprechen hatten, sondern blieb dem Gerichte vorbehalten, welches der König selbst mit seinen fideles hielt.“—P. Roth. Geschichte des Beneficialwesens. 1850. Стр. 222. „...die Unterthanen dem Fiscus gegenüber eine sehr ungünstige Stellung hatten. Dieser gab nämlich vor den Gerichtshöfen nicht Recht, die durch ihn benachtheiligten waren lediglich auf den Petitionsweg gewiesen.“—R. Sohm. Die Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. I. 1871. Стр. 26. „Nach fränkischem Recht giebt der König auch in Civilsachen kein Recht vor den Gerichten. Der Unterthan, dem ein Privatanspruch gegen den Fiscus zusteht, vermag nur den Petitionsweg, d. h. Gnadeweg, nicht den Rechtsweg zu bestreiten.“—Того же мнѣнія придерживался и Schröder въ I изданіи своего Lehrbuch d. d. Rechtsgeschichte. См. выноски 42 на страницѣ 113 третьяго изданія.

²⁾ Brunner. Deutsche Rechtsgesch. II.

³⁾ Schröder. Lehrbuch der d. Rechtsgeschichte. 1898 стр. 113 „in Fiscalsachen unterlag der König dem gemeinen Rechte, doch so, dass die Entscheidung mit Hilfe des Reclamationsrechts regelmässig an das Hofgericht gezogen wurde“.

⁴⁾ Schröder. Lehrb. d. d. R.-gesch. стр. 175 „...die Vortheile des Billigkeitsgerichts gaben den Vertretern des Fiscus in den meisten Fällen Anlass, von dem in solchen Fällen erlaubten Reclamationsrecht Gebrauch zu machen und die Sache vor dem Urtheile an das Königsgericht zu ziehen“... „Unter den Karolingern führte der regelmässige Gebrauch des Reclamationsrechts bei Prozessen um königliche Güter zu einem privilegierten Gerichtsstande derselben im Königsgericht“.

⁵⁾ Schröder. Lehrbuch d. d. R.-gesch. Стр. 380. Königsgericht — это Billigkeitsgericht.—Ср. P. Roth. Feudalität und Unterthanenverband. 1863. Стр. 225 и Sohm. Die Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung I. 1871. Стр. 27 и сл.—Ср. P. Roth. Geschichte des Beneficialwesens. 1850. Стр. 222, выноска 95. Приведенные тамъ примѣры самымъ неопровержимымъ образомъ доказываютъ, что общая подсудность дѣлъ по королевскимъ имуществамъ и примѣненіе къ нимъ общаго права устранялись весьма просто, и что устраненіе это само носило характеръ общаго правила.

ществамъ у франковъ, по существу своему оказываются приходящими по интересующему насъ вопросу къ почти тождественнымъ окончательнымъ результатамъ.

Такого рода выводъ получается по поводу земельныхъ споровъ, вообще гораздо болѣе склонныхъ подчиняться общему (гражданскому) праву. Что же касается обязательственныхъ отношеній, въ какія по тогдашнимъ условіямъ могла вступать казна, то на подсудность ихъ общимъ судамъ мы не могли найти никакихъ указаній, и надо думать, что по общему правилу то же самое должностное лицо, которое отъ имени короля вступало въ какія либо обязательственныя отношенія съ подданнымъ,—являлось и судьей въ случаѣ возникновенія какого либо спора по поводу исполненія этого обязательства.

II. Послѣ распадѣнія монархіи Карла Великаго въ отдѣльныхъ владѣніяхъ, образовавшихся изъ этой монархіи, даже въ самой Священной Римской Имперіи Германскаго Народа, государственная власть постепенно ослабѣвала; власть и фактическое значеніе отдѣльныхъ вассаловъ все возрастали на счетъ власти государства. Полномочія мѣстныхъ имперскихъ должностей слились съ тѣми правами, которыми носители этихъ должностей обладали, какъ землевладѣльцы, и такимъ образомъ правительственныя полномочія оказались какъ бы принадлежностью недвижимой собственности. Полномочія государственныхъ властей утратили свой публично-правовой характеръ.

Отдѣльные владѣльцы, ставшіе на мѣстѣ государства, воспринявшіе тѣ его функціи, которыя не вовсе умерли, пользовались тѣми или другими правами, по нашимъ представленіямъ, несомнѣнно публично-правового характера, на частно-правовомъ основаніи, какъ правомъ, непосредственно вытекающимъ изъ землевладѣнія, или какъ правомъ, специально приобрѣтеннымъ по тому или другому частному титулу: куплею, по наслѣдству, по обычаю и т. д.

Въ рукахъ этихъ феодальныхъ владѣльцевъ права публичнаго и частнаго характера окончательно перепутались или смѣшались. Громадное большинство якобы государственныхъ доходовъ отдѣльныхъ феодаловъ, равно какъ и самаго короля, носили совершенно частный характеръ, имѣя своимъ источникомъ частное земельное хозяйство. Большинство функцій управленія и суда, какія тогда существовали, тоже носили частный характеръ, рассматриваясь, какъ источникъ доходовъ съ населенія.

При этомъ отдѣльныя правительственныя права не рассматривались, какъ необходимыя составныя части той неопредѣлимой по своему содержанію власти, которая, какъ нѣчто недѣлимое, принадлежитъ государству. Населеніе въ этихъ феодальныхъ государствахъ считается какъ бы вообще не подчиненнымъ ихъ власти: мѣстный феодальный владѣлецъ по отношенію къ мѣстному населенію былъ собственникомъ

лишь тѣхъ или другихъ опредѣленныхъ правъ, которыя онъ каждое въ отдѣльности приобрѣлъ или отъ имперіи, или отъ своего сюзерена, или отъ самаго населенія.

Такимъ образомъ по своему объему, по своему содержанию власть отдѣльныхъ феодальныхъ государей не представляетъ чего либо вполне опредѣленнаго, однороднаго, но является случайнымъ и весьма измѣнчивымъ комплексомъ отдѣльныхъ правъ и полномочій.

Всѣ эти отдѣльныя права, даже права чисто правительственныя, носятъ въ глазахъ той эпохи частный характеръ, почему вся правительственная дѣятельность того времени находится подъ сильнымъ вліяніемъ гражданскаго права, цѣликомъ проникнута его началами.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, именно благодаря необособленности гражданскаго и публичнаго права, не могло возникнуть и мысли о томъ, что часть отношеній феодала къ населенію должна регламентироваться публичнымъ правомъ, а другая часть правомъ гражданскимъ.

Если мы къ тому же примемъ во вниманіе неопредѣленность и недостаточность всякаго права той эпохи, а также и несовершенство судоустройства, въ силу чего общій, гражданскій судъ, даже если это и не былъ судъ самого феодала, не былъ въ состояніи навязывать ему свое рѣшеніе, то намъ станетъ ясно, что и самый вопросъ, сознавался ли въ то время тотъ принципъ, что государство въ своихъ имущественныхъ отношеніяхъ есть юридическое лицо, подчиненное общему гражданскому праву и общей гражданской подсудности, не имѣетъ никакого реального смысла: области публичнаго и гражданскаго права были на столько спутаны, гражданское право само по себѣ было на столько неопредѣленно, авторитетъ судовъ на столько незначителенъ, что не могло быть и рѣчи о томъ, чтобы въ какихъ либо своихъ отношеніяхъ съ подданными мѣстные феодалы были подчинены гражданскому праву и подсудны общимъ судамъ.

Фактически, создавшееся такимъ образомъ въ теченіе феодальной эпохи юридическое положеніе дѣль, затрагивавшихъ имущественные интересы государства, или, точнѣе говоря, того или другого сеньора, было въ основныхъ своихъ чертахъ почти тождественно и въ Германіи и во Франціи, и въ Сѣверной Италіи, и въ Англіи.

Это положеніе вещей во многомъ предопредѣлило положеніе того, что мы называемъ казною, и въ послѣдующую эпоху, но тутъ историческое развитіе указанныхъ странъ пошло совершенно разными путями, и въ частности это весьма сильно отразилось на тѣхъ перемѣнахъ, которыя произошли съ правомъ, опредѣлявшимъ положеніе дѣль фиска и ихъ подсудность.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Казна въ Германіи.

§ 1. *Исторія понятія фиска.*

Въ Германіи, благодаря нѣкоторымъ историческимъ условіямъ, идея фиска, какъ гражданско-правовой личности государства, получила особое развитіе и приобрѣла характеръ извѣстнаго политическаго требованія и изъ Германіи распространилась по континенту Европы.

Въ Средніе Вѣка, какъ мы только что указали, ученію о фискѣ, какъ о государствѣ—юридическомъ лицѣ, въ его имущественныхъ отношеніяхъ подчиняющемся общему гражданскому праву и общей гражданской подсудности, вовсе не было мѣста: въ то время и государство вообще не разсматривалось какъ субъектъ правъ, и гражданское право не было достаточно консолидировано.

1. До XII вѣка имущество короля и имущество государства вовсе не различались ¹⁾. Такимъ образомъ у этого имущества былъ свой субъектъ, король, вполне реальное лицо, и для созданія рядомъ съ нимъ какой либо *persona fisci* не было никакой нужды.

По образованіи отдѣльныхъ феодальныхъ государствъ, всякаго рода владѣтельныя лица, обладавшія и публично-правовыми полномочіями на правѣ частной собственности, естественнымъ образомъ разсматривались какъ личные собственники всѣхъ земельныхъ имуществъ и всѣхъ денежныхъ средствъ данной территоріальной единицы. Согласно воззрѣніямъ той эпохи, издержки не только по содержанію самого себя и своего двора, но и по удовлетворенію несложныхъ задачъ тогдашняго государственнаго управленія *Landesherr* покрываетъ изъ своихъ личныхъ средствъ ²⁾. Если тотъ или другой фюрстъ получалъ право обложить населеніе тѣмъ или другимъ налогомъ, то это всегда имѣло характеръ субсидіи, оказываемой лично фюрсту, и

¹⁾ Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte. Томъ II. Стр. 67—72. — Гирке. Томъ II. Стр. 565—568.

²⁾ Bornhak. Preussisches Staatsrecht. Т. III. (1890). Стр. 488. — Н. Böhlau *Fiscus, landesherrliches. und Landes-Vermögen im Grossherzogthume Mecklenburg-Schwerin.* 1877. Стр. 13.—Roth. Bayerisches Civilrecht. I. (1871). Стр. 212.

поступавшей въ его личную собственность ¹⁾. Даже если государственные чины устанавливали какой либо налогъ, который они сами собирали и даже расходовали, то и это еще не создавало особыхъ государственныхъ средствъ: на ряду съ личною собственностью государя появляется лишь собственность того или другого сословія ²⁾. Для понятія особаго юридическаго лица—государства, все еще не было ни нужды, ни даже мѣста ³⁾.

Не могла содѣйствовать выясненію частно-правовой личности государства и имперская подсудность по имущественнымъ дѣламъ, такъ какъ по всѣмъ дѣламъ стороною являлся лично фюрстъ: онъ самъ, а не его территорія была подсудна имперскому суду. Поэтому судебныя дѣла между государемъ и его подданнымъ, по самой постановкѣ этихъ дѣлъ въ имперскихъ судахъ, могли вести лишь къ дальнѣйшему заслоненію государства личностью государя, но никакъ не къ дальнѣйшему выясненію понятія государства, какъ особаго юридическаго лица, хотя бы и въ области имущественныхъ отношеній.

Лишь когда начали появляться имущества, не принадлежавшія на правѣ частной собственности мѣстному государю, т. е. обыкновенно имущества, ассигнованныя государственными чинами на какое-либо определенное употребленіе ⁴⁾, создалась возможность конструкціи государства, какъ особаго юридическаго лица. Такимъ образомъ къ концу среднихъ вѣковъ и въ началѣ такъ наз. новаго времени въ отдѣльныхъ государствахъ Германіи начали образовываться Landes-Kasten или Landes-Vermögen, принадлежавшія самому государству. Образованію и выясненію этого понятія во многомъ способствовало римское право съ его раздѣленіемъ фиска и эрарія; источники нерѣдко прямо и говорятъ о Landes-aerarium ⁵⁾.

Впрочемъ дальнѣйшему развитію въ этомъ направленіи вскорѣ былъ положенъ конецъ тѣмъ, что власть германскихъ государей начала приобретать абсолютный характеръ, и въ полицейскомъ государствѣ XVII и XVIII вѣка фюрстъ является неограниченнымъ распорядителемъ всѣхъ имущественныхъ средствъ государства.

¹⁾ B o r n h a k. Preussisches Staatsrecht. Т. III. Стр. 488—490.

²⁾ B o r n h a k. Preussisches Staatsrecht. III. Стр. 490.

³⁾ B ö h l a u. Fiscus in Mecklenburg-Schwerin. Стр. 16. Его-же. Mecklenburgisches Landrecht. III. Часть I. 1880. Стр. 18.

⁴⁾ Такая специализація имуществъ вызывалась обыкновенно или стремленіемъ дѣйствительно обезпечить осуществленіе данной потребности въполнѣ достаточными средствами, т. е. связать свободу распоряженій фюрста относительно тѣхъ или иныхъ средствъ, или же ожиданіемъ смѣны династии: въ такомъ случаѣ суммы ассигновывались не фюрсту и его личнымъ наслѣдникамъ, а определенно на данную потребность. Смѣна династій вообще явилась условіемъ, во многомъ способствовавшимъ раздѣленію понятій государя и государства, какъ особаго субъекта. См. Гирке. Томъ II. Стр. 569.

⁵⁾ См. R o t h. Bayerisches Civilrecht. I. 1871. Стр. 212; въ особ. выноски 7.

2. Къ концу Среднихъ Вѣковъ въ характерѣ власти мѣстныхъ государей, въ общемъ характерѣ ихъ такъ называемой *Landeshoheit*, начала происходить существенная перемѣна. Подъ вліяніемъ практическихъ потребностей управленія, подъ вліяніемъ римскаго права ¹⁾, нѣсколько позднѣе подъ вліяніемъ школы естественнаго права власть мѣстныхъ владѣтельныхъ особъ начала утрачивать характеръ суммы отдѣльныхъ полномочій даннаго лица по отношенію къ населенію, въ принципѣ предполагавшемуся ему не подчиненнымъ: согласно новымъ потребностямъ и новымъ взглядамъ, княжеская власть начинаетъ разсматриваться какъ власть, потенциально заключающая въ себѣ всѣ полномочія, которыя ей необходимы для осуществленія задачъ управленія, задачъ общественнаго блага.

Благодаря тому, что этотъ процессъ претворенія отдѣльныхъ полномочій власти, *der Landeshoheit*, въ единую государственную власть совпалъ со временемъ общаго ослабленія Имперіи, всѣ новыя полномочія, притекавшія къ власти, достались на долю не Имперіи, а мѣстнымъ государямъ Германіи.

Этотъ процессъ весьма скоро могъ бы привести къ созданію абсолютной неограниченной власти князей, а по условіямъ тогдашняго умственнаго и правового развитія и къ установленію деспотической власти; но этотъ процессъ былъ значительно задержанъ, и самый характеръ его существенно измѣнился сравнительно съ тѣмъ, чего отъ него можно было первоначально ожидать.

Обстоятельствомъ, въ значительной мѣрѣ опредѣлившимъ тотъ характеръ, который приняло дальнѣйшее развитіе власти мѣстныхъ государей Германіи, было учрежденіе имперскихъ судовъ: Рейхскамергерихта въ 1495 г. и Рейхсгофрата въ 1501 г.

Не смотря на то, что эти судилища появились ²⁾ въ такое время, когда матерьяльныя силы Имперіи были на столько незначительны, сравнительно съ могуществомъ отдѣльныхъ государей, что можно было думать, что практическое значеніе имперскихъ судовъ будетъ совершенно ничтожнымъ,—идейная сила и самой Имперіи, и въ особенности тѣхъ принциповъ, воплощеніемъ которыхъ является всякій судъ,

¹⁾ По вопросу о значеніи реценціи римскаго права для права публичнаго см. въ высшей степени интересную ректорскую рѣчь Лабанда *Die Bedeutung des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht*. 1880, въ особенности стр. 33—35. Ср. Глассонъ. II, стр. 49; IV, стр. 66.

²⁾ Появленіе этихъ судовъ не обозначаетъ собою появленія новыхъ функций императорской власти. Всѣ владѣтельныя лица Имперіи всегда считались подсудными Императору, но эта неорганизованная подсудность лицу, которое естественно было склонно смотрѣть на вещи скорѣе съ политической, чѣмъ съ правовой точки зрѣнія, ничего не давала въ смыслъ охраны правопорядка. Ср. Otto Mejer. *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*. 1884. Стр. 85 сл.—O. Bähg. *Rechtsstaat*. 1864. Стр. 111 и сл.

и въ то время была на столько велика, что могла обезпечить имперскимъ судамъ извѣстный нравственный авторитетъ. И если, не смотря на существованіе этихъ судовъ, тѣ права, охранять которыя они были призваны, на дѣлѣ нарушались достаточно часто, то все-таки эти нарушения представлялись правонарушеніями, хотя бы и безнаказанными.

Поэтому, сколь ни заслуживаютъ эти суды всякаго осужденія съ точки зрѣнія дѣйствительно представлявшихся ими гарантій правопорядка ¹⁾, роль ихъ въ качествѣ фактора, опредѣлявшаго направленіе развитія правосознанія, была все-таки велика.

Этимъ двумъ судамъ съ тождественною подсудностью ²⁾ владѣтельные князья, графы и бароны были подсудны не только въ своихъ спорахъ между собою, но и въ спорахъ со своими подданными, т. е. въ такихъ дѣлахъ, гдѣ они являлись именно какъ *Landesherrn* ³⁾..

Особенною заслугою имперскихъ судовъ было наблюденіе за тѣмъ, чтобы владѣтельные лица не преступали предѣловъ отдѣльныхъ принадлежавшихъ имъ полномочій, *Hoheitsrechte*. Благодаря этому, въ Германіи задержалось преобразование *Landeshoheit* изъ совокупности отдѣльныхъ полномочій въ неограниченную по степени и по содержанию государственную власть ⁴⁾.

Жалобы на государей могли исходить какъ отъ цѣлыхъ сословій (государственныхъ чиновъ), такъ и отъ отдѣльныхъ обывателей. Поводомъ къ жалобѣ могли служить какъ правительственныя дѣйствія даннаго владѣтельнаго лица, такъ и заключаемыя имъ сдѣлки, по нашимъ современнымъ понятіямъ гражданскаго характера ⁵⁾.

¹⁾ См. по этому поводу А. Д. Градовскій. Германская Конституція Томъ I. 1875 г. Стр. 4—5.

²⁾ О. Мейер. *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*. 1884. Стр. 90.

³⁾ Конечно этимъ судамъ не былъ подсуденъ самъ императоръ: эти суды дѣйствовали отъ его имени и, такъ сказать, вмѣсто его самаго; самому же себѣ никто не подсуденъ. О. Мейер. *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*. 1884. Стр. 88.—О. Вähг. *Der Rechtsstaat*. 1864. Стр. 112.—Но въ качествѣ истца императоръ нерѣдко обращался къ этимъ судамъ, въ особенности по дѣламъ гражданскаго характера, желая придать своему требованію и большій нравственный авторитетъ, и большій правовой вѣсъ.

⁴⁾ Майеръ (герм.) I. 1895 г. Стр. 27. „Sie (das Reichskammergericht und der Reichshofrath) wachen insbesondere auch über die Einhaltung der Grenzen der Landesherrlichen Hoheitsrechte gegenüber den Unterthanen. Anderwärts, wo es sich an einer solchen Einrichtung fehlte, musste die fürstliche Gewalt unter dem fortdauernden Antrieb des Naturrechts sich alsbald über alle Rechtsschranken hinaus in Ungemessene verlieren. Hier wird dieser Prozess gehemmt. So lange die Reichsgerichtsbarkeit Macht hat, bleibt unsere Rechtsentwicklung bei den Hoheitsrechten stehen. Während sie in Frankreich schon längst nur mehr der Wissenschaft Rubriken liefern zur Eintheilung einer unbeschränkten königlichen Gewalt, ist es bei uns ernst gemeint damit. Die Staatsgewalt hat bei uns bis nahe an die Gegenwart heran die Gestalt einer Sammlung von einzelnen Befugnissen des Fürsten behalten.“—Ср. тамъ же стр. 37.

⁵⁾ Майеръ (герм.) I. 1895 г. Стр. 34—37.

Собственно говоря, объ эти категоріи въ глазахъ того времени имѣли довольно однородный характеръ: правительственныя права, *Noheitsrechte*, принадлежали данному лицу, обыкновенно на основаніи такого юридическаго титула, котораго тогда не отличали отъ частно-правовыхъ. Самое понятіе фиска утрачивало всякій практическій смыслъ, и если въ дѣйствовавшемъ тогда правѣ этотъ терминъ еще и сохранился, то пріобрѣлъ совершенно новое значеніе: имъ стали обозначать совокупность нѣкоторыхъ категорій доходовъ владѣтельныхъ особъ, при чемъ эти доходы были объединены, пожалуй, только случайнымъ ихъ характеромъ. Это были права на выморочныя имущества, на штрафы, къ которымъ приговаривались обвиняемые въ уголовныхъ судахъ, наклады, на наслѣдства, оставляемые незаконно-рожденными и иностранцами и т. п. ¹⁾.

Можно было думать, что эта подсудность имперскимъ судамъ приведетъ въ Германіи къ полному смѣшенію частнаго и публичнаго права. Но этого въ Германіи не случилось, случилось даже какъ разъ обратное, а именно наиболѣе рѣзкое, чѣмъ гдѣ-либо въ Европѣ, раздѣленіе области частнаго права, казны, фиска, отъ области публично-правовой.

Объяснить это раздѣленіе, какъ намъ кажется, надо слѣдующимъ образомъ. Въ области имущественныхъ отношеній, въ особенности въ области отношеній договорныхъ, существовало то или другое общепризнанное (римское или мѣстное) право, постановленія котораго могли быть примѣнены къ данному спору, возникшему между фюрстомъ и его подданнымъ на почвѣ отношеній имущественнаго характера. Поэтому въ подобнаго рода дѣлахъ подданному въ его жалобѣ на своего государя было на что опереться; самое главное, въ своихъ договорныхъ и вообще въ имущественныхъ отношеніяхъ съ подданнымъ мѣстное владѣтельное лицо, предвидя возможность не только жалобы, но и проигрыша дѣла, повидимому всегда сопряженнаго для государя съ извѣстными послѣдствіями, неудобными въ нравственномъ отношеніи, должно было относиться съ извѣстнымъ вниманіемъ къ юридической сторонѣ дѣла.

¹⁾ Hüberlin. Handbuch des deutschen Staatsrechts. 1797. Томъ II. Стр. 239.— Justus Christoph. Leist. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1805. Стр. 315, 727 и 728.—Ioh. Ludw. Klüber. Oeffentliches Recht des deutschen Bundes. IV изд. 1840 г. Стр. 700.— Отдѣльныя владѣтельныя лица постоянно вступали въ споръ съ Имперіей, или съ какимъ либо болѣе крупнымъ владѣльцемъ, утверждая, что и имъ принадлежитъ право на эти доходы. Право на *fiscus*, само собою разумѣется, признавалось за преемницей Римской Имперіи, за Священной Имперіей. Что же касается отдѣльныхъ *Landesherr*овъ, то домогательства ихъ по этому поводу идутъ черезъ всѣ средніе вѣка до XVI и XVII вѣка. Лишь къ концу XVII в. право фиска, въ указанномъ своеобразномъ смыслѣ, было признано составною частью каждой *Landeshoheit*.—См. Roth. Bayerisches Civilrecht. Томъ I (1871). Стр. 212.—Ср. Гирке. Томъ III. Стр. 698.

Совершенно иначе долженъ былъ себя чувствовать фюрсть въ тѣхъ дѣлахъ, которыя мы теперь относимъ къ категоріи публично-правовыхъ. Въ дѣлахъ устройства милиціи, своего двора, въ повышеніи въ придворныхъ должностяхъ, въ назначеніи на должности вообще, фюрсть чувствовалъ себя совершенно свободнымъ: юридическихъ нормъ въ этой области тогда не существовало ¹⁾. Если по этимъ дѣламъ онъ самъ и устанавливалъ какія-либо правила, то это были правила его домашняго распорядка; ими не создавалось какого-либо права, и на нихъ не могли быть основываемы чьи-либо права ²⁾.

Поэтому и жалобы въ имперскіе суды по самому существу дѣла имѣли практическое значеніе и могли повести къ извѣстной твердости и опредѣленности права только именно въ дѣлахъ имущественнаго характера, въ такихъ, въ которыхъ отношенія между фюрстомъ и подданнымъ по существу своему, по своему содержанію были тѣми же самыми, что и нормируемая общимъ гражданскимъ правомъ отношенія между частными лицами ³⁾.

¹⁾ Co. O. Vähr. Der Rechtsstaat. 1864. Стр. 144.

²⁾ Въ этомъ отношеніи несомнѣнное исключеніе могло бы представить податное законодательство. Правила, устанавливающія размѣръ налоговъ, подлежащихъ уплатѣ, создаютъ несомнѣнныя юридическія нормы: обыватель обязанъ платить, сколько сказано, и взыскатели податей не имѣютъ права требовать большаго. Податные вопросы, еслибы они существовали, несомнѣнно создали бы публично-правовую категорію дѣлъ, подсудныхъ имперскимъ судамъ, и такимъ образомъ помѣшали бы точному и рѣзкому выдѣленію категоріи имущественныхъ дѣлъ, какъ такихъ, въ которыхъ мѣстный государь является *ut privatus*, и которыя должны подчиняться дѣйствию гражданского права. Но въ то время право обложенія не входило въ составъ тѣхъ *Hoheitsrechte*, которыми обладали мѣстные фюрсты. И если какой либо фюрсть и выговаривалъ себѣ у своихъ сословій право облагать ихъ тѣмъ или другимъ налогомъ, *Rede, ordentliche* или *aussereordentliche*, то во первыхъ такого рода налогъ, обыкновенно весьма скромный по своимъ размѣрамъ, могъ давать поводъ къ самому незначительному числу дѣлъ, а во вторыхъ, самое взиманіе этого налога нерѣдко оставлялось въ рукахъ разрѣшившаго его сословія, такъ что и повода для жалобы на фюрста взиманіе этого налога не могло представить, *Vornhak. Preussisches Staatsrecht*. Томъ III, 1890 г. Стр. 490.

³⁾ Другую категорію дѣлъ, въ которыхъ имперскіе суды играли весьма видную роль, составляли дѣла по жалобамъ на превышеніе *Landesherr'*ами полномочій, предоставлявшихся имъ принадлежавшими имъ *Hoheitsrechte*. Но съ теченіемъ времени власть мѣстныхъ государей изъ суммы отдѣльныхъ и опредѣленныхъ по своему объему и содержанію полномочій неудержимо обращалась во всеобъемлющую государственную власть эпохи полицейскаго государства. При такихъ условіяхъ борьба имперскихъ судовъ противъ превышенія мѣстными государями отдѣльныхъ ихъ полномочій была борьбою противъ естественной и неустранимой потребности времени, борьбою противъ того направленія, которое подъ вліяніемъ всей совокупности остальныхъ историческихъ условій принимало развитіе германской государственной жизни.

Поэтому, каковы бы ни были заслуги имперскихъ судовъ въ охраненіи предѣловъ осуществленія германскими государями отдѣльныхъ принадлежав-

Подсудность германских государей имперским судам привела не только къ тому, что дѣла фиска, казны оказались подчиненными общему гражданскому праву. Косвенно эта подсудность привела къ тому, что рассматриваемая нами категорія дѣлъ оказалась подсудною и общимъ мѣстнымъ гражданскимъ судамъ.

Произошло это слѣдующимъ образомъ. Имперское законодательство принимало рядъ мѣръ съ цѣлью затруднить или по крайней мѣрѣ поставить въ болѣе тѣсныя предѣлы предьявленіе подданными исковъ противъ своихъ государей ¹⁾. Въ числѣ требованій имперскаго законодательства, преслѣдовавшихъ подобную цѣль, было требованіе ²⁾, чтобы каждое дѣло по жалобѣ подданнаго на государя было предварительно рассмотрѣно аустрегалльнымъ судомъ ³⁾, чтобы такимъ образомъ оно попало въ имперскіе суды только во второй инстанціи ⁴⁾.

Что касается этой аустрегалльной инстанціи, то на практикѣ мало-помалу установилось различіе тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ подданный или цѣлое сословіе жаловались на нарушеніе государемъ предѣловъ его полномочій, его *Hoheitsrechte*, и тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ государь дѣйствовалъ *ut privatus*, вступая въ отношенія, въ какія могъ бы вступать и частный человекъ, т. е. дѣлъ, по современнымъ нашимъ понятіямъ, частно-правовыхъ, дѣлъ фиска, казны.

Для дѣлъ этой второй категоріи очень скоро установилось обыкновеніе избирать третейскимъ, аустрегалльнымъ судомъ мѣстный общій гражданскій судъ, для котораго такимъ образомъ имперскій судъ являлся второю инстанціею ⁵⁾.

шихъ имъ полномочій и въ провѣркѣ тѣхъ юридическихъ основаній, на которыхъ данный фюрстъ приписывалъ себѣ то или другое право, но въ этой своей дѣятельности, уступая духу новаго времени, имперскіе суды должны были пойти на существенныя уступки, сильно подрывавшія практическое значеніе этой ихъ задачи. Ср. O. Mayer. *Das deutsche Verwaltungsrecht*. I. 1895, стр. 28—31, въ особенности выноски, приведенныя на этихъ страницахъ.

¹⁾ См. по этому поводу Otto Mayer. *Deutsches Verwaltungsrecht* Томъ I. Стр. 35—36.

²⁾ Повидимому это было установлено § 24 Рейхсдепутационсабшцида 1600 г.— Это постановленіе приведено у Цахаріа. Стр. 588, выноска 2.

³⁾ Родъ закономъ установленнаго третейскаго суда. По поводу самого термина „аустрегалльная инстанція“ и по поводу того, что это было за учрежденіе, см: А. Д. Градовскій. *Германская Конституція*. Томъ I. 1875 г. Стр. 48 и выноска.

⁴⁾ Майеръ (герм.). Томъ I. Стр. 34 и 46.—O. Mejer. *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*. 1884. Стр. 91—92.

⁵⁾ Во многихъ территоріяхъ мѣстные государи пользовались такъ называемою *privilegium de non appellando*, правомъ постановлять окончательныя рѣшенія, не подлежащія обжалованію въ имперскіе суды. Но эта привилегія касалась только обыкновенной дѣятельности мѣстныхъ судовъ. Собственный же государь имъ по общему правилу подсуденъ не былъ, и общіе суды рассматривали иски къ мѣстному государю въ качествѣ аустрегалльной инстанціи.

Мѣстные государи Германіи всѣми силами старались добиться *privilegium de non appellando* и по этимъ дѣламъ, добиться того, чтобы рѣшеніямъ, постановленнымъ ихъ мѣстными судами по дѣламъ этого рода была придана имперскимъ закономъ или чаще избирательною грамотою императора (*Wahlkapitulation*) окончательная сила, и чтобы переносъ этихъ дѣлъ по апелляціи въ имперскіе суды былъ запрещенъ.

Чтобы получить эту привилегію, мѣстные государи во первыхъ охотно шли на то, чтобы признать самихъ себя подсудными своимъ судамъ на общемъ основаніи ¹⁾, а во вторыхъ всѣми силами старались подчеркнуть и выставить на видъ справедливое и безпристрастное отношеніе ²⁾, какъ свое собственное, такъ и мѣстныхъ судовъ къ такого дѣламъ. Мѣстные государи отказывались по этимъ дѣламъ отъ такъ называемыхъ *Machtsprüche* ³⁾; постоянно внушали судамъ, что въ этихъ дѣлахъ они вовсе не обязаны отстаивать казенный интересъ; демонстративнымъ образомъ дѣлали судамъ форменные выговоры, если подозрѣвали ихъ въ томъ, что тѣ „богопротивнымъ образомъ, нарушая долгъ и совѣсть“ (*in Gott-, pflicht-vergessener und gewissenloser Weise*, какъ по этому поводу выразился однажды Фридрихъ Вильгельмъ I Прусскій), становятся на сторону казны противъ подданнаго.

Такимъ образомъ еще въ эту эпоху остатки нравственной силы Имперіи не позволяли власти мѣстныхъ государей принять абсолютный неограниченный характеръ, и благодаря этому установился тотъ вѣзядъ, что во первыхъ иски подданныхъ къ государю, имѣющіе основаніемъ отношенія имущественнаго характера, по содержанію своему тождественныя съ отношеніями, нормируемыми *inter privatos* гражданскимъ правомъ, должны разсматриваться общими гражданскими судами, и что, во вторыхъ, къ этимъ дѣламъ должно примѣняться общее гражданское право ⁴⁾. Получилось ученіе, что въ дѣлахъ фиска государство подчиняется гражданскому праву и судамъ ⁵⁾.

апелляціонная жалоба на которую въ имперскій судъ предполагалась во всякомъ случаѣ. Поэтому общая привилегія *de non appellando* на эти дѣла распространяться не могла. Майеръ (герм.). Томъ I, стр. 46.

¹⁾ O. Vāh g. Der Rechtsstaat. 1864. Стр. 117—119.

²⁾ Такъ напр. въ нѣкоторыхъ государствахъ по подобнымъ дѣламъ суды постановляли рѣшенія не отъ имени государя, а отъ своего собственного. O. Vāh g. Der Rechtsstaat. 1864. стр. 119, выноска 27.

³⁾ Майеръ (герм.). Томъ I. Стр. 46.

⁴⁾ Само собою разумѣется, что фактъ столь значительной политической и даже общекультурной важности, какъ подчиненіе имущественныхъ дѣлъ казны общему праву, не можетъ всецѣло вызываться такою странною, можно сказать мелкою причиною, какъ подсудность германскихъ фюрстовъ почти безсильнымъ имперскимъ судамъ, и обычаемъ избирать для этихъ процессовъ аустрегалію инстанцію мѣстные гражданскіе суды.

Эта подсудность фиска и его подчиненіе общему гражданскому праву имѣютъ болѣе широкое основаніе; имѣется рядъ причинъ, создавшихъ практическую потребность въ этомъ. На этихъ причинахъ мы остановимся впоследствии. Здѣсь намъ хотѣлось только указать, благодаря какимъ историческимъ условіямъ эта потребность могла получить осуществленіе, и въ какой формѣ это произошло.

⁵⁾ См. по этому поводу: Майеръ (герм.), томъ I. 189. Стр. 47. — Сл. Joh.

За эту идею во времена абсолютнаго полицейскаго государства держались особенно сильно. Полицейское государство германскаго типа, совпавшее со временемъ абсолютной монархіи, строго говоря, не знало другого права, кромѣ права гражданскаго. Никакія другія отношенія, кромѣ гражданскихъ, не пользовались правовою защитою. Въ судѣ, въ гражданскомъ судѣ видѣли единственную „фортецію правды“. Возможно рѣзкое выдѣленіе какихъ либо дѣлъ изъ вѣдѣнія административныхъ установленій и подчиненіе ихъ вѣдѣнію судовъ, а слѣдовательно и гражданскихъ законовъ, было въ то время единственнымъ средствомъ обезпечить въ данныхъ дѣлахъ торжество права, замѣну произвола правомъ ¹⁾).

Вотъ почему въ Германіи въ XVII, въ XVIII вѣкѣ и въ началѣ XIX-го всѣ прогрессивные элементы—коронованные или оппозиціонные, все равно—придаютъ огромное значеніе подсудности государства по имущественнымъ сдѣлкамъ общимъ судамъ, и вотъ почему въ первыхъ конституціяхъ германскихъ государствъ (первая половина XIX вѣка) особенное вниманіе удѣляется гражданской подсудности фиска ²⁾).

Стремленіе подчинить казну общимъ судамъ въ XVII вѣкѣ и въ XVIII несомнѣнно существовало. Но осуществленіе этого стремленія заставляло желать весьма многого. Въ Пруссіи согласно закону 1653 г. иски по поводу государственныхъ имуществъ должны были разсматриваться въ Курмаркѣ административнымъ путемъ, въ Неймаркѣ — судомъ, но при участіи административныхъ чиновниковъ ³⁾).

Ludw. Klüber. Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes. Изд. 1840 г. Стр. 700. 702. — R. v. Mohl. Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg. 2 изд. 1840 г. Томъ III. Стр. 739.—Ernestus de Möller. De jure fisci Borussiae. 1860.

¹⁾ Это господство права въ судахъ не слѣдуетъ впрочемъ преувеличивать. Дѣйствительная неприкосновенность и твердость права была невозможна при наличности въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ неограниченной власти. Власть эта всегда имѣла возможность своимъ приказомъ нарушить любое право, установить для даннаго дѣла специальное отступленіе отъ общаго закона, и по взглядамъ той эпохи такіе приказы были обязательны и для судовъ при разсмотрѣніи ими даннаго дѣла. Ср. Майеръ (герм.). I. Стр. 29 и 39 и выноски на этихъ страницахъ. Но разъ по усмотрѣніи лица, въ дѣлѣ такъ или иначе заинтересованнаго, дѣйствіе закона можетъ быть устраниено, то можно говорить о твердости власти, а не о твердости права.

²⁾ Ср. Напр. H. A. Zachariae. Deutsches Staats- und Bundesrecht 2 изд. 1854 г. Томъ II, стр. 399. — H. Zöpfl. Grundsätze des allgemeinen deutschen Staatsrechts. 4 изд. Т. II. Стр. 712.—Ср. Akta Borussiae. Denkmäler der Preussischen Staatsverwaltung in 18. Jahrhundert. Томъ IV. Часть I. Einleitende Darstellung der Behördenorganisation und allgemeinen Verwaltung in Preussen beim Regierungsantritt Friedrichs II. Von Dr. Heinze. 1901. Стр. 50.

³⁾ G. Schmoller. Ueber Behördenorganisation, Amtswesen und Beamtenthum im Allgemeinen und speziell in Deutschland und Preussen bis zum Jahre 1713. Вводная статья къ I тому Akta Borussiae. Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preussens in 18. Jahrhundert. 1894. Стр. 112. „In den Landtags-

Согласно распоряженію бранденбургскаго курфюрста отъ 1688 г., „камеры“, т. е. административныя учрежденія, разсматривали дѣла по государственнымъ имуществамъ, въ томъ числѣ дѣла не только по разнаго рода поступленіямъ, но даже и по установленію границъ ¹⁾).

Но и въ послѣдующую эпоху, по крайней мѣрѣ въ Пруссіи, относительно которой имѣются наиболѣе обстоятельно разработанныя данныя, дѣло обстояло не лучше. Органы финансоваго управленія и неразрывно связаннаго съ нимъ (въ тогдашней Пруссіи) военнаго управленія, *das Generaldirectorium und die Kammern* ²⁾ вѣдали въ чисто административномъ порядкѣ, въ качествѣ такъ называвшихся *Kammerjustizsachen* ³⁾ цѣлый рядъ дѣлъ, по нашимъ современнымъ понятіямъ чисто судебныхъ ⁴⁾. И эта дѣятельность ихъ отличалась узко фискальнымъ характеромъ ⁵⁾.

И этимъ порядкомъ вѣдались даже такія дѣла, какъ поземельные споры съ казною, *Grenzprozessen mit dem Domänenfiscus*, при чемъ сравнительно съ XVII столѣтіемъ улучшение заключалось въ томъ, что если противною стороною были дворяне, то дѣло разрѣшалось не собственною властью камеры, а смѣшанною комиссіею ⁶⁾.

Такимъ образомъ, требованіе, чтобы имущественныя дѣла казны вѣдались общими гражданскими судами и разрѣшались на твердомъ основаніи гражданскихъ законовъ, еще и въ XVIII вѣкѣ является лишь идеаломъ, отъ котораго дѣйствительность еще весьма сильно отстаетъ.

rezessen von 1653 werden die Streitigkeiten des Kurfürsten mit Adel und Städte, welche das Kammergut betreffen, für Kurmark dem Geheimen Rathe, für die Neumark der dortigen Regierung unter Zuziehung einiger Rätthe der Amtskammer überwiesen“.

¹⁾ См. только что цитированную статью Ш моллера, стр. 112. Камеры должны были вѣдать *causae camerales* nämlich *ratione servitorum, praestationum, contributionum, finium*. Послѣднее по нашимъ современнымъ понятіямъ несомнѣнно должно было бы подлежать вѣдѣнію судовъ.

²⁾ Статья Heinze въ 1 части, VI тома, *Acta Borussiae*. Einleitende Darstellung der Behördenorganisation und allgemeinen Staatsverwaltung in Preussen beim Regierungsantritt Friedrichs II. Стр. 151.

³⁾ Только что цитированная статья Heinze. Стр. 178, 228 и сл.

⁴⁾ Также статья Heinze, стр. 129. „In dem nun aber den Organen der fürstlichen Finanz- und Polizeiverwaltung in allen Delicten und Rechtsstreitigkeiten, die ihre Interessen berührten, die gerichtliche Entscheidung oder wenigstens eine Mitwirkung dabei eingeräumt worden war, wurde ihnen ein grosser Theil der gesammten Rechtsprechung ausgeliefert“. Стр. 230. Когда разсмотрѣніе дѣла не было предоставлено самой „камерѣ“, то образовывались смѣшанныя коллегіи изъ членовъ камеры и суда (Regierung), и эти смѣшанныя коллегіи самымъ суммарнымъ образомъ, безъ судебныхъ гарантій разрѣшали дѣло.

⁵⁾ Та же статья Гейнце. Стр. 230. „Der Geist der Kammerjustiz war ein durchaus fiscalischer“. Король категорично требовалъ, чтобы *in dubio* дѣло рѣшалось про *fisco*. А найти основаніе для сомнѣній вообще не такъ трудно.

⁶⁾ Цитированная статья Гейнце. Стр. 233. Относительно значенія этого процессуальнаго улучшенія, см. выше, выноска 4.

Но идеаль этотъ властно опредѣляетъ направленіе дальнѣйшаго развитія права.

Въ Германіи идеаль этотъ въ настоящее время является до извѣстной степени осуществленнымъ; но было бы совершенною ошибкою предполагать, чтобы съ поконъ вѣковъ гражданская подсудность дѣлъ казны являлась дѣйствующимъ правомъ, или чтобы понятіе о фискѣ, какъ о государствѣ—юридическомъ лицѣ частнаго права, подсудномъ гражданскимъ судамъ, вытекающая изъ самого существа государства вообще, было непосредственно дано самымъ понятіемъ государства.

§ 2. Разборъ германскаго ученія о фискѣ.

Какъ мы видѣли, въ эпоху полицейскаго государства фискъ разсматривался какъ особый субъектъ правъ, юридическое лицо частнаго права, стоящее какъ бы въ положеніи подданнаго.

Употребленное нами выраженіе „юридическое лицо частнаго права“ является до нѣкоторой степени анахронизмомъ: теперь помимо юридическихъ лицъ частнаго права существуютъ также и юридическія лица публичнаго права: государства, общины, самоуправляющіяся единицы вообще. Теперь, говоря о юридическомъ лицѣ, надо указывать, о какомъ именно, публичномъ или частномъ юридическомъ лицѣ идетъ рѣчь.

Въ эпоху полицейскаго государства это было не такъ. Категоріи „юридическія лица публичнаго права“ не существовало. Идея, что государство есть юридическое лицо не только въ частно-правовыхъ, но и въ публичныхъ отношеніяхъ, была чужда возрѣніямъ того времени.

Сближеніе государства съ единымъ лицомъ встрѣчается еще у Гоббса, но въ видѣ философскаго объясненія сущности государства, а отнюдь не какъ юридическая его конструкція. И на сколько намъ извѣстно, эта точка зрѣнія на государство, правда довольно общая и неопредѣленная, и не играющая существенной роли въ построеніяхъ самого Гоббса, и болѣе рѣшительная у Пуффендорфа, не оказала прямого вліянія на юристовъ догматиковъ той эпохи.

Къ тому же этотъ взглядъ на государство, какъ на юридическое лицо, стоялъ въ нѣкоторомъ противорѣчьи съ основнымъ, всѣми тогда раздѣлявшимся, какъ непреложная истина, ученіемъ о происхожденіи государства изъ договора, ибо то положеніе, что договоромъ помимо акта государственной власти можетъ быть создано юридическое лицо, было чуждо взглядамъ того времени. И у такихъ послѣдовательныхъ сторонниковъ договорной теоріи происхожденія государства, какъ напр. у Руссо ¹⁾, мы не находимъ конструкціи государства, какъ юриди-

¹⁾ Коркуновъ. Указъ и законъ. Стр. 94.

ческаго лица: права, которыя теперь разсматриваются какъ принадлежащія отдѣльному отъ народа субъекту—государству,—разсматриваются Руссо, какъ принадлежащія совокупности гражданъ.

Ученіе о государствѣ, какъ личности ¹⁾, было развито въ философскомъ смыслѣ Гегелемъ и главнымъ образомъ Л. ф.-Штейномъ ²⁾, что не мѣшало юристамъ-догматикамъ даже еще и того времени признавать, что понятіе юридическаго лица не можетъ быть примѣняемо къ другимъ отношеніямъ, кромѣ имущественныхъ, и отказываться распространять это понятіе на государство въ его публично-правовыхъ отношеніяхъ.

Конечно, между строкъ, иногда даже помимо сознанія пишущаго, эта конструкція государства проскальзывала у того или другого изъ юристовъ ³⁾, но только ей ни въ XVIII вѣкѣ, ни въ первой половинѣ XIX не придавали значенія.

Первымъ, кто прямо выставилъ положеніе, что государство и въ своихъ публично-правовыхъ отношеніяхъ есть юридическое лицо, былъ Albrecht.

Въ своей рецензій ⁴⁾ на книгу Maugensbrecher'a Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts (1837), проводившую то ученіе, что субъектомъ, собственникомъ всѣхъ правительственныхъ правъ является государь, Albrecht отстаивалъ теорію, согласно которой субъектомъ этихъ правъ должно быть государство, какъ особое публично-правовое юридическое лицо.

На дальнѣйшей судьбѣ этой теоріи мы здѣсь останавливаться не можемъ. Для насъ существенно было лишь указать на сравнительную новизну этой конструкціи государства, на то, что въ эпоху полицейскаго государства, съ конца XVII вѣка по начало XIX-го, этой конструкціи, для насъ теперь столь привычной, кажущейся столь естественной, почти необходимой, тогда не существовало, какъ вообще понятіе юридическаго лица не распространялось на область публичныхъ отношеній, и примѣненіе этого понятія ограничивалось областью отношеній имущественныхъ.

Пониманіе государства, господствовавшее въ эпоху полицейскаго государства, было пониманіе его какъ объекта власти государя, какъ чего-то такого, что какъ единое цѣлое находится въ полномъ его

¹⁾ Что опять таки не то же самое, что юридическая конструкція государства, какъ юридическаго лица.

²⁾ Die vollziehende Gewalt. 1869. Т. I. Стр. 3 и сл.

³⁾ Вообще, вопросъ о юридической конструкціи государства съ его публичной стороны юриспруденціею того времени специально не разрабатывался. Не будетъ преувеличеніемъ сказать, что этимъ вопросомъ тогда и не задавались.

⁴⁾ Помѣщена въ Göttinger Gelehrter Anzeiger, 1837 г. №№ 150, 151, 152. Часть III, стр. 1484—1504, 1508—1515.

обладаніи. Отличіе этой точки зрѣнія отъ той, на которой была основана территориальная *Landeshoheit* временъ дѣйствительной силы Священной Римской Имперіи, въ общихъ чертахъ можетъ быть формулировано слѣдующимъ образомъ: *Landeshoheit* мыслилась какъ совокупность отдѣльныхъ полномочій правительственнаго характера, принадлежащихъ на правѣ собственности данному лицу, при чемъ каждое такое полномочіе является ограниченнымъ и вполне опредѣленнымъ, или по крайней мѣрѣ опредѣлимымъ по своему объему и содержанию; власть государей послѣдующей эпохи мыслится прежде всего какъ сплошная: ей подчинены всѣ обыватели, во всѣхъ отношеніяхъ и на столько, на сколько это въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ государю, единственному субъекту власти, указывается Богомъ и его совѣстью ¹⁾. Какъ и раньше, рядомъ съ государемъ не мыслилось особаго субъекта—государства.

Такимъ образомъ казна, какъ юридическое лицо гражданскаго права, не представлялась и не могла представляться какъ бы частно-правовою стороною государства, какъ юридическаго лица, по существу своему публично-правового; фискъ представлялся какимъ-то особымъ отъ государя и его публично-правовыхъ органовъ (а не особымъ отъ государства) юридическимъ лицомъ ²⁾. Это юридическое лицо раз-

¹⁾ Въ этомъ отношеніи Н. М. Коркуновъ, Указъ и Законъ стр. 105—106, не вполне правъ, считая Мауренбрехера, находившаго, что объектомъ собственности государя являются правительственныя права, *Souverainität*, отклоняющимся отъ средневѣковаго взгляда, согласно которому монархъ былъ собственникомъ самого государства. Собственно, слѣдовало бы сказать наоборотъ: Мауренбрехеръ, въ отличіе отъ тѣхъ юристовъ эпохи полицейскаго государства, которые пришли къ ученію о томъ, что собственностью монарха является самое государство (Мозеръ, Штрубенъ, Биннеръ), возвратился къ средневѣковому взгляду на то, что объектомъ этой собственности (онъ прямо говоритъ *Eigenthum*, стр. 167) являются правительственныя права. — Съ этой точки зрѣнія теорію Макса Зейделя (*Allgemeine Staatslehre*. 1873, стр. 6 и *Bayerisches Staatsrecht*, томъ I, 1887, стр. 352) правильнѣе было относить къ теоріямъ полицейскаго государства, а не къ средневѣковымъ, не къ теоріямъ патримоніальнаго государства, какъ это дѣлаетъ Н. М. Коркуновъ. Указъ и Законъ. Стр. 107.

²⁾ Въ странномъ противорѣчій съ собою стоитъ О. Майеръ. Въ главѣ „*der Polizeistaat*“ онъ говоритъ про фискъ: „*er ist jetzt eine Seite des Staates, aber diese Seite des Staates ist annerkannt und ausgebildet als juristische Person, bevor noch der Staat im übrigen als juristische Person gedacht wurde* (Deutsches Verwaltungsrecht т. I. стр. 48), и затѣмъ на той же страницѣ продолжаетъ: „*dadurch erhalten wir von selbst zwei Rechtssubjekte, in welche der Staat juristisch verlegt ist: einerseits den alten Fiscus... andererseits den eigentlichen Staat, die Staatsherrschaft, die juristische Person des öffentlichen Rechts*“... Вторая фраза ни въ коемъ случаѣ не можетъ относиться къ тому времени, о которомъ трагуетъ та глава, изъ которой приведены эти выдержки, ко времени полицейскаго государства. Да и та цитата, которую Майеръ (выноска 19) подкрѣпляетъ вторую изъ приведенныхъ нами выдержекъ, относится ко второй половинѣ XIX вѣка, т. е. никакъ не къ полицейскому государству (Koch, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts).

сматривается какъ обыкновенный подданный ¹⁾, и какъ таковой, какъ лицо, не причастное къ власти, подчиняется судамъ и стоитъ подъ закономъ въ то время, какъ носитель власти, ея собственникъ, государь, стоитъ надъ закономъ.

Эта конструкція фиска, какъ созданнаго закономъ, отдѣльнаго отъ государя, юридическаго лица, влаждующаго на правѣ частной собственности всѣми государственными имуществами и вступающаго въ интересахъ государства, (т. е. опять таки государя) въ имущественныя сдѣлки съ обывателями, представлялась практически столь удобною, политически (въ смыслѣ средства обезпечить твердость права въ вопросахъ и дѣлахъ, затрагивающихъ имущественные интересы людей) столь цѣнною, что за эту идею старались держаться обѣими руками, не смотря на то, что она вызывала рядъ совершенно неразрѣшимыхъ затрудненій: эти затрудненія на словахъ прекрасно отражались ссылкой, въ дѣйствительности неправильною, на непререкаемый авторитетъ римскаго права.

Первое и основное затрудненіе, создаваемое теоріей фиска, сводится къ необходимости установить раздѣленіе дѣлъ административныхъ и гражданскихъ. Такъ какъ теорія фиска находила, что нѣкоторыя дѣла по самому существу своему должны подлежать судебному разсмотрѣнію, и что другія дѣла опять таки по самому существу должны быть разрѣшаемы административно, то возникалъ вопросъ, въ чемъ же состоитъ принципиальное различіе судебныхъ (гражданскихъ) и административныхъ дѣлъ.

Но въ такой постановкѣ вопроса, единственно возможной съ точки зрѣнія теоріи фиска, вопросъ о разграниченіи дѣлъ судебныхъ и административныхъ вовсе не могъ получить отвѣта. Въ дѣйствительности въ законодательствѣ всѣхъ государствъ распредѣленіе дѣлъ между судами и администраціею носить до крайности разнообразный и отчасти даже случайный характеръ, обусловливаясь отчасти историческими переживаніями, отчасти соображеніями цѣлесообразности, отчасти случайными постановленіями законовъ. Свести всю пестроту этихъ постановленій къ какимъ либо общимъ, принципиальнымъ положеніямъ дѣйствительно невозможно. И вся поистинѣ необъятная германская литература по этому вопросу не пришла ни къ какимъ положительнымъ результатамъ ²⁾.

¹⁾ О. Майеръ (герм.). Томъ I, стр. 47—52.

²⁾ Списокъ наиболѣе выдающихся старыхъ работъ по этому вопросу можно найти у Н. А. Zachariae. Deutsches Staats- und Bundesrecht. II. 1854 г. Стр. 86—88.—Обзоръ болѣе новыхъ теорій даетъ G. Prazak. Die prinzipielle Abgränzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, въ Archiv für öffentliches Recht. Томъ IV. Стр. 241 и сл.—Обзоръ нѣкоторыхъ теорій можно найти у Н. М. Коркунова, въ лекціяхъ по общей теоріи права, 1898, стр. 165—177, а также (впрочемъ со спеціальной точки зрѣнія) у него же въ статьѣ Очеркъ теоріи административной юстиціи, Сборникъ статей, стр. 167—218.

Найти тотъ признакъ, въ силу котораго данное казенное дѣло должно быть подсудно, въ качествѣ дѣла, по существу своему гражданскаго, общимъ судамъ, или тотъ признакъ, въ силу котораго дѣло судамъ подсудно быть не можетъ, германской юридической литературѣ не удалось.

А если этого признака нѣтъ, то теорія фиска теряетъ всякую почву подъ ногами. Если принципиальнаго разграниченія дѣлъ гражданскихъ и административныхъ указать нельзя, то нельзя утверждать и того, что государство какъ фискъ, и государство, какъ административная власть, по существу своему раздѣльны другъ отъ друга и должны жить по различнымъ законамъ.

Вторымъ затрудненіемъ, создаваемымъ этою теоріей, было расщепленіе государства на двѣ части, изъ которыхъ каждая жила по своимъ законамъ, каждая имѣла своимъ носителемъ, своимъ субъектомъ особое (физическое или юридическое) лицо.

Но такая раздѣльность на практикѣ сколько нибудь послѣдовательно проведена быть не могла. Публичныя правоотношенія сплошь да рядомъ представляютъ также и имущественную сторону, которая не можетъ быть выдѣлена въ особую сдѣлку. Чтобы такъ или иначе спасти раздѣльность субъектовъ публичнаго и частнаго правоотношенія, прибѣгали къ цѣлому ряду фикцій. Говорили, что когда государство производитъ принудительное отчужденіе, то въ то же время возлагаетъ на фискъ обязанность вознаградить собственника; когда чиновникъ назначается на должность, то фискъ заключаетъ съ нимъ гражданскій (по нѣмецкимъ воззрѣніямъ) договоръ о производствѣ ему извѣстнаго содержанія; государство постановляетъ о возвратѣ излишне взысканныхъ пошлинъ, на фискъ въ силу этого возлагается обязательство изъ *condictio indebiti* ¹⁾.

Затѣмъ германская юридическая наука запуталась въ слѣдующемъ вопросѣ, изъ котораго, если стоять на охарактеризованномъ нами ученіи о фискѣ, дѣйствительно нѣтъ разумнаго выхода: вопросъ этотъ заключается въ томъ, долженъ ли фискъ быть признанъ особымъ юридическимъ лицомъ, или же это то же самое лицо, что и государство вообще. Съ точки зрѣнія старой теоріи полицейскаго государства отвѣтъ былъ ясенъ: юридическое положеніе фиска по самому существу своему отлично отъ положенія государя, — слѣдовательно фискъ есть отдѣльное, обособленное отъ него юридическое лицо.

Позднѣйшіе германскіе юристы въ этомъ вопросѣ безпомощно разбрелись въ разныя стороны. Говоримъ „безпомощно“, потому что у нихъ ни для подкрѣпленія того взгляда, что фискъ и государство одно лицо, ни для подкрѣпленія взгляда противоположнаго не имѣется

¹⁾ Майеръ (герм.). Томъ I, стр. 51—52.

никакихъ доводовъ, дѣло ограничивается тѣмъ, что тотъ или другой взглядъ высказывается болѣе или менѣе категорично и затѣмъ ставится точка.

Какъ на сторонниковъ того взгляда, что фискъ, какъ государство въ частно-правовыхъ отношеніяхъ, и государство въ его публично-правовыхъ отношеніяхъ суть два разныхъ субъекта, можно указать на Коха ²⁾, Штоббе ³⁾, Эвельта ⁴⁾, Гербера ⁵⁾, Ренне ⁶⁾, Примкера ⁷⁾ и Гирке ⁸⁾.

Дальнѣйшее умноженіе этихъ цитатъ, которое могло бы идти довольно далеко, какъ намъ кажется, не представляетъ интереса.

Какъ на сторонниковъ обратнаго мнѣнія, а именно, что государство, какъ субъектъ частно-правовыхъ отношеній, какъ фискъ, и государство, какъ публичная власть, есть одно и то же юридическое лицо, можно указать на Генеля ⁹⁾, Цöpfля ¹⁰⁾, Цорна ¹¹⁾, Георга Мейера ¹²⁾, Отто Майера ¹³⁾, Ваха ¹⁴⁾, Лабанда ¹⁵⁾, Брокгауза ¹⁶⁾, Гольцендорфа ¹⁷⁾, Ееллинека ¹⁸⁾, Бэра ¹⁹⁾ Арндта ²⁰⁾ и мн. др.

Этотъ споръ, какъ мы уже сказали, ведется нѣмцами по схемѣ „стрижено — брито“ ²¹⁾ и можетъ представлять извѣстный интересъ

²⁾ Koch. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. I. Стр. 170.

³⁾ Stobbe. Deutsches Privatrecht... III. Стр. 398—399.

⁴⁾ Evelt. Die Kirche und ihre Institute auf dem Gebiete des Vermögensrechts. 1845. Стр. 30.

⁵⁾ Gerber. Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts.

⁶⁾ Rönne. Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie. III. 1883. Стр. 583.

⁷⁾ Primker, въ Verhandlungen des IX deutschen Juristentags. Томъ III. Стр. 27 и сл., стр. 340 и сл.

⁸⁾ Гирке, томъ III, стр. 117—118.

⁹⁾ A. Hänel. Deutsches Staatsrecht. I. 1892. Стр. 364.—Studien zum deutschen Staatsrechte. I. 1873. Стр. 33 и 242.

¹⁰⁾ Zöpl. Grundzüge des deutschen Staatsrechts. V изданіе, томъ II, стр. 695.

¹¹⁾ Zorn. Reichsstaatsrecht. I изданіе. Томъ II, стр. 220.

¹²⁾ Georg Meyer. Verwaltungsrecht. Изд. II, томъ II, стр. 177.

¹³⁾ Otto Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. 1896, томъ I, стр.

¹⁴⁾ Wach. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Томъ I. 1885. Стр. 4.

¹⁵⁾ Laband. Finanzrecht des deutschen Reichs, въ Annalen des Deutschen Reichs. 1875 г. Стр. 405 и сл. и Das Deutsche Staatsrecht, томъ II, 1895, стр. 839.

¹⁶⁾ Brockhaus, статья „Fiscus der Einzelstaaten“ въ Wörterbuch des Verwaltungsrechts Stengel'я.

¹⁷⁾ Holtzendorf, статья „Fiscusrecht“ въ его же Rechtslexicon.

¹⁸⁾ Jellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892. Стр. 56.

¹⁹⁾ Otto Bähr. Der Rechtsstaat. 1864. Стр. 55.

²⁰⁾ Arndt. Staatsrecht des deutschen Reichs. 1901. Стр. 648.

²¹⁾ Ученіе о раздѣльности субъектовъ государства и фиска получило нѣкоторую мотивировку единственно у Гирке, считавшаго, что государство, какъ власть, есть корпорація, а какъ фискъ—учрежденіе. (Гирке. Томъ III, стр. 117—118). Но врядь ли кто признаетъ это соображеніе особо убѣдительнымъ: вопросъ о

лишь какъ примѣръ людской привязанности къ идеямъ, нѣкогда сослужившимъ извѣстную службу, привязанности, которая нерѣдко надолго безцѣльно связывается съ этими идеями и послѣ того, какъ въ данной службѣ утратилась всякая нужда. Этотъ споръ можетъ служить примѣромъ неумѣнія отрѣшиться отъ понятій, нѣкогда цѣнныхъ, но которымъ нѣтъ мѣста при измѣнившихся представленіяхъ.

Идея фиска, какъ особаго юридическаго лица, могла представлять извѣстную цѣну, когда нужно было объяснить фактъ подчиненія неограниченнаго государя гражданскимъ законамъ и судамъ; тогда и говорили, что подчиненъ закону и подсуденъ судамъ не государь, а особое юридическое лицо—фискъ.

Ни въ какой подобной фикціи мы теперь, при современномъ нашемъ представленіи государства не нуждаемся для объясненія того факта, что нѣкоторыя дѣла государственнаго управленія разрѣшаются административными государственными учрежденіями, а другія дѣла—другими государственными учрежденіями—судами.

Несомнѣнно, что раздѣльность субъектовъ государства и фиска, вообще никогда ни въ чемъ во внѣ не выражающаяся, противорѣчитъ тому единству, которое положено въ основу современнаго понятія государства. Современное государственное право не можетъ не отказать отъ фикціи раздѣльности субъектовъ государства и фиска.

Но въ такомъ случаѣ все ученіе о фискѣ теряетъ всякій практической и политической интересъ: оно сводится къ ничему не говорящей тавтологіи, что въ тѣхъ дѣлахъ, которыя регулируются гражданскимъ правомъ и подсудны гражданскимъ судамъ, компететнымъ государственнымъ учрежденіемъ являются суды, разрѣшающіе эти дѣла на основаніи гражданскихъ законовъ.

Однако разложеніе ученія о фискѣ на этомъ не остановилось и остановиться не могло. Разъ что ученіе о фискѣ перестало служить той политической цѣли, ради которой его первоначально держались, а именно перестало служить средствомъ обосновать и сдѣлать возможною подсудность нѣкоторыхъ дѣлъ управленія гражданскимъ судамъ, не замедлилъ сказаться протестъ и противъ другой непоследовательности ученія о фискѣ: противъ выдѣленія въ особую группу (фискъ) тѣхъ имущественныхъ дѣлъ управленія, которыя подсудны гражданскимъ судамъ. Такая конструкція оставляла гдѣ то въ

томъ, корпорація ли государство, или учрежденіе, или даже какой либо особый видъ юридическаго лица,—по крайней мѣрѣ вопросъ открытый. Ср. Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. 1840. Zweyter Band. Стр. 245.—Vauthier. Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 265, 273.—Суворовъ. О юридическихъ лицахъ по римскому праву 1892. Стр. 84, вын. 192.—Да и самъ Гирке въ позднѣйшихъ своихъ работахъ отъ этой двойственности субъектовъ государства и фиска категорично отказался. Deutsches Privatrecht. I. 1895. Стр. 476.

пространствѣ тѣ имущественныя правоотношенія государства, которыя имѣють публично-правовую основу и не подсудны гражданскимъ судамъ.

Если субъектомъ имущественныхъ гражданскихъ правъ государства являлся фискъ, то кто же являлся субъектомъ имущественныхъ правъ публичнаго характера?

Какойнибудь субъектъ у нихъ долженъ же быть.

Отыскать этого субъекта было дѣломъ и труднымъ, и въ достаточной мѣрѣ неблагоприятнымъ. Но если бы даже его и удалось найти, то въ виду того, что даже въ государствахъ одной Германіи раздѣленіе имущественныхъ вопросовъ управленія, подсудныхъ гражданскимъ судамъ, отъ вопросовъ такого же имущественнаго характера, разрѣшаемыхъ административными учрежденіями, представляло и представляетъ до крайности пеструю картину,—оказалось бы рѣшительно невозможнымъ провести какую бы то ни было принципиальную границу между этимъ новымъ субъектомъ и фискомъ. Къ тому же такое расщепленіе государства на разные субъекты,—одинъ для имущественныхъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ такимъ то учрежденіямъ, другой для такихъ же дѣлъ, подвѣдомственныхъ другимъ учрежденіямъ,—противорѣчило бы современнымъ представленіямъ о государственномъ единствѣ и не имѣло бы при этомъ въ свою пользу ни тѣни разумнаго основанія.

Въ то время, какъ многіе германскіе юристы считаютъ фискъ субъектомъ однихъ только имущественныхъ правъ гражданскаго, частнаго характера ¹⁾, цѣлый рядъ выдающихся юристовъ подъ терминомъ фискъ понимаетъ государство, какъ субъекта всѣхъ вообще имущественныхъ правъ, каковъ бы ни былъ ихъ юридическій титулъ—частно-правовой или публичный ²⁾.

Это послѣднее направленіе, родоначальникомъ котораго считаютъ Цахаріэ ³⁾, и къ которому нынѣ примыкають болѣе передовые, прогрессивные представители германской науки, является един-

¹⁾ Таковы мнѣнія Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts. 1845. Стр. 355.—H. Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1881. Томъ I, стр. 576.—Ph. Zorn, Reichsstaatsrecht. I изд., томъ II, стр. 220 и статья во II томѣ Verwaltungsarchiv Schulzenstein'a, стр. 80, вын. 14.—Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs, томъ II, 1895, стр. 801.—V. Stengel, статья въ Annalen des deutschen Reichs. 1901. Стр. 587.—Ленингъ, стр. 54.—O. Bähg, Der Rechtsstaat. 1864 стр. 55 и др.

²⁾ Wachs, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. 1885. Стр. 4.—Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892. Стр. 56.—Hanel, Deutsches Staatsrecht. Томъ I, 1892, стр. 364, вын. 10.—Gaurp, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, въ коллекціи Marquardsen, 1895, стр. 193.

³⁾ Deutsches Staats-und-Bundesrecht. 3 изд., томъ II, стр. 402—403.

ственнымъ разрѣшеніемъ вопроса, устраняющимъ странное различіе субъектовъ имущественныхъ правъ государства, смотря по тому, какимъ учрежденіямъ подвѣдомственны отношенія, возникающія на почвѣ даннаго права.

Но если это такъ,—если для того, чтобы быть послѣдовательнымъ и не устанавливать различія субъектовъ права тамъ, гдѣ этого различія въ дѣйствительности не существуетъ, понятіе фиска пришлось свести къ понятію государства, какъ субъекта имущественныхъ правъ вообще, и публичныхъ, и частныхъ,—то ученіе о фискѣ окончательно теряетъ не только теоретическій, научный, но и практический интересъ.

Оно утрачиваетъ всякій теоретическій интересъ, такъ какъ ни одно теоретическое построеніе, ни одна государственно-правовая теорія или конструкція ни на грошъ не выиграетъ ни въ ясности, ни въ глубинѣ, если мы, считая государство субъектомъ разныхъ принадлежащихъ ему правъ, будемъ то же самое государство, какъ субъекта права одной какой-либо категоріи, называть какимъ-либо особымъ именемъ—фискомъ ¹⁾.

Политическое значеніе понятіе фиска утратило потому, что если теперь мы признаемъ фискомъ государство, какъ субъектъ имущественныхъ правъ и гражданскаго, и публичнаго характера, то на фискальный характеръ даннаго правоотношенія уже нельзя ссылаться въ обоснованіе требованія подсудности этого отношенія гражданскимъ судамъ.

Прежде, когда вѣрили, что фискъ по самому существу своему долженъ быть подчиненъ гражданскому праву и общимъ судамъ, признаніе фиска субъектомъ даннаго правоотношенія могло служить основаніемъ для требованія гражданской подсудности.

Теперь, когда фискъ признается субъектомъ и тѣхъ имущественныхъ публично-правовыхъ отношеній, которыя вѣдаются и должны вѣдаться административнымъ путемъ, и тѣхъ гражданскихъ правоотношеній государства, которыя подсудны общимъ судамъ,—ссылка на то, что субъектомъ даннаго правоотношенія является фискъ, ничего не говоритъ въ пользу судебной компетенціи.

И утрата понятіемъ фиска всякой практической и теоретической

¹⁾ Прежде теоретическое значеніе фиска было весьма значительнымъ: государство вообще не признавалось субъектомъ правъ (публичнаго характера), субъектомъ ихъ считался государь. Для того, чтобы создать какого нибудь субъекта на ряду съ государемъ, иначе говоря, для того, чтобы признать субъектомъ правъ и самое государство вообще, его олицетворили въ фискѣ. Когда теперь государство вообще признано субъектомъ всякаго рода правъ, никто не мѣшаетъ ему быть и субъектомъ правъ имущественныхъ или въ частности гражданскихъ правъ имущественнаго характера.

цѣнности повидимому сознается и въ современной германской наукѣ. По крайней мѣрѣ въ современныхъ курсахъ государственнаго и административнаго права вопросу о фискѣ или вовсе не оказывается мѣста, или же ему удѣляется нѣсколько безсодержательныхъ фразъ.

Согласно все болѣе и болѣе распространяющемуся мнѣнію, вопросъ, предоставить ли то или другое дѣло вѣдѣнію судовъ или административныхъ учреждений, есть вопросъ, при разрѣшеніи котораго надо исходить изъ практическихъ соображеній, изъ того, въ какомъ именно учрежденіи при разсмотрѣніи дѣла имѣются большія гарантіи правильнаго и законмѣрнаго разрѣшенія дѣла, но никакъ не изъ требованій юридической природы фиска ¹⁾.

Такимъ образомъ, въ самой Германіи, на родинѣ классическаго ученія о фискѣ, какъ о субъектѣ имущественныхъ правоотношеній государства, о субъектѣ, который по самой природѣ своей подчиненъ дѣйствію гражданскаго права,—ученіе это окончательно вывѣтрилось ²⁾.

Но разложеніе ученія о фискѣ, какъ объ особомъ отъ государства юридическомъ лицѣ гражданскаго права, сопровождалось въ Германіи неукоснительнымъ дальнѣйшимъ подчиненіемъ казны общему гражданскому праву и общимъ судамъ.

Каждая прогрессивная эпоха,—эпоха первыхъ конституцій (отъ 1814 г.), затѣмъ 1848 г., наконецъ эпоха созданія Сѣверо-Германскаго Союза и Германской Имперіи,—неизмѣнно сопровождалась отмѣною какихъ либо фискальныхъ привилегій, дальнѣйшимъ расширеніемъ компетенціи гражданскихъ судовъ.

Это кажущееся противорѣчіе объясняется весьма просто.

Та или другая юридическая фикція можетъ служить формулой, посредствомъ которой извѣстное правовое явленіе, кажущееся намъ находящимся въ противорѣчьи съ общими началами права или съ какими либо фактами, такъ или иначе съ ними примиряется. Но никакая юридическая фикція не можетъ служить причиною, вызывающею то или другое правовое явленіе.

И если въ имущественныхъ отношеніяхъ государства къ подданнымъ устанавливался тотъ или другой порядокъ, то порядокъ этотъ

¹⁾ Rosin. Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, въ Annalen des Deutschen Reichs. 1883 г. Стр. 297. „Und die Frage, ob und inwieweit der Staat sich der Mittel des Privatrechts bedient, bestimmt sich wiederum nach dem Staatszweck und der wechselnden Auffassung über die beste Art der Erreichung desselben“.

²⁾ Что на судѣ, при приобрѣтеніи и осуществленіи правъ фиска можетъ разсматриваться какъ юридическое лицо, это стоитъ внѣ сомнѣнія.

Утратило авторитетъ то ученіе, что фискъ есть отдѣльное отъ государства юридическое лицо, со своеобразною юридическою природою, по существу своему отличающееся отъ юридической природы государства и предъявляющее законодателю рядъ категорическихъ требованій.

обусловливался прежде всего известными практическими соображениями, но никакъ не выдуманною къмъ либо и къмъ либо повторенною фикціей.

Не потому казна была подсудна гражданскимъ судамъ, что существовало ученіе объ особомъ отъ государства юридическомъ лицѣ, которое по самой природѣ своей должно быть подсудно именно этимъ судамъ. Наоборотъ, цѣлый рядъ практическихъ потребностей во всѣ времена заставлялъ государственную власть стремиться устранять въ этихъ дѣлахъ произволъ административныхъ чиновниковъ и давать этимъ правамъ достаточную охрану.

Изъ этихъ потребностей прежде всего можно указать на потребность самого государства внушить своимъ контрагентамъ увѣренность въ томъ, что ихъ права и интересы получаютъ достаточную охрану. Когда государство является на общемъ рынкѣ покупщикомъ, пожалуй еще больше, когда оно является продавцомъ, оно дѣйствительно подпадаетъ подъ известную зависимость отъ своихъ контрагентовъ: то, что они платятъ государству, то, что они берутъ съ государства за поставляемые ему предметы, зависитъ не только отъ одного односторонняго усмотрѣнія государства.

Если контрагенты казны будутъ считать возможнымъ, что условленная цѣна имъ подъ какимъ либо предлогомъ будетъ недоплочена, то всякій будетъ, вступая въ договоры съ казною, заранее учитывать эту возможность и будетъ вознаграждать себя соотвѣтствующею надбавкою цѣны, и такимъ образомъ для казны создастся необходимость постоянныхъ переплатъ.

Когда государство продаетъ, то для того, чтобы ему давали хорошую цѣну, оно должно предоставить своимъ контрагентамъ достаточныя гарантіи качества, количества и своевременной доставки проданнаго. Государство, для того, чтобы получать цѣну, не меньшую той, какую получаютъ другіе продавцы того же товара, должно предоставить своимъ покупателямъ тѣ же гарантіи, какими пользуются и частныя лица въ своихъ отношеніяхъ между собою.

На случай, если между казною и ея покупателемъ возникнетъ споръ, надо, чтобы этотъ споръ разрѣшался тѣмъ же матерьяльнымъ правомъ, что и аналогичный споръ, который у того же покупателя могъ бы возникнуть съ любымъ другимъ его контрагентомъ—частнымъ человекомъ.

Надо, далѣе, чтобы этотъ споръ разрѣшался не тѣмъ агентомъ государя, который заключилъ данную сдѣлку, давшую поводъ къ спору, а третьимъ лицомъ, лучше всего тѣмъ учрежденіемъ, которое разбираетъ подобные же споры между частными лицами.

Правительство почти всегда имѣетъ фактическую возможность ради тѣхъ или другихъ своихъ интересовъ пренебречь тѣмъ или дру-

гимъ правомъ обывателя, нарушить это право. Но это пренебреженіе правами обывателя имѣетъ свою естественную, хотя и довольно неуловимую границу. Правительство можетъ безнаказанно нарушать такія права обывателей, которыми тѣ или не слишкомъ дорожатъ матерьяльно, или,—что самое существенное,—недостаточно понимаютъ ихъ именно какъ права свои. Въ противномъ случаѣ правительство можетъ возбудить противъ себя слишкомъ серьезное недовольство и слишкомъ уронить свой нравственный авторитетъ, что для него далеко не всегда безопасно.

Что касается имущественныхъ отношеній казны, то тутъ германскіе фюрсты имѣли передъ собою такого рода имущественныя права обывателей, которыми тѣ не могли матерьяльно не дорожить, и которыхъ они не могли не созавать именно какъ права свои.

Это должно было заставлять всякаго рода германскихъ государей относиться въ своихъ имущественныхъ сдѣлкахъ со своими подданными съ подобающимъ вниманіемъ къ ихъ правамъ.

Вотъ нѣкоторыя изъ тѣхъ реальныхъ потребностей, которыя вызвали подсудность казны общимъ судамъ и подчиненіе ея общему праву.

Самое же ученіе о фискѣ, какъ о частно правовомъ юридическомъ лицѣ, можно разсматривать лишь какъ попытку объяснить подсудность общимъ судамъ дѣлъ управленія.

Подсудность эта представляла для юридической мысли той эпохи слѣдующія затрудненія.

Во первыхъ, какъ мы уже указывали, по воззрѣніямъ той эпохи (полицейскаго государства) всѣ правительственныя права представлялись принадлежащими самому государю, и такимъ образомъ субъектомъ каждаго правоотношенія, въ которомъ по нашимъ представленіямъ стороною является государство, для нихъ являлся самъ государь. Поэтому вопросъ о подчиненіи даннаго правоотношенія общему закону и о подсудности его общимъ судамъ долженъ былъ разсматриваться, какъ вопросъ о подчиненіи закону и подсудности суду самого государя. А такъ какъ государь по воззрѣніямъ той эпохи стоялъ выше закона и суда, то для примиренія этого противорѣчія между положеніями неправильной юридической конструкціи и реальными требованіями жизни оказалось необходимымъ прибѣгнуть къ фикціи казны, какъ особаго юридическаго лица, подчиненнаго закону и подсуднаго общимъ судамъ.

Во вторыхъ, не малымъ затрудненіемъ для подсудности мѣстныхъ фюрстовъ гражданскимъ судамъ составляла всегда сохранявшаяся въ Германіи рознь, двойственность королевскаго и народнаго суда ¹⁾, со-

¹⁾ Ср. напр. Е е л л и н е к ъ. Право современнаго государства. Русскій переводъ Гессена и Шалланда. 1903, стр. 209.

хранившаяся даже еще и въ то время, когда государственная власть значительно усилилась.

Гражданское право и гражданскій судъ неукоснительно продолжаютъ разсматриваться, какъ нѣчто стоящее дѣйствительно внѣ власти мѣстнаго фюрста, и даже внѣ власти короля полицейскаго государства. Подчиненіе короля гражданскому праву, подсудность его гражданскому суду разсматриваются, какъ подчиненіе его какой то посторонней ему власти внутри того же самого государства. Подобная ненормальность могла быть объясняема только тѣмъ, что подчиняется не государь, а какое то другое лицо.

Наконецъ, гражданская подсудность дѣлъ казны должна была представляться чѣмъ то весьма удивительнымъ, даже неестественнымъ еще и потому, что административныя учрежденія, организуемые и направляемые по своему произволу, казались его вѣрными слугами, тогда какъ суды нерѣдко принимали характеръ учреждений, готовыхъ скорѣе отстаивать интересы, противоположные интересамъ князя ¹⁾. Поэтому разсматриваемая подсудность должна была казаться чѣмъ то для государя весьма невыгоднымъ и неудобнымъ ²⁾. И въ то время не приходило въ голову искать объясненій гражданской подсудности фиска въ соображеніяхъ удобства или цѣлесообразности. Эту подсудность считали необходимымъ выводить изъ какихъ либо общихъ соображеній теоретическаго характера.

Поэтому такъ и держались за ученіе о фискѣ, какъ за единственное средство объяснить гражданскую подсудность казны.

Само собою разумѣется, что когда это ученіе о фискѣ окончательно выработалось, то оно, какъ всякая распространенная въ массахъ политическая идея, стало вполнѣ реальною политическою силою, и дальнѣйшее постепенное расширеніе гражданской подсудности на такія области, въ которыхъ прежде господствовало административное усмотрѣніе, а равно и распространеніе гражданской подсудности на дѣла

¹⁾ G. Schmöller. Ueber Behördenorganisation, Amtswesen und Beamtenthum im Allgemeinen und speciell in Deutschland und Preussen bis zum Jahre 1713. Введеніе къ I тому Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preussens in 18. Jahrhundert. 1894. Стр. 109 и 111.

²⁾ Но само собою разумѣется, что эта невыгодность не представляла для тогдашняго государя никакой реальной опасности: сколь ни тянули тогдашніе суды въ сторону сословій, они конечно не посмѣли бы поставить противозаконнаго рѣшенія противъ государя. Самое большее, что они не всегда слѣдовали дѣйствовавшему тогда въ Германіи принципу *in dubio pro fisco*.

Но если вообще и нельзя было отрицать возможности разрѣшенія отдѣльнаго дѣла къ невыгодѣ казны, то въ общемъ отъ этого интересы и авторитетъ власти выигрывали на столько, что объ этомъ отдѣльномъ дѣлѣ можно было и не печалиться.

фиска въ другихъ государствахъ (въ томъ числѣ и въ Россіи) совершилось во всякомъ случаѣ не безъ прямого вліянія этой идеи.

Тѣмъ не менѣе намъ кажется, что, такъ сказать, въ первую голову расширеніе гражданской подсудности казны и дальнѣйшее подчиненіе ея гражданскому праву должно объясняться именно практическими потребностями, при чемъ самое ученіе о фискѣ давало лишь готовую формулу для удовлетворенія этой потребности.

При этомъ гражданская подсудность фиска все время является уступкою со стороны фюрстовъ; она отвѣчаетъ запросамъ и интересамъ обывателей, и фюрсты оказались вынуждены пойти навстрѣчу этимъ запросамъ. Рѣшительно ничто не указываетъ на то, чтобы эта подсудность устанавливалась въ интересахъ правительства, или чтобы она требовалась самимъ существомъ дѣла, чтобы правительства находили для себя какое либо неудобство въ административномъ разрѣшеніи этихъ дѣлъ.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Казна во Франціи.

§ 1. Дореформенная эпоха.

Въ дореформенной Франціи понятіе фиска, какъ государства, подчиняющагося въ имущественныхъ отношеніяхъ общему гражданскому праву и подсуднаго общимъ судамъ, вовсе не выработалось.

Основною причиною, препятствовавшей выясненію понятія фиска, какъ понятія прежде всего процессуальнаго, въ которомъ элементъ матерьяльнаго гражданского права обыкновенно является логически и исторически элементомъ вторымъ, была свойственная старому французскому праву неясность понятій и суда, и администраціи. П. Ардашевъ, приведя слова Авенеля, что во Франціи до Ришелье быть судьей значило въ то же время быть администраторомъ и почти законодателемъ, замѣчаетъ, что положеніе „это не теряетъ силы и относительно эпохи послѣ Ришелье“ ¹⁾: парламенты вѣдали не только l'administration de la justice, но и l'administration des finances и de la police générale, подъ которую подводили самые разнообразныя вопросы. Подъ предлогомъ общей полиціи, по словамъ Ардашева ²⁾, парламенты, по существу или по преимуществу судебныя учрежденія, издають обязательныя постановленія для содержателей голубятенъ, постановленія по дорожной и рыночной полиціи, по борьбѣ со скотскими падежами, устанавливають правила для облавъ на волковъ, запрещаютъ косить рожь косами, требуютъ трехпольной системы, устанавливають таксы для наемныхъ жнецовъ и издають рядъ подобныхъ постановленій, по нашимъ понятіямъ, безусловно выходящихъ за предѣлы компетенціи судебной власти.

Съ другой стороны, интендантъ, по нашимъ представленіямъ преимущественно административный чиновникъ, „съ неменьшимъ правомъ съ своей точки зрѣнія считалъ себя въ качествѣ интенданта юстиціи, полиціи и финансовъ хозяиномъ не только въ области соб-

¹⁾ П. Ардашевъ. Стр. 447, выноска I.

²⁾ То же стр. 452—458.

ственно администраціи, но также и въ области суда¹⁾. И на дѣлѣ интендантъ постоянно являлся въ роли судьи, то уголовного²⁾, то по нашимъ понятіямъ гражданскаго, и чисто судебныя его полномочія были весьма широки и обнаруживали тенденцію къ дальнѣйшему расширенію.

Что касается всякаго рода специальныхъ учрежденій, какъ высшихъ, *cours supérieures, cours souveraines* (въ родѣ *chambres des comptes, cours des aides, cours des monnaies*) такъ и низшихъ, *justices ordinaires* (всякихъ *baillages, présidiaux, sénéchaussées* и т. п.), то компетенціи ихъ, вообще до сихъ поръ мало выясненныя французскими историками³⁾, во всякомъ случаѣ не представляли раздѣленія власти судебной и административной.

Основной принципъ, который проводился при опредѣленіи компетенціи учреждений того времени, былъ прямо несомѣстимъ съ началомъ раздѣленія властей судебной и административной.

Принципъ этотъ состоялъ въ томъ, что всякое учреждение, вѣдавшее данную отрасль управленія, вѣдало также и всѣ дѣла судебного характера, которыя такъ или иначе возникали по поводу дѣлъ, составлявшихъ непосредственную компетенцію этого учреждения⁴⁾: такъ напр. *la cour des aides*, вѣдавшая взиманіе косвенныхъ налоговъ, вмѣстѣ съ тѣмъ судила и чиновниковъ своего вѣдомства (мѣстные органы, сборщиковъ и т. п.), и тѣ преступленія, жертвами которыхъ являлись эти чиновники, при чемъ могла приговаривать къ наказаніямъ до отсѣченія членовъ и смертной казни включительно⁵⁾; такую же уголовною, а при случаѣ и гражданскою юрисдикцію по всѣмъ дѣламъ, возникавшимъ на почвѣ раскладки и взиманія налоговъ, обладали и мѣстные финансовыя органы⁶⁾, такъ

¹⁾ Ардашевъ, стр. 460. Официальный титулъ интендантовъ былъ: *intendant de justice, police et finances et commissaire départi*.

²⁾ При этомъ ему нерѣдко, въ особенности по дѣламъ объ общественной безопасности, предоставлялось право судить *souverainement et en dernier ressort*, т. е. безъ права апелляціи на приговоры интенданта въ королевскій совѣтъ. Ардашевъ, стр. 578, выноска 3.

³⁾ Ардашевъ, стр. 474.

⁴⁾ „Въ силу того начала, діаметрально противоположнаго современному принципу раздѣленія администраціи и суда, того начала, въ силу котораго при старомъ порядкѣ „всякій судья (госп. администраторъ) имѣетъ исключительное право вѣдать тяжбы, возникающія на почвѣ исполненія его (судебныхъ) приговоровъ и (административныхъ) распоряженій“ интендантъ съ полнымъ правомъ смотритъ на себя какъ на естественнаго судью своихъ управляемыхъ“. Ардашевъ, стр. 565.— „*Leur juge naturel en administration*“, тамъ же, выноска 2.—Относительно компетенціи счетной палаты, *la chambre des comptes*, см. Дарестъ, стр. 16—17.

⁵⁾ Дарестъ, стр. 36.

⁶⁾ Ардашевъ, стр. 488. Дарестъ, стр. 41.

называемыя „выборныя коллегіи“ ¹⁾), производившія раскладку косвенныхъ налоговъ.

Когда королевскій совѣтъ возлагалъ на интенданта исполненіе какого либо своего постановленія, то совѣтъ „объявлялъ интенданта... судьей либо во всѣхъ тяжбахъ, имѣвшихъ возникнуть на почвѣ приведенія въ исполненіе того или другого регламента или постановленія совѣта, либо во всѣхъ дѣлахъ, имѣющихъ отношеніе къ извѣстной отрасли управленія“ ²⁾; по словамъ Токквилля, интендантъ являлся судьей въ дѣлахъ, связанныхъ съ администраціею такими нитями, что ихъ и разсмотрѣть было трудно, и даже въ такихъ дѣлахъ, относительно которыхъ было очевидно, что они съ администраціею вовсе не связаны.

Вторымъ условіемъ, существенно препятствовавшимъ созданію общегражданской подсудности фиска, было во Франціи то начало, что всѣ дѣла, такъ или иначе касавшіяся короля, его доменовъ или его доходовъ разсматривались имъ самимъ или его совѣтомъ.

Собственно это и не было нарушеніемъ принципа гражданской подсудности этихъ дѣлъ, ибо король разсматривался самъ какъ судья. Всякія права можно было отрицать у короля, но того, что онъ есть судья всего своего народа, этого въ тѣ времена никто отрицать не сталъ бы ³⁾.

Короли въ своихъ ордонансахъ настойчиво подчеркиваютъ то положеніе, что парламенты и другіе суды учреждены для того, чтобы судить только подданныхъ, и на этомъ основаніи категорично запрещаютъ имъ входить въ разсмотрѣніе дѣлъ, которыя могутъ касаться государства или его управленія ⁴⁾.

Къ тому же по существовавшему въ то время у короля праву эвокаціи дѣлъ въ свой совѣтъ, каждое дѣло, хотя бы принципиально

¹⁾ „Les élections“, уже съ XIV вѣка ставшія коллегіями, члены которыхъ назначались королемъ. Ардашевъ, стр. 140. — Монетный дворъ уничтожаетъ книги, признаваемыя имъ противными достоинству этого двора (Ардашевъ, стр. 473, вын. 6), тотъ же монетный дворъ, въ качествѣ пробирной палатки, приговариваетъ мастеровъ за нарушеніе своихъ уставовъ къ наказаніямъ до отсѣченія членовъ и до смертной казни (Дарестъ стр. 20); la cour des aides уничтожаетъ книги, ей почему либо не нравящіяся (Ардашевъ, стр. 472, выноска 2).

²⁾ Ардашевъ, стр. 566.

³⁾ Cp. Viollet. Histoire des institutions politiques en France, II. 1898, стр. 209 и слѣд.

⁴⁾ Cp. напр. эдиктъ 1641 г., приведенный у Лаферриера, стр. 158. „Nous avons déclaré que notre dit parlement de Paris et toutes nos autres cours n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets; leur faisons très expresses inhibitions et défences, non seulement de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires semblables à celles qui sont ci-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l'État, administration ou gouvernement d'icelui“...

и признаваемое подсуднымъ общимъ судамъ, могло бы быть вытребовано королемъ къ своему разсмотрѣнію. Правомъ этимъ администрація пользовалась очень широко ¹⁾, и не смотря на постоянныя обѣщанія королей, что „малыя дѣла“ не будутъ эвоцироваться ²⁾, дѣла, такъ или иначе затрагивавшія не только интересы казны, но и казенныхъ чиновниковъ, постоянно переносились въ королевскій совѣтъ и обыкновенно на дѣлѣ передавались имъ на разсмотрѣніе интендантовъ ³⁾.

Этими основными началами дореформеннаго французскаго права исполнѣ опредѣляется подсудность дѣлъ казны какъ по недвижимымъ имуществамъ и по всѣмъ дѣламъ, связаннымъ съ правомъ на недвижимое имѣніе, такъ и по договорамъ и обязательствамъ съ казною.

При этомъ, что касается специально исковъ казны о недвижимыхъ имуществѣхъ, то о подсудности ихъ общимъ судамъ и на общемъ основаніи не могло быть и рѣчи уже и потому, что дореформенная Франція вплоть до революціи вообще не различала государственныхъ имуществъ, которыми казна владѣетъ на частно-правовомъ титулѣ, и имуществъ публичныхъ, находящихся въ общемъ пользованіи и управляемыхъ органами государства ⁴⁾, какъ не различала имуществъ государственныхъ отъ имуществъ государевыхъ, *domaine public* отъ того, что во времена конституціонной монархіи XIX вѣка называлось во Франціи *domaine privé* ⁵⁾.

Въ феодальную эпоху собственникомъ государственнаго домена былъ очевидно король. ⁶⁾.

¹⁾ Она начала прибѣгать къ этому приему съ XIV вѣка. Viollet. *Histoire des institutions politiques de la France*. II. 1898. Стр. 223—224.

²⁾ Дарестъ, стр. 54: „les petites causes“.

³⁾ Лаферрьеръ, стр. 152.

⁴⁾ „On sait, en effet, que la législation antérieure à 1789 ne distinguait pas, comme la législation moderne, entre le *domaine public*, destiné à l'usage de tous, administré plutôt que possédé par l'État, et le *domaine de l'État*, composé des biens qu'il possède privativement et dont il perçoit les revenus“. Лаферрьеръ, I, стр. 147.—Дарестъ, стр. 238.—Бэка, XI, 1892 г. стр. 56.—Dalloz. *Répertoire de législation*. т. XVII, 1851 г. стр. 47.

⁵⁾ О немъ см. въ *Répertoire de législation Dalloz*, томъ XVII, стр. 347—353. Нынѣ подъ терминомъ *domaine privé* разумѣютъ имущества, которыми казна владѣетъ на частно-правовомъ основаніи. Ориу, 1903. стр. 769. Иногда *domaine public* противопоставляется теперь *domaine de l'Etat*.

⁶⁾ Récy et Tissegant. Статья *Domaine*, Бэка. Томъ XI, стр. 16 и 41. Надо впрочемъ разъ на всегда оговориться, что на ряду съ проникновеніемъ частно-правовыхъ элементовъ въ публичное право феодальной эпохи, смѣшеніе частныхъ и публичныхъ элементовъ конечно не мало сказывалось и на томъ, что и частныя права приобрѣтали публичный характеръ.

Поэтому всѣ разсужденія о томъ, къ какой категоріи, публичной, или частной, относилось данное право въ феодальную эпоху, всегда заключаютъ въ себѣ известную неточность, коренящуюся въ самой постановкѣ вопроса, который по отношенію къ этой эпохѣ не долженъ былъ бы и ставиться.

Въ послѣдующую эпоху вопросъ значительно осложнился. Государственныя имущества, какъ предназначенныя по самой природѣ своей къ общественному пользованію, такъ и имущества, составляющія по нашимъ современнымъ представленіямъ частную собственность государства, цѣлымъ рядомъ законовъ были признаны неотчуждаемыми и не подлежащими дѣйствию давности, *inaliénables et imprescriptibles*.

Законы эти ¹⁾ имѣли главною цѣлью своею служить королямъ основаніемъ для противодѣйствія ненасытной алчности своихъ приближенныхъ, неумоимо простирившихъ руки къ этимъ имуществамъ ²⁾.

Иногда на основаніи подобныхъ законовъ короли по вступленіи своемъ на престоль объявляли недѣйствительными всѣ отчужденія, сдѣланныя ихъ предшественниками. ³⁾ Наконецъ, нерѣдко положеніе о неотчуждаемости государственныхъ доменовъ высказывалось по настоянію Государственныхъ Чиновъ, которые боролись противъ расточительности королей, со своей стороны относившихся къ этой неотчуждаемости крайне недоброжелательно. ⁴⁾

Благодаря установленію ⁵⁾ принципа неотчуждаемости государственныхъ доменовъ, а также благодаря тому, что было признано, что у короля Франціи не можетъ быть имущества, отдѣльнаго отъ этого домена, ⁶⁾ государственный домень несомнѣнно утратилъ характеръ

¹⁾ Перечень и разборъ этихъ законовъ можно найти у Бэкэ. Томъ XI. 1892. Стр. 19—31.—Ср. *Dalloz. Répertoire de législation*. Томъ XVII, 1851. Стр. 83—84.

²⁾ Дарестъ, стр. 238.

³⁾ См. выноску 1.

⁴⁾ Бэкэ, т. XI, стр. 47 и 137.

⁵⁾ Окончательно его можно признать установленнымъ такъ называемой *ordonnance de Moulins*, февраль 1566 г. Напечатано между прочимъ у Бэкэ, т. XI, Стр. 25, выноски 2.

⁶⁾ Попытки французскихъ королей выдѣлить свое личное имущество встрѣчались и раньше; самую замѣчательною изъ нихъ была попытка Генриха IV, который въ 1590 г. постановилъ, что его личныя имущества не входятъ въ составъ *du domaine de la Couronne*; парижскій парламентъ воспротивился этимъ патентамъ короля и, несмотря на его настоянія, отказывался ихъ регистрировать; въ 1607 г. король наконецъ уступилъ и призналъ, что *les rois de France s'étaient dédiés et consacrés au public*, и что *ils avaient contracté avec leur couronne un saint et politique mariage*, принося ей въ приданое все то имущество, которое могло бы имъ лично принадлежать. См. объ этомъ напр. у Бэкэ, томъ XI, 1892, стр. 28—29.

Смѣшеніе правъ и, если такъ можно выразиться, имуществъ частно-правовыхъ и публично-правовыхъ не только въ рукахъ королей, но и въ рукахъ всѣхъ вообще владѣльцевъ, составляетъ характерную черту всей вообще феодальной эпохи во всей Европѣ. Отличительная черта Франціи въ томъ, что въ ней это смѣшеніе держалось дольше. При этомъ стоитъ отмѣтить, что въ то время, какъ въ германскихъ государствахъ смѣна династій привела къ тому, что тамъ имущества государственныя обособились отъ имуществъ, лично принадлежащихъ

личнаго, частнаго имущества короля, и сталъ разсматриваться, какъ имущество „короны“, государства. ¹⁾

Но при этомъ государство въ имущественныхъ отношеніяхъ не конструировалось, какъ казна, фискъ, какъ юридическое лицо гражданскаго права, подсудное по самому существу гражданскимъ судамъ и подчиненное общему гражданскому праву.

Дореформенное французское право вообще было чуждо этой концепціи ²⁾, да она была и невозможною не только по невыясненности понятія юридическаго лица, но и потому, что въ государственномъ доменѣ соединялись не только такія имущества, которыя дѣйствительно можно было разсматривать, какъ чью либо частную собственность, и подчинять ихъ дѣйствию общаго гражданскаго права, но также и такія имущества, публично-правовое назначеніе и свойство которыхъ были слишкомъ очевидны, напр. судоходныя рѣки; относительно нихъ было ясно, что онѣ вообще не могутъ быть объектомъ чьего либо права собственности, онѣ *ne sont pas susceptibles de propriété privée*, а слѣдовательно не могутъ быть и собственностью фиска.

Вопросъ о собственности государственнаго домена этимъ какъ бы предрѣшался.

Писатели, по своему направленію примыкавшіе къ феодальной эпохѣ, такъ называемые феудисты, продолжали разсматривать доменъ, какъ собственность короля.

Но уже *Loyseau* ³⁾, по крайней мѣрѣ по отношенію къ публичнымъ вещамъ, утверждалъ, что „вопросъ объ ихъ собственникѣ совершенно праздный, потому что эти вещи не допускаютъ частной собственности; каждый имѣетъ на нихъ лишь право пользованія, суверенъ же имѣетъ право завѣдыванія ими въ силу своего суверенитета, а сеньеры имѣютъ то же право въ силу присущаго имъ права суда“ ⁴⁾.

государю, во Франціи именно смѣна династіи привела къ тому, что эти двѣ категоріи имуществъ окончательно смѣшались (ср. выше, стр. 18, вын. 4).

На ряду съ этой официальной доктриною, во Франціи существовало и поддерживалось легистами ученіе, главнымъ представителемъ котораго былъ *Domat*: руководясь римскимъ различіемъ *aerarium* и *fiscus*, утверждали, что на ряду съ *domaine de la couronne*, король можетъ имѣть и свое собственное, личное имущество.—См. Бэкэ, т. XI, 1892 г., стр. 57.

¹⁾ Иногда говорилось, что въ *domaine* входятъ всѣ имущества „*dont le roy jouit à cause de sa couronne*“. *Le Bret. De la souveraineté du Roy*. Paris 1632. стр. 321.

²⁾ *Vauthier. Etudes sur les personnes morales*. 1887. Стр. 256 и 304.—Гирке. Томъ I. Стр. 116.

³⁾ *Des Seigneuries*. Chap. III, n° 79 и Chap. XII, n° 120.

⁴⁾ Цитировано у *Récy et Tisserant*, въ статьѣ *Domaine* у Бэкэ, томъ XI, стр. 42. „*C'est une question illusoire de disputer de leur propriété, puisqu'elles sont incapables de seigneurie privée, que chacun en a seulement l'usage, pendant que le souverain en a la direction par sa souveraineté, et les seigneurs par leur justice primitive*“.

Domat, и болѣе склонный къ частно-правовымъ конструкціямъ, и находящійся подъ вліяніемъ римскаго ученія о фискѣ и эраріи, признавалъ короля собственникомъ всѣхъ тѣхъ имуществъ, входящихъ въ составъ домена, которыя по природѣ своей способны быть предметомъ частной собственности. Но вещи публичныя и дороги онъ выдѣляетъ и говоритъ, что „права, которыя на эти вещи имѣютъ публика и король, другою природою, чѣмъ тѣ права, которыя даетъ право собственности“¹⁾.

Послѣдователи Domat на томъ не остановились, и при всемъ своемъ тяготѣніи къ гражданскому праву, учили, что у короля имѣется право собственности только на плоды отъ публичныхъ вещей, на тѣ доходы, которые онъ могутъ приносить, напримѣръ на право рыбной ловли въ публичныхъ рѣкахъ. Самыя же эти вещи не признавались состоящими въ собственности вообще²⁾.

Dalloz приводитъ рядъ законовъ дореформенной Франціи, въ которыхъ прямо признавалось, что король имѣетъ по отношенію къ домену, по крайней мѣрѣ къ тѣмъ частямъ его, о которыхъ говорилось въ томъ или другомъ эдиктѣ или ордонансѣ, права суверенитета, и происходящія изъ него права de la garde et de la conservation, но не право собственности, une véritable propriété³⁾.

Докладчикъ Комитета о Доменахъ, Enjubeault, излагая⁴⁾ Национальному Собранію тѣ соображенія, на основаніи которыхъ это Собраніе и издало законъ 22 ноября—1 дек. 1790 г., реформировавшій положеніе домена, отчетливо проводилъ ту мысль, что и въ дореформенной Франціи короли были только „администраторами“ домена⁵⁾.

Если такимъ образомъ государственный домень разсматривался не столько какъ объектъ права собственности, сколько какъ объектъ права управленія, то было вполне естественно, чтобы и дѣла, касавшіяся домена, разсматривались не общими судами и разрѣшались не на основаніи общаго гражданскаго права⁶⁾, а разсматривались коро-

¹⁾ „Et les droits, qu'y ont le public et le souverain sont d'une autre nature que ceux que donne la propriété“.

²⁾ Объ этомъ см. въ статьѣ *Domaine. Récy et Tisserant* у Бэка Томъ XI. 1892, стр. 42.

³⁾ *Répertoire de législation*. Томъ XVII. 1851 г., стр. 354—355.

⁴⁾ 8 Ноября 1790 г.

⁵⁾ „Les monarques français se sont regardés pendant longtemps comme de vrais propriétaires du domaine public dont ils n'étaient que les administrateurs“.

⁶⁾ Слова „общій“ судъ и „общее“ гражданское право несомнѣнно звучатъ анахронизмомъ. Ни общихъ судовъ, ни общаго права при тогдашней территориальной пестротѣ права и при всякихъ переплетающихся юрисдикціяхъ не могло и быть. Мы употребляемъ этотъ терминъ „общій“ для обозначенія того суда и того права, которому подчинялось бы данное дѣло, не будь оно казенное.

лемъ и его органами на основаніи правилъ, установленныхъ королевскою властью ¹⁾.

Всѣ дѣла, касавшіяся домена, понимавшагося весьма широко, такъ какъ въ него включались, помимо собственно земельныхъ имуществъ, также и оброчныя статьи, *petit domaine* ²⁾, и всякаго рода повинности феодальнаго характера ³⁾, могли быть подсудны только королевскому совѣту или специальнымъ учрежденіямъ.

Въ общихъ судахъ могли разсматриваться только дѣла между частными лицами, дѣла, въ которыхъ „не заинтересованъ король и его финансы“ ⁴⁾.

Дѣла, касавшіяся домена, первоначально вѣдались лично королемъ, потомъ его Совѣтомъ.

Впослѣдствіи ⁵⁾ изъ Совѣта выдѣлилась Счетная Палата, *la Chambre des Comptes* ⁶⁾, которая помимо чисто смѣтныхъ и контрольных дѣлъ, вѣдала дѣла, связанныя съ имуществомъ короля ⁷⁾, чиновниковъ, управляющихъ королевскими доменами, и лицъ, арендовавшихъ королевскія земли или почему-либо состоявшихъ должниками короля,

¹⁾ При этомъ надо имѣть въ виду, что средневѣковое и даже болѣе позднее представленіе о законодательной власти далеко не совпадало съ современнымъ. Законодательная власть, осуществлявшаяся въ началѣ среднихъ вѣковъ *consensu populi et constitutione regis*, потомъ королемъ *de assensu praelatorum et baronum*, къ концу среднихъ вѣковъ фактически принадлежала единолично королю. Но эта законодательная власть касалась только области политической и административной. Гражданское право ускользало отъ воздѣйствія королей, по крайней мѣрѣ отъ непосредственнаго ихъ воздѣйствія. Гражданское право творилось самимъ народомъ. По отношенію къ гражданскому праву король былъ лишь охранителемъ,—потому онъ и судить; онъ приказываетъ собирать кутюмы, но не *varietur*. Самъ король гражданскаго права не мѣняетъ; это какъ бы выходитъ изъ его компетенціи, и законодательной власти въ нашемъ современномъ смыслѣ у французскихъ королей не было вплоть до самаго 1789 г., хотя конечно они къ ней постепенно и постоянно приближались.—P. Viollet. *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*. II. 1898. Стр. 199—209.

²⁾ Dalloz. *Répertoire de législation*, т. XVII, 1851 г., стр. 84.—Бэкэ, т. XI, 1892 г., стр. 31—32.—Понятіе это довольно „élastique“. Бэкэ, тамъ же, стр. 41.

³⁾ Дарестъ, стр. 27, выноска 1.—Тамъ же, стр. 21.

⁴⁾ *Les affaires qui s'élèvent entre les particuliers „et ou le roi et ses finances ne sont pas intéressés“*. Лаферрьеръ, т. I, стр. 164.

⁵⁾ Въ 1319 г.—Дарестъ, стр. 8.

⁶⁾ Дарестъ, стр. 7. Сначала Счетная Палата была учреждена только въ Парижѣ, потомъ Счетныя Палаты начали учреждаться и въ провинціи; къ концу стараго режима число ихъ доходило до 15-ти. Ардашевъ, стр. 470; Ginoulhiac. *Cours d'histoire générale du droit français*. 1890. Стр. 575.

⁷⁾ Дарестъ, тамъ же, стр. 12: „*toutes choses et besoignes quelconques touchant et regardant l'héritage du roi seront demenées en la Chambre des Comptes*“ Слова деклараціи 15 Марта 1390.

т. е. казны ¹⁾, по общему правилу являясь въ этихъ дѣлахъ судомъ высшей инстанціи ²⁾.

Съ теченіемъ времени, въ началѣ XV вѣка для разсмотрѣнія спорныхъ дѣлъ, касавшихся домена, изъ Счетной Палаты было выдѣлено ³⁾ особое учрежденіе, „Палата Казначейства“, la *Chambre du Trésor* ⁴⁾.

Апелляціонною инстанціею по этимъ дѣламъ являлись то Парламентъ, то Королевскій Совѣтъ, при чемъ компетенціи ихъ все время оставались не выясненными.

Но дѣла между королемъ и третьими лицами о правѣ собственности на ту или другую землю въ окончательной инстанціи всегда были подсудны Парламенту ⁵⁾.

Съ постепеннымъ возрастаніемъ значенія должности интенданта, къ нему перешли нѣкоторыя полномочія и по отношенію къ доменамъ. Хотя въ этихъ вопросахъ ему принадлежали скорѣе административныя функціи, чѣмъ судебныя, входившія въ компетенцію Финансовыхъ Бюро ⁶⁾, но на дѣлѣ, а иногда и на основаніи отдѣльныхъ законовъ, касавшихся какого-либо спеціальнаго вопроса, интенданты осуществляли по отношенію къ доменамъ весьма широкую судебную власть ⁷⁾, при чемъ апелляціонною инстанціею являлся Королевскій

¹⁾ Ла Ферриеръ, томъ I, стр. 141.

²⁾ Дарестъ, стр. 8—9. Дарестъ приводитъ характерныя слова одного источника, относимаго имъ къ началу XIV вѣка: „Le fait et la juridiction de la dite Chambre (des Comptes) est plus propre au roi que n'est Parlement, qui est commun à tout le monde; par quoi s'ensuit que le roi ne veut pas, ne doit vouloir que elle soit subjecte à Parlement, car, aussi comme le roi est sur la communauté, et n'est subject au lois communes, aussi la juridiction qui est propre à luy et ne traite nulles choses part tant seulement celles qui ont aucun regard à son hôtel, doit être non subjecte à aucun autre“. Ср. впрочемъ тамъ же, стр. 242, откуда видно, что парламенты не безъ успѣха противодѣйствовали королямъ.—Вообще, законодательство и практика по вопросу о подсудности доманіальныхъ дѣлъ въ дореформенной Франціи въ различныя эпохи представляла весьма пестрое разнообразіе. Указанія на наиболѣе существенныя изъ измѣненій можно найти у Dalloz, Répertoire de législation. Томъ XVII. 1851 г. Стр. 135.

³⁾ Ранѣе, до середины XIV в., изъ состава той же Счетной Палаты была выдѣлена la Cour des Monnaies (Дарестъ, стр. 19), а потомъ „финансовыя генералы“, *généraux des finances*, изъ которыхъ образована была la Cour des Aides, (Дарестъ, стр. 22 и 30—32), вѣдавшая спорныя дѣла, возникавшія по поводу доходовъ короля, имѣвшихъ податной характеръ.

⁴⁾ Въ XVI вѣкѣ по генеральствамъ были учреждены „Финансовыя Бюро“, воспринявшія дѣла, вѣдавшіяся Палатою Казначейства, которая сохранила свои полномочія только для нѣкоторыхъ мѣстностей. Дарестъ, стр. 21—23.— Въ 1693 Палата Казначейства была вовсе упразднена. Тамъ же, стр. 25.

⁵⁾ Дарестъ, стр. 242. Ср. Бэкэ, XI, 1892, стр. 28.

⁶⁾ Дарестъ, стр. 115—116.

⁷⁾ Дарестъ, стр. 113—115.

Совѣтъ, разсматривавшій эти дѣла въ такъ называемомъ *Conseil des Finances* ¹⁾.

Что касается дѣлъ по договорамъ съ казною, въ частности по договорамъ подряда и поставки, то по основному началу дореформеннаго французскаго права, имущественные споры, возникавшіе по поводу этихъ дѣлъ, вѣдались первоначально королемъ въ его Совѣтъ. Съ теченіемъ времени, съ увеличеніемъ числа судебныхъ дѣлъ, поступавшихъ въ Совѣтъ Короля, этотъ Совѣтъ былъ раздѣленъ на два учрежденія, одно по преимуществу политическое, Государственный Совѣтъ, *Conseil d'Etat*, другое по преимуществу судебное, Большой Совѣтъ, *le Grand Conseil*, которому ордоннансы 1497 и 1498 годовъ придали организацію судебного учрежденія.

Къ Большому Совѣту и перешли тѣ судебныя дѣла, которыя ранѣе разсматривались въ Совѣтъ Короля ²⁾.

Но именно потому, что Большой Совѣтъ оказался учрежденіемъ судебнымъ съ продажей должностей, а слѣдовательно и съ независимостью членовъ этого Совѣта, а также и съ другимъ неизбѣжнымъ послѣдствіемъ продажности должностей, съ постепенно падавшимъ общимъ уровнемъ его личнаго состава, короли естественно начали стремиться къ тому, чтобы дѣла, наиболѣе ихъ интересовавшія, поступали не въ Большой, а въ Государственный Совѣтъ. Такимъ образомъ уже вскорѣ послѣ учрежденія Большого Совѣта начинается постепенное его паденіе, и мало по малу всѣ судебныя дѣла, разсматривавшіяся Совѣтомъ Короля, начали разсматриваться Государственнымъ Совѣтомъ ³⁾.

Съ теченіемъ времени въ составѣ Государственнаго Совѣта образовались особыя присутствія для разсмотрѣнія дѣлъ судебного характера. Таковымъ былъ *Conseil des parties*, существовавшій уже въ XVI вѣкѣ и разсматривавшій дѣла лишь между частными лицами, и *Conseil des finances*, то сливавшійся съ Совѣтомъ Короля, то становившійся особымъ установленіемъ ⁴⁾.

Окончательно этотъ послѣдній Совѣтъ получилъ организацію самостоятельнаго учрежденія въ 1661 г. ⁵⁾ Совѣтъ этотъ вѣдалъ въ качествѣ высшей инстанціи дѣла, такъ или иначе затрагивавшія интересы казны. Ему же были подсудны и дѣла по договорамъ, заключеннымъ съ казною. По поставкамъ для военнаго вѣдомства, въ особенности въ военное время, создавались въ составѣ Государственнаго Совѣта спеціальныя комиссіи ⁶⁾.

¹⁾ Лаферриеръ, стр. 166. Дарестъ, стр. 115.

²⁾ Дарестъ, стр. 53—58.

³⁾ Дарестъ, стр. 58—63. Лаферриеръ, стр. 150—152.

⁴⁾ Лаферриеръ, стр. 164—165.

⁵⁾ Лаферриеръ, стр. 165—166.

⁶⁾ Дарестъ, стр. 83.

Низшими инстанціями по дѣламъ этого рода были всѣ тѣ административныя учрежденія, которыя эти договоры заключали или такъ или иначе надзирали за ихъ исполненіемъ; въ особенности широки въ этомъ отношеніи были полномочія интендантовъ ¹⁾.

Такъ напр. по публичнымъ работамъ, общій надзоръ за которыми поручался интендантамъ, имъ предоставлялась „безраздѣльно и полиція, и юрисдикція по всѣмъ гражданскимъ тяжбамъ и уголовнымъ дѣламъ, возникающимъ на почвѣ данныхъ общественныхъ работъ“ ²⁾, т. е. съ одной стороны, судебный разборъ всякаго рода недоразумѣній и тяжбъ между рабочими и подрядчиками, между подрядчиками и землевладѣльцами и т. п., съ другой—уголовное судопроизводство по всѣмъ преступленіямъ, совершеннымъ въ сферѣ данныхъ общественныхъ работъ (стачка рабочихъ, порча сооружений, кража матерьяловъ и т. п. ³⁾).

Что судъ интенданта былъ далеко отъ совершенства, въ этомъ конечно спора нѣтъ, но нельзя отрицать и того факта, что население часто предпочитало судъ интенданта общимъ судамъ, слишкомъ медленнымъ, сложнымъ, формальнымъ, а главное дорогимъ ⁴⁾.

При такомъ положеніи вещей и вопроса о томъ, чтобы совокупность имущественныхъ дѣлъ казны была выдѣлена изъ вѣдѣнія администраціи и предоставлена общимъ судамъ, не возникало. Судебная дѣятельность дореформенныхъ административныхъ учреждений въ области чисто фискальной иногда вызывала горчайшія нареканія современниковъ ⁵⁾ и оставила по себѣ мрачную память.

Противъ отдѣльныхъ злоупотребленій администраціи боролись, боролись даже, требуя передачи тѣхъ или другихъ дѣлъ въ вѣдѣніе общихъ судовъ, но при этомъ не выставляли общей теоріи о томъ, что фискъ ⁶⁾ по самому существу своему, по самой своей природѣ под-

¹⁾ См. выше, стр. 43.

²⁾ Ардашевъ, стр. 592.

³⁾ Ардашевъ, стр. 590. Ср. Дарестъ, стр. 121 и слѣд.

⁴⁾ Ардашевъ, стр. 570 и сл.

⁵⁾ Это создало и правительство, которое въ маѣ 1788 г. издало эдиктъ, согласно которому большинство судебныхъ дѣлъ, касавшихся домена и финансовъ, изымалось изъ вѣдѣнія специальныхъ учреждений и передавалось общимъ судамъ; это создалось и населеніемъ: въ наказахъ членамъ Государственныхъ Чиновъ обыкновенно указывается и на необходимость реформы исключительныхъ судовъ. Упомянутый эдиктъ мая 1788 г. не былъ приведенъ въ исполненіе, такъ какъ желали предоставить инициативу реформъ Государственнымъ Чинамъ, которые вскорѣ должны были собраться. *Da geste*, стр. 151—152.

⁶⁾ Самое слово фискъ въ старой французской литературѣ повидимому встрѣчается рѣдко. Но и когда оно встрѣчается, то обозначаетъ не частно-правовую сторону государства, а нѣкоторые доходы феодальныхъ владѣльцевъ, и при томъ доходы скорѣе публично-правового характера. Ср. напр. *Loiseau, Traité des seigneuries*. Paris 1608. Стр. 298. „Les hauts justiciers

суденъ общимъ гражданскимъ судамъ и подчиненъ общему праву, какъ въ теченіе всей дореформенной эпохи французское право не выдвигало и того положенія, чтобы государство было въ имущественныхъ отношеніяхъ юридическимъ лицомъ, и не дѣлало изъ этого положенія тѣхъ выводовъ, которые изъ него вытекаютъ ¹⁾.

§ 2. *Переходная эпоха.*

Непопулярность всѣхъ административныхъ учреждений въ качествѣ судовъ по дѣламъ казны въ дореформенной Франціи, отмѣченная нами уже выше ²⁾, имѣла своимъ послѣдствіемъ то, что въ первые же годы революціи, въ промежутокъ времени между 1789 и 1791 годомъ, всѣ указанныя нами выше административно-судебныя учрежденія были вовсе упразднены ³⁾.

Возникалъ вопросъ, какъ быть съ дѣлами, которыя вѣдали эти административные суды: передать ли ихъ въ общіе суды, создать ли новые административные суды, или просто передать ихъ въ руки общей администраціи.

Революціонное законодательство остановилось на послѣднемъ отвѣтѣ; это было историческою необходимостью: предположеніе создать по департаментамъ административные суды наталкивалось на то казавшееся неопровержимымъ возраженіе, что желаютъ возстановить старыя *Cours des Aides* ⁴⁾. Предположеніе о передачѣ этихъ дѣлъ общимъ судамъ по обстоятельствамъ того времени тоже не могло рассчитывать на успѣхъ: на суды въ политическомъ отношеніи не считали возможнымъ положиться, судамъ не довѣряли вообще; поэтому имъ не могли вѣрить такого рода дѣла, въ которыхъ самымъ непосредственнымъ образомъ были затронуты интересы государства ⁵⁾.

ont le droit de fisque", и затѣмъ слѣдующій абзацъ озаглавленъ: „Division des biens fiscaux en confiscations, des-hérences et biens vacans“. Еще уже ставитъ R. Chopin u. s. De Domanio Franciae libri III. 1589. Стр. 127: de fisco, „seu de bonis vacantibus“. Ср. выше, стр. 21 вын. 1.

¹⁾ M. Vauthier. Etudes sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français. 1887. Стр. 304 и сл.

²⁾ См. выше, стр. 51.

³⁾ Дарестъ, стр. 152—153.—Лаферриэръ, I. 1896, стр. 180—181.

⁴⁾ Дарестъ, стр. 153, Лаферриэръ, стр. 191.

⁵⁾ Thouget, докладчикъ Комитета судебной реформы, говорилъ въ засѣданіи Национальнаго Собранія 24 марта 1790 г.: „Si la nation doit s'honorer de la vertu de quelques magistrats bons patriotes, une foule de faits malheureusement incontestables annoncent que le plus grand nombre hésitent encore à se montrer citoyens, et qu'en général l'esprit des grandes corporations judiciaires est un esprit ennemi de la régénération“. Дарестъ, стр. 155. — Ср. Ардашевъ, стр. 460—466.—Лаферриэръ I, стр. 181—182.

Это недовѣріе къ судамъ опредѣлило весь характеръ революціоннаго законодательства по вопросу о полномочіяхъ судовъ въ дѣлахъ, такъ или иначе затрагивавшихъ интересы администраціи или казны, какъ вообще опредѣлило собою и ту своеобразную постановку вопроса о раздѣленіи властей, которую этотъ вопросъ получилъ тогда во французскомъ законодательствѣ, и которую онъ сохраняетъ во Франціи и по настоящее время.

Отношенія суда и администраціи резюмируются въ слѣдующихъ законодательныхъ постановленіяхъ ¹⁾.

Должности судебныя и административныя отдѣлены другъ отъ друга и останутся таковыми; со стороны судей является преступленіемъ должности стѣсненіе какимъ бы то ни было образомъ дѣйствій административныхъ учрежденій или требованіе къ отвѣту должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства по поводу ихъ служебной дѣятельности ²⁾.

Суды не могутъ вступать въ кругъ дѣйствій администраціи или требовать къ отвѣту должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства по поводу ихъ служебной дѣятельности ³⁾.

Административныя учрежденія департамента или дистрикта не могутъ быть стѣсняемы въ ихъ административной дѣятельности никакимъ актомъ судебныхъ властей ⁴⁾.

Жалобы на нарушенія административными властями круга ихъ дѣятельности ни въ коемъ случаѣ не могутъ разсматриваться судами; жалобы эти должны быть приносимы королю, какъ главѣ общей администраціи. Никакое должностное лицо административнаго вѣдомства не можетъ быть судимо по поводу своей административной дѣятель-

¹⁾ Замѣчательно, что всѣ эти постановленія являются составными частями законовъ, отмѣненныхъ или по крайней мѣрѣ утратившихъ силу, а эти постановленія признаются и по сейчасъ основными, конституціонными началами французскаго права. Замѣтимъ впрочемъ, что по началамъ французскаго права конституціонные законы, съ отмѣною той конституціи, въ составъ которой они входили, признаются имѣющими силу закона, но не конституціоннаго, а обыкновеннаго.

²⁾ Законъ 16—24 августа 1790 г. о судебномъ устройствѣ, titre II, ст. 13. „Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions“.

³⁾ Конституція 3 сентября 1791 г., ст. 3. „ Les tribunaux ne peuvent... entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions“.

⁴⁾ Законъ 22 декабря 1789 г. секція III, ст. 7. „Les administrations de département et de district ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire“.

ности, если только оно не было предано суду начальствомъ согласно закону ¹⁾).

Такимъ образомъ, естественно пришлось остановиться на томъ, чтобы споры, возникавшіе по поводу тѣхъ или другихъ административныхъ дѣйствій, хотя бы и затрагивавшихъ имущественные интересы обывателей, разсматривались самою же администраціею: или тѣмъ же самымъ учрежденіемъ, отъ котораго исходитъ обжалуемое распоряженіе (такъ называемая жалоба къ той же инстанціи, „лучше освѣдомленной“), или іерархическимъ начальствомъ этого учрежденія ²⁾).

Въ „переходную эпоху“ во французскомъ правѣ очень рѣзко былъ поставленъ вопросъ о томъ, кто можетъ присудить что либо съ казны, или, по французской терминологіи, кто можетъ признать государство должникомъ.

Согласно ст. I закона 17 іюля—8 августа 1790 г., никакой долгъ не могъ быть признанъ лежащимъ на государствѣ, иначе какъ по декрету Національнаго Собранія, утвержденному королемъ, ³⁾ для чего

¹⁾ Законъ 7—14 октября 1790 г. „Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont dans aucun cas du ressort des tribunaux, elles seront portées au roi, chef de l'administration générale... Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, a moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois“. Ср. законъ 16 фрюктидора III г. „Défences itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit“.

Аналогичныя постановленія, защищающія суды отъ вмѣшательства администраціи въ кругъ дѣятельности, предоставленной судамъ, точно также имѣются во французскомъ правѣ. Существенное однако отличіе правъ администраціи отъ правъ суда состоитъ въ томъ, что суды должны быть безгласными свидѣтелями нарушенія администраціею ихъ правъ, тогда какъ администрація въ лицѣ префекта всегда можетъ возбудить „конфликтъ“: потребовать, чтобы судъ приостановилъ разсмотрѣніе дѣла впредь до опредѣленія особымъ учрежденіемъ, подсудно ли это дѣло общимъ судамъ или не подсудно. И это требованіе префекта для суда безусловно обязательно.

²⁾ Лаферриеръ, I, стр. 185.— Впрочемъ исключительная компетенція административныхъ учреждений, со временъ Директоріи обыкновенно министерствъ, допускала извѣстныя изъятія по отношенію къ дѣламъ, затрагивающимъ имущественные интересы, главнымъ образомъ по отношенію къ публичнымъ работамъ (Лаферриеръ, I, стр. 190—191). Закономъ 7—11 сентября 1790 г. споры, возникавшіе на почвѣ общественныхъ работъ, а также косвенныхъ налоговъ и таможенныхъ сборовъ, были предоставлены вѣдѣнію директорій департамента и дистрикта (Лаферриеръ, I, 191—194). Конституція 5 фрюктидора III г. создала на мѣсто этихъ директорій департаментскія комиссіи, которыя унаслѣдовали и административно-судебныя функціи директорій (Лаферриеръ, I, 195). Но порядокъ дѣйствія этихъ комиссій и предѣлы ихъ компетенціи въ дѣлахъ судебно-административныхъ были весьма недостаточно выяснены закономъ.

³⁾ „L'Assemblée Nationale décrète comme principe constitutionnel que nulle créance sur le trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'État qu'en

въ составѣ собранія былъ образованъ особый комитетъ, называвшійся *Comité de liquidation*, предварительно разсматривавшій всѣ эти дѣла и докладывавшій ихъ Собранію, декреты котораго утверждались королемъ ¹⁾.

Этотъ комитетъ былъ учрежденъ собственно для того, чтобы разобратся въ старыхъ долгахъ. Что же касается текущихъ дѣлъ, то за отсутствіемъ какихъ либо специальныхъ постановленій признавалось, что разрѣшеніе всякихъ споровъ, возникающихъ на почвѣ обязательствъ, заключаемыхъ государствомъ по поводу текущихъ дѣлъ управленія, лежитъ на министрахъ въ виду того общаго правила закона 27 апр. 25 мая 1791 г., что на министрахъ лежитъ разрѣшеніе всѣхъ тѣхъ затрудненій, которыя относятся къ вѣдомству исполнительной власти ²⁾.

Конвентъ 26 сент. 1793 г. постановилъ, что обязательство, лежащее на казнѣ, можетъ быть признано только администраціею ³⁾. Лаферриеръ, разбирая значеніе этого закона, приводитъ мнѣніе Merlin, который въ то время былъ генеральнымъ прокуроромъ при Кассационномъ Судѣ, и мнѣніе котораго поэтому получаетъ особый вѣсъ: по его словамъ, суды не могутъ разсматривать дѣлъ, которыя имѣютъ предметомъ признаніе государства должникомъ ⁴⁾.

Въ силу этого принципа всѣ иски къ казнѣ, естественно имѣющіе своею цѣлью признаніе казны въ томъ или другомъ отношеніи должницею, оказались безусловно изъятыми изъ вѣдѣнія судовъ.

Но административная компетенція шла дальше, и напр. по отношенію къ казеннымъ поставкамъ, *fournitures*, цѣлымъ рядомъ законовъ постановлялось, что всѣ споры по договорамъ, *marchés*, заключеннымъ государствомъ, должны разрѣшаться административно ⁵⁾.

Что касается государственнаго домена, то революціонное законодательство произвело въ немъ и въ его юридическомъ положеніи самья глубокія перемѣны.

vertu d'un décret de l'Assemblée Nationale sanctionné par le roi". Текстъ этого закона приведенъ у Лаферриера, I, стр. 196.

¹⁾ Этотъ порядокъ въ сущности былъ вполне согласенъ съ тѣмъ, что практиковалось прежде; до того долгъ, лежащій на казнѣ, могъ быть признанъ только королемъ въ его совѣтѣ. Лаферриеръ, стр. 197. Д а р е с т ь 158—159.

²⁾ Лаферриеръ, стр. 186 и 198.

³⁾ „Toutes les créances sur l'Etat seront réglées administrativement". Лаферриеръ, I, стр. 199.

⁴⁾ Приведено у Лаферриера, I, стр. 199.

⁵⁾ Два декрета Конвента 13 Дек. 1792 г., четыре arrêtés директоріи: 2 жерминаля V года, 8 фрюктидора VI г., 9 фрюктидора VI г., 17 вендемьера VII г. („toutes les contestations relatives à l'interprétation et à l'exécution des marchés passés avec le gouvernement doivent être traitées administrativement"). См. Лаферриеръ, т. I, стр. 200—203 и 206—207.

Какъ мы уже указывали, раньше въ этомъ доменѣ не различались имущества государственныя и имущества, предназначенныя къ общему пользованію по самой природѣ своей. Тѣ и другія рядомъ повторявшихся законовъ признаны были неотчуждаемыми и не подлежащими дѣйствию давности, *inaliénables et imprescriptibles*.

Когда опасность расточенія домена королями миновала, исчезло и основаніе для неотчуждаемости государственныхъ имуществъ, и Національное Собраніе ¹⁾ признало государственныя имущества отчуждаемыми по постановленіямъ Національнаго Собранія ²⁾.

Еще большее вліяніе на юридическое положеніе государственныхъ имуществъ имѣло изданіе *code civil*, который, во первыхъ, провель различіе между вещами, состоящими въ общемъ пользованіи, и вещами, состоящими въ частной собственности государства, казны, а во вторыхъ, твердо и ясно установилъ понятіе чисто гражданской собственности: до того, въ особенности по отношенію къ государственнымъ имуществамъ, были еще живы такого рода взгляды, унаслѣдованные отъ феодальной эпохи, которые исключали возможность призмѣненія чисто гражданскихъ точекъ зрѣнія и распространенія на казну общаго права и по отношенію къ недвижимой собственности ³⁾.

Въ числѣ особенно яркихъ измѣненій, внесенныхъ *code civil* въ

¹⁾ Законъ 22 ноября—1 декабря 1790 г. ст. 8 и 36. Законъ этотъ былъ разработанъ особымъ комитетомъ, *Comité des domaines*; докладъ отъ имени этого комитета, представленный въ засѣданіи 8 ноября 1790 г. нѣкимъ *Enjubaull* является типичнымъ для той эпохи по количеству свѣдѣній, обстоятельности и подъему духа. Этотъ замѣчательный докладъ напечатанъ между прочимъ у Бэка, томъ XI, 1892 г. стр. 43—46 и у *Dalloz*, *Répertoire de législation*, т. XVII, 1851, стр. 86—88.

²⁾ Законъ 1790 г. не относился къ большимъ государственнымъ лѣсамъ (art. 12). Они были признаны отчуждаемыми и подлежащими дѣйствию давности закономъ 25 марта 1817 г. (*loi de finances*).—Симонэ, стр. 216.—Ориу, стр. 770.

³⁾ Дарестъ, стр. 242.

⁴⁾ Это постановленіе, что государственныя имущества могутъ быть отчуждаемы только съ разрѣшенія законодательной власти; было измѣнено законами 16 брюмера V года, 26 вентерьа VII г., 30 вентоза IX г. и 15-го и 16-го флореала X-го года, перенесшими это полномочіе на исполнительную власть. Затрудненія, вызывавшіяся нѣкоторыми постановленіями этихъ законовъ, были разрѣшены законодательнымъ путемъ, закономъ 1 іюня 1864 г., согласно которому, по общему правилу, государственныя имущества продаются администраціею (префектомъ) съ публичнаго торга, а продажи, въ суммѣ превосходящія мильонъ франковъ, и также продажи лѣсовъ, разрѣшаются по прежнему законодательною властью. Подробный анализъ этого закона 1864 г., а также другихъ законовъ, регулирующихъ продажу государственныхъ имуществъ, имѣется у Бэка, XI, 1892, стр. 406—467. По поводу закона 6 дек. 1897 г. см. Бертелемі, стр. 493, Симонэ, стр. 220.

положеніе государственныхъ имуществъ, является признаніе ихъ подлежащими дѣйствию давности ¹⁾.

Законами революціонной эпохи, главнымъ образомъ уже цитированнымъ нами закономъ 22 ноября—1 дек. 1790 г., было установлено различіе въ прежнемъ единомъ *domaine de la couronne* двухъ понятій, двухъ юридическихъ институтовъ съ разною юридическою природою.

Въ статьѣ I этого закона говорилось о *domaine national proprement dit*, а во 2-ой статьѣ о *domaine public*; первый обнималъ всѣ тѣ имущества, которыми владѣетъ нація (государство), а второй — имущества, не способныя быть предметомъ частной собственности, *non susceptibles de propriété privée* (дороги, улицы, судоходныя рѣки).

Рядомъ послѣдующихъ законовъ Конституанты, Законодательнаго Собранія и Конвента ²⁾ старое, феодальное различіе между отдѣльными видами собственности было уничтожено, и во Франціи появилась единая по своему юридическому облику недвижимая земельная собственность.

Это понятіе единой гражданской собственности естественно должно было распространиться и на созданную собственность нація (государства).

Такимъ образомъ появилось два юридическихъ института: во первыхъ государственныя имущества, которыми государство, нація владѣетъ на общемъ правѣ, и во вторыхъ имущества, находящіяся въ завѣдываніи органовъ власти, и по существу своему вовсе не способныя быть предметами частной собственности.

Этотъ дуализмъ былъ въ значительной степени закрѣпленъ и усиленъ съ изданіемъ *code civil*, который оформилъ и какъ бы консолидировалъ постановленія отдѣльныхъ законовъ о правѣ собственности, въ томъ числѣ и правѣ собственности государства ³⁾.

Если обратиться къ подготовительнымъ матеріаламъ къ *code civil*, то по интересующему насъ вопросу мы увидимъ, что составители его придерживались того взгляда, что вообще слѣдуетъ различать имущества, способныя быть предметомъ частной собственности,

¹⁾ Статьи 2226 и 2227. Постановленія этихъ статей провели еще болѣе рѣзкую разницу между *domaine public*, оставшимся внѣ дѣйствія давности, и *domaine de l'Etat*, оказавшимся ей подчиненнымъ.

²⁾ Законы эти цитированы у Вэка, томъ XI, стр. 47.

³⁾ На постановленіяхъ *code civil* мы позволимъ себѣ остановиться нѣсколько подробнѣе въ виду того что эти постановленія отразились и на русскомъ дѣйствующемъ правѣ по тому же вопросу (ст. 406 и сл. т. X ч. I). Ср. Н. Дювернуа. Чтенія по гражданскому праву. Томъ I. 1898 г. Стр. 562. „Французскій кодексъ, несомнѣнно оказавшій вліяніе на формулировку указанныхъ (406 и сл., т. X, ч. I) статей...“.

и имущества, къ тому не способныя ¹⁾). Гражданскій кодексъ долженъ заниматься только имуществами первой категоріи: вторая категорія должна явиться предметомъ будущаго кодекса публичнаго и административнаго права.

Что касается имуществъ, по природѣ своей способныхъ быть предметомъ частной собственности, то они могутъ находиться во владѣніи или частныхъ лицъ, или государства (націи) и общинъ; въ послѣднемъ случаѣ эти имущества отчуждаются и управляются на основаніи спеціально для нихъ установленныхъ правилъ.

Поэтому и изъ имуществъ первой категоріи, могущихъ быть предметомъ частной собственности, *code civil* долженъ касаться только тѣхъ, которыя находятся въ собственности частныхъ лицъ, но не тѣхъ, которыя находятся въ собственности государства или общинъ ²⁾).

Въ дѣйствующемъ *code civil* изложенные взгляды его авторовъ выразились въ слѣдующихъ постановленіяхъ:

Ст. 538. Дороги и улицы, содержимыя государствомъ, рѣки, судходныя или сплавныя, берега моря, порты и гавани и вообще всѣ части территоріи, не способныя быть предметомъ частной собственности, разсматриваются, какъ составныя части публичнаго домена (*domaine public*).

Ст. 539. Имущества безхозяйныя и выморочныя, или такія, которыя покинуты ихъ наслѣдниками, принадлежать къ публичному домену (*domaine public*).

¹⁾ Это противоположеніе повидимому внесено въ кодексъ вполне сознательно и намѣренно, и до него дошли не сразу: въ проектѣ, представленномъ въ V году Республики Совѣту Пяти-Сотъ Камбасересомъ отъ имени Комиссіи Классификаціи Законовъ, эти двѣ категоріи имуществъ еще вовсе не различались, при чемъ безразлично говорилось и о собственности *des particuliers*, и о собственности *du corps entier de la nation*. *Projet de Code Civil, présenté au conseil des Cinq-Cent au nom de la Commission de la Classification des lois*. Стр. 191 и сл. Статьи 402—404.

²⁾ Докладъ Treilhard'a 15 нивоза XII г. Законодательному Собранію, заключающій изложеніе мотивовъ закона о „раздѣленіи имуществъ“— „*de la Distinction des biens*“, напечатанный у *Loché, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*. Томъ VIII, 1827 г., стр. 47—60. Ср. 49 и 59 п.° 18—20. Ср. тамъ же, стр. 19. Мысль эта отчасти получила выраженіе и въ самомъ *code civil* во второй части ст. 537, которая говоритъ вообще объ имуществахъ, „не принадлежащихъ частнымъ лицамъ“, *les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers*, а также въ статьяхъ 650, 714, 1128 и 1598, которыя ограничиваются тѣмъ, что выдѣляютъ имущества, находящіяся внѣ гражданскаго оборота, и затѣмъ ничего о нихъ не говорятъ.

Но эта точка зрѣнія не можетъ считаться послѣдовательно проведенной въ кодексѣ, ибо онъ вообще выдѣляетъ изъ дѣйствія своихъ постановленій лишь имущества, вообще находящіяся внѣ гражданскаго оборота (ст. 650, 714, 1128 и 1598), но не имущества, способныя быть предметомъ собственности и находящіяся во владѣніи казны. Въ нѣкоторыхъ статьяхъ кодексъ прямо даетъ постановленія, относящіяся именно къ имуществамъ этого рода. Ср. ст. 2227.

Ст. 540. Ворота, стѣны, рвы и укрѣпленія крѣпостей тоже принадлежать къ публичному домену (*domaine public*).

Ст. 541. Въ такомъ же положеніи находятся земли и укрѣпленія упраздненныхъ крѣпостей: эти земли принадлежать государству, если не были правильно отчуждены, или если ими никто не завладѣлъ по праву давности.

Такимъ образомъ *code civil* смѣшиваетъ воедино, вопреки тому, чего можно было ожидать по его мотивамъ, всякаго рода имущества, не состоящія въ частной собственности: берега моря, судоходныя рѣки, дороги и наслѣдства, не принятыя ихъ наслѣдниками. Смѣшиваетъ подъ однимъ терминомъ публичнаго домена, который тутъ же опредѣляется, какъ имущества, не способныя быть предметомъ частной собственности.

Постановленія эти дефектны съ двухъ точекъ зрѣнія: во первыхъ, ими устанавливается смѣшеніе такихъ понятій, которыя были расчленены предыдущимъ законодательствомъ: понятія имуществъ публичнаго домена и имуществъ государственныхъ, составляющихъ собственность государства, при чемъ это расчлененіе легло въ основу и многихъ постановленій самого же *code civil*, какъ напр. постановленій о томъ, что имущества государственныя подлежатъ дѣйствию давности, тогда какъ публичный домень изъ дѣйствія ея изъять ¹⁾).

Во вторыхъ, постановленія приведенныхъ статей явно дефектны въ томъ, что признають не допускающими частной собственности, не способными быть ею, такія вещи, способность которыхъ въ этомъ отношеніи стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія: безхозяйныя имущества, земли, нѣкогда занятія вполнѣдствіи упраздненными крѣпостями, „если этою землею никто не завладѣлъ по давности“ ²⁾).

¹⁾ Статьи 2226 и 2227.

²⁾ На крайней неудовлетворительности этихъ статей останавливаются всѣ, кому только случается имѣть съ ними дѣло, при чемъ обыкновенно причину неудовлетворительной редакціи ихъ видятъ въ томъ, что *code civil* не задавался цѣлью точно опредѣлить существо публичнаго домена и государственныхъ имуществъ, ибо это не входило по мысли его авторовъ въ задачи гражданскаго кодекса. Вертелеми. Стр. 393. „...Le Code civil, dans les art. 537 à 543 nous éclaire mal sur la répartition des biens du domaine national en ces deux catégories, le domaine privé et le domaine public...“ Тамъ же, стр. 392. „L'objet incontestable des articles 537 à 543 est de séparer les biens du domaine des biens des particuliers“.

Planiol, *Traité de droit civil*. I. 666—668, указываетъ точно также на то, что авторы *code civil* старались установить лишь противоположеніе имуществъ, находящихся въ обладаніи частныхъ лицъ (для которыхъ только и писался *code civil*), и имуществъ, изъятыхъ изъ этого обладанія. Эти послѣднія имущества, по словамъ *Exposé des motifs*, „sont du ressort d'un Code de droit public“. Получилась, какъ говоритъ Planiol „une division trompeuse“, будто всѣ *biens publics* не подчинены *code civil*'ю.

Такимъ образомъ вся эта глава ¹⁾ оказалась вовсе лишенною практическаго и даже логическаго смысла.

Она была лишена практическаго смысла, потому что, вмѣсто того,

Объясненіе это логически несостоятельно, такъ какъ имущества государственныя въ самомъ же *code civil* во многихъ отношеніяхъ точно отграничены отъ публичнаго домена и подчинены общему гражданскому праву, которому тотъ вовсе не подчиненъ.

Объясненіе это невѣрно и исторически. Современная редакція приведенныхъ статей *code civil* есть результатъ недораазумѣнія, вполнѣдствіи искажившаго смыслъ этихъ статей и съ соображеніями авторовъ кодекса не имѣющаго ничего общаго.

Статья 539-ая, говорящая нынѣ, что имущества безхозяйныя принадлежатъ къ публичному домену, въ первоначальной редакціи, какъ въ редакціи, установленной въ первоначальномъ законѣ, въ составъ котораго эти статьи входили (19 плювіоза XII г.), такъ и при включеніи этого закона въ кодексъ закономъ 30 вентоза того же XII года Республики, гласила, что безхозяйныя имущества принадлежатъ „націи“, а не публичному домену.

Въ тѣхъ же законахъ, въ статьѣ, соотвѣтствующей нынѣшней 541, говорилось, что земли, нѣкогда занятыя упраздненными укрѣпленіями, тоже принадлежатъ „націи“.

Такимъ образомъ по первоначальной редакціи получалось вполнѣ правильное и послѣдовательно проведенное противоположеніе: имущество, вовсе не способныхъ быть предметомъ частной собственности, и имущество, вообще могущихъ состоять въ частной собственности, но почему либо поступившихъ въ собственность государства. Первая категорія называлась публичнымъ доменомъ, *domaine public*, и вовсе исключалась изъ дѣйствія кодекса; про вторую категорію говорилось, что она *appartient à la nation*; она подлежала дѣйствию нѣкоторыхъ постановленій кодекса, но также спеціальнымъ постановленіямъ объ управленіи и отчужденіи имуществъ государственныхъ (ст. 537, ч. 2).

Первой категоріи имуществъ были посвящены статьи 538 и 540, второй 539 и 541. Классификація получалась вполнѣ вразумительная.

При переизданіи кодекса въ 1807 г., уже въ императорскую эпоху, показалось неудобнымъ (*Récy et Tisserant*. Статья *Domaine* у Бэке, томъ XI, стр. 63) говорить объ имуществахъ, принадлежащихъ „націи“, и въ ст. 539 принадлежность націи была замѣнена указаніемъ на принадлежность къ публичному домену, а въ ст. 541 указаніемъ на принадлежность „государству“.

Результатомъ этого лакейства получилось, что во всей этой главѣ кодекса терминологія, прежде выдержанная, совершенно сбилась: имущества „націи“ были отнесены частью къ противопологающемуся имъ публичному домену, а частью выдѣлены въ новую категорію имуществъ „государства“.

Всю эту главу кодекса иногда думаютъ исправить, переставивъ ст. 539 и 540. Но, какъ намъ кажется, этой перестановкѣ потому придаютъ существенное значеніе, что, исправивъ и возстановивъ терминологію статьи 539, забываютъ сдѣлать то-же самое со статьєю 541, которую оставляютъ въ ея теперешней искаженной редакціи.

Попытки возстановить редакцію статьи 541 мы не нашли напр. у возстановливающихъ редакцію статьи 539 *Récy et Tisserant*, у Бэке, ни даже у *Rivière*, *Codes Français*. Большое изданіе, 1902 г., стр. 73.

¹⁾ Книги II, титула I глава III „объ имуществахъ въ отношеніи тѣхъ, кто ими владѣетъ“.

чтобы установить различіе разныхъ родовъ имущества, она все свалила въ одну кучу. Она оказалась лишенною и логическаго смысла потому, что признакъ неспособности быть предметомъ частной собственности распространился на имущества, относительно которыхъ эта ихъ способность стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Но именно въ виду того, что въ новой своей редакціи эти статьи постановляли нѣчто явно несообразное, онѣ не могли приниматься, какъ нѣчто серьезное, и съ постановленіями ихъ просто не считались и не считаются.

§ 3. Настоящее время.

Въ настоящее время правила, опредѣляющія подчиненіе государства процессуальнымъ и матерьяльнымъ нормамъ гражданскаго права, всецѣло обусловливаются указанными выше принципами, установленными въ революціонную эпоху съ одной стороны подъ вліяніемъ недовѣрія къ судамъ, а съ другой стороны подъ давленіемъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, требовавшихъ отъ администраціи крайняго проявленія ничѣмъ не стѣсняемой энергіи.

При такихъ условіяхъ область примѣненія гражданскаго права къ сдѣлкамъ, заключаемымъ органами государства, и вообще къ правоотношеніямъ, въ которыхъ казна является стороною, во Франціи крайне узка ¹⁾.

Что касается договорныхъ отношеній казны, то по французскому праву, по общему правилу, компетентною является судебная власть, и договоры эти подчиняются общему гражданскому праву.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ французское право выработало понятіе „административнаго контракта“, какъ такого договора, заключеннаго администраціею, который исключаетъ примѣненіе къ нему общаго гражданскаго права, и споры по которому подсудны административнымъ, а не гражданскимъ судамъ.

Таковыми административными договорами являются договоры объ общественныхъ работахъ, *marchés de travaux publics*, и договоры поставки, *marchés de fournitures*; и административная подсудность тѣхъ и другихъ есть прямое наслѣдіе дореформенной эпохи.

¹⁾ Быть можетъ тутъ осталось не безъ вліянія и то обстоятельство, что въ современномъ техническомъ языкѣ слово фискъ вовсе не употребляется: съ этимъ словомъ отъ дореформеннаго времени остались слишкомъ тяжелыя и непопулярныя воспоминанія. Ср. напр. Otto Mayer. *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. 1886. Стр. 377, вып. Нерѣдко отсутствіе слова, термина, къ которому можно было бы приурочить тѣ или другія политическія требованія, ту или другую программу, самымъ неблагоприятнымъ образомъ отражается на распространенности этой программы, на ея популярности, на ея напряженности. А подчиненіе государства въ тѣхъ или иныхъ отношеніяхъ общему праву есть всегда уступка, дѣлаемая администраціею общественному мнѣнію.

Прежде всего законъ ¹⁾ предоставилъ вѣдѣнію административныхъ судовъ ²⁾ всѣ споры, возникающіе на почвѣ договоровъ ³⁾ объ общественныхъ работахъ, какимъ бы органомъ публичнаго управленія этотъ договоръ ни былъ заключенъ: государствомъ, департаментомъ, общиною, колоніею, приходомъ (*fabrique*) или даже синдикатомъ, *association syndicale* ⁴⁾.

При этомъ понятіе общественныхъ работъ толкуется административными судами весьма широко: сюда относятся снабженіе городовъ водою и газомъ, подряды по очисткѣ улицъ, подряды по содержанію заключенныхъ въ тюрьмахъ и т. п. ⁵⁾.

Что касается поставокъ, то подъ этимъ тоже понимаются весьма разнообразныя договоры: поставка тѣхъ или другихъ товаровъ и матерьяловъ, перевозка казенныхъ вещей и т. п. ⁶⁾.

Подъ понятіе поставки подводится между прочимъ и всякая покупка движимости казною ⁷⁾.

Договоры о публичныхъ работахъ и о казенныхъ поставкахъ отличаются отъ общихъ гражданскихъ договоровъ не только своею подсудностью, но и въ матерьяльно-правовомъ отношеніи. Прежде

¹⁾ Законъ 28 плувіоза VIII г.

²⁾ Совѣтовъ префектуры.

³⁾ Эти договоры, *marchés*, не должны быть заключаемы непременно съ торговъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ они могутъ быть заключаемы и по вольной цѣнѣ, *de gré à gré*. Симона, стр. 506, 508.

⁴⁾ Лаферриеръ, т. I, стр. 597. Но совѣтъ префектуры вѣдаетъ только споры между подрядчикомъ и администраціею, а не между подрядчикомъ и третьими лицами, хотя бы его рабочими или под-подрядчиками (*les entrepreneurs de l'entrepreneur*). Но и третьи лица могутъ оказаться подсудными совѣту префектуры: это бываетъ во всѣхъ тѣхъ многочисленныхъ и весьма широко толкуемыхъ случаяхъ, когда кто либо утверждаетъ, что ему причинены убытки самими работами, самымъ предпріятіемъ Лаферриеръ. Томъ II, стр. 128—129.—Оріу, стр. 666 и слѣд.

⁵⁾ Лаферриеръ, томъ I, стр. 597. Томъ II, стр. 122—124.

⁶⁾ Замѣчательно при этомъ, что договоры поставки, заключенные департаментами, общинами и вообще всѣми публично-правовыми лицами, кромѣ государства, подсудны общимъ судамъ. Но противъ этого администрація прибѣгаетъ къ тому средству, что, пользуясь неопредѣленностью понятія публичныхъ работъ, подводитъ эти поставки подъ понятіе департаментскихъ или общинныхъ общественныхъ работъ, которыя подсудны административнымъ судамъ. Лаферриеръ, т. I, стр. 598.

Согласно закону 11 іюня 1806 г. договоры казенной поставки подсудны Государственному Совѣту. Дарестъ, стр. 315.—Лаферриеръ, II, стр. 138—148.—Бертелеми, стр. 489.

Вообще эти два договора, общественныхъ работъ и поставокъ, считаются фр. правомъ весьма близкими другъ къ другу, другъ въ друга переходящими и часто переплетающимися: таковы договоры о содержаніи тюремныхъ зданій и лицъ заключенныхъ въ нихъ. Лаферриеръ, томъ II, стр. 123—124.

⁷⁾ Лаферриеръ, I, стр. 596—598.—Дарестъ, стр. 310.—Симона, стр. 150—151.

всего, соотвѣтственные части *code civil* признаются не имѣющими силы по отношенію къ этимъ договорамъ. Взаимныя права и обязанности сторонъ опредѣляются особыми нормальными договорами ¹⁾).

По сколько же договоры, заключенные государствомъ или самоуправляющимися единицами, не подходят подъ договоры поставки или публичныхъ работъ, и по сколько эти договоры по содержанию и по формѣ своей подходят подъ договоры, предусмотрѣнные и регламентируемые гражданскими законами ²⁾, казна и во Франціи признаетъ для себя эти законы обязательными и признаетъ свою подсудность общимъ судамъ ³⁾, или, какъ говорилось въ одномъ аррѣтѣ Директоріи ⁴⁾, „нація, посредствомъ великолѣпной фикціи снимаетъ съ себя свой суверенитетъ и въ лицѣ своихъ органовъ становится передъ безстрастнымъ судомъ, обсуждаетъ передъ нимъ свое право и заранѣе подчиняется тому же приговору, который могъ бы постичь и простого частнаго человѣка“.

Что касается государственныхъ имуществъ, то въ настоящее время всею совокупностью законодательныхъ постановленій вещи,

¹⁾ Лаферриеръ, томъ II, стр. 120—122. Постановленія гражданского кодекса не могутъ быть приводимы и для восполненія пробѣловъ, которые оказались бы въ договорѣ, заключенномъ казною. Лаферриеръ, тамъ же стр. 142.—Изъ отступленій отъ общаго права, какъ на самое существенное, можно указать на то, что въ то время какъ по общему правилу статьи 1134 *code civil* законно заключенные договоры могутъ быть расторгнуты, внѣ случаевъ, закономъ установленныхъ, только со взаимнаго согласія договаривающихся сторонъ, каждый договоръ, заключенный казною, можетъ быть односторонне расторгнутъ подлежащимъ министромъ, когда того „требуютъ общественные интересы“. Лаферриеръ, I, стр. 432. И когда администрація расторгаетъ договоръ по одностороннему своему усмотрѣнію, то за контрагентомъ казны признается право на возмѣщеніе лишь понесенныхъ имъ убытковъ, но не той выгоды, которой онъ лишился, чего категорично требовала бы статья 1149 того же *code civil*.—Дарестъ, стр. 275—276, 313.—Лаферриеръ, томъ II, стр. 141. По его словамъ, за послѣднее время, съ 1875 г., Госуд. Совѣтъ, въ случаѣ расторженія договора казною при опредѣленіи размѣра вознагражденія ея контрагента, принимаетъ во вниманіе и ту выгоду, которой тотъ лишился. — Ср. Симонэ, стр. 515, 519.—Бертелеми, 1902, стр. 489.

²⁾ Поэтому напр. если отношенія казны и ея контрагента опредѣляются не указанными выше нормальными договорами, а общими правилами гражданского кодекса или, въ случаѣ перевозки по желѣзной дорогѣ, если казна перевозитъ по общему тарифу и на общихъ условіяхъ, то это разсматривается не какъ поставка или публичная работа въ техническомъ смыслѣ, и возникающіе споры подсудны общимъ судамъ. Лаферриеръ, томъ II, стр. 139.

³⁾ Но при этомъ, если контрагентъ казны получилъ отъ нея какія либо деньги въ видѣ аванса или задатка, и казна почему либо имѣетъ право на полученіе этихъ денегъ обратно, то постановленіе объ этомъ можетъ быть издаваемо властью министра, помимо какого бы то ни было обращенія къ суду. Лаферриеръ, т. I, стр. 437—442.

⁴⁾ 2 нивоа IV года.

состоящія въ вѣдѣніи государства, дѣлятся ¹⁾ на *domaine public* (d. p. national) и на *domaine de l'Etat* (d. privé de l. E.)

Первыя признаются вовсе изъятыми изъ частной собственности и потому неотчуждаемыми и не подлежащими дѣйствию давности, *inaliénables et imprescriptibles*; вторыя составляютъ частную собственность государства, отчуждаемую и подлежащую дѣйствию давности.

Первая категорія представляетъ категорію вещей чисто публичныхъ, юридическое положеніе которыхъ всецѣло опредѣляется нормами административнаго права. Вещи эти находятся въ вѣдѣніи административныхъ властей съ устраненіемъ властей судебныхъ.

Вторая категорія представляетъ значительныя точки сближенія съ общимъ гражданскимъ правомъ.

Публичный доменъ всецѣло ввѣренъ сохраненію и завѣдыванію административныхъ властей. Поэтому только онѣ и могутъ разрѣшать вопросъ о принадлежности того или другого имущества къ этому домену.

Правило это примѣняется не только къ опредѣленію границъ такъ называемаго естественнаго публичнаго домена, *domaine public naturel*, т. е. имуществъ, принадлежащихъ къ публичному домену по самой своей физической природѣ (судоходныя рѣки), но и къ такъ называемому искусственному домену, *domaine public artificiel*.

При опредѣленіи границъ того, что по мнѣнію администраціи входитъ въ составъ публичнаго домена, на дѣлѣ могутъ быть захвачены частныя недвижимыя имущества, по общему правилу подсудныя только общимъ судамъ. Возникающій такимъ образомъ конфликтъ между администраціей и судомъ установившеюся практикою разрѣшается такъ, что администрація по своему усмотрѣнію опредѣляетъ границы публичнаго домена, захватывая при этомъ всѣ тѣ земли, которыя считаетъ входящими въ этотъ доменъ. Кто считаетъ свои права собственности нарушенными подобнымъ захватомъ, можетъ ²⁾ жаловаться въ судъ, доказывая, что захвачены и его земли. Судомъ въ такомъ случаѣ устанавливается право на полученіе вознагражденія за занятую администраціею землю. Но вопросъ о необходимости самого занятія разрѣшается администраціею ³⁾.

Что же касается участковъ земли, которыми казна владѣетъ на

¹⁾ Б э к а, томъ XI, 1892. Статья *Domaine*, стр. 63 и сл. и 363 и сл. — С и м о н а, стр. 215 и сл. 223 и сл. — О р і у, стр. 577 и сл., 600 и сл. — Б е р т е л е м и, стр. 389 и сл., 481 и сл.; и друг.

²⁾ Конечно, независимо отъ жалобы въ административномъ порядкѣ, имѣющей цѣлью отгнать или измѣненіе подлежащимъ начальствомъ правонарушающаго акта.

³⁾ По вопросу о границахъ компетенціи суда и администраціи по этимъ вопросамъ, см. Б э к а, XI, 1892, стр. 177—185.—Ср. Д а р е с т ь, стр. 253—257.—Л а ф е р р і э р ь, стр. 544—553.—С и м о н а, стр. 227.

правъ частной собственности, то въ настоящее время всякіе споры между казною и частными лицами о правѣ собственности на участки земли, составляющіе *domaine de l'Etat*, а равно и споры о границахъ этихъ участковъ разрѣшаются общими судами на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ ¹⁾.

Случаи, когда по поводу недвижимыхъ имуществъ, составляющихъ *domaine de l'Etat*, и связанныхъ съ ними правъ исключается компетенція общихъ судовъ, во французскомъ правѣ сравнительно рѣдки. Сюда относятся споры по поводу установленнаго въ казенныхъ земляхъ (или лѣсахъ), права пользовапія, узуса, но не узуфрукта, подчиняющагося общимъ правиламъ ²⁾, и, что практически всего существеннѣе, дѣла по продажѣ казенныхъ имуществъ.

Что касается продажи недвижимыхъ имуществъ, то исключеніе ея изъ вѣдѣнія общихъ судовъ объясняется историческими причинами, въ настоящее время утратившими свое значеніе; но сохраненіе административной подсудности находитъ себѣ оправданіе въ своеобразныхъ матерьяльно правовыхъ нормахъ, которыми опредѣляются послѣдствія этихъ продажъ ³⁾.

¹⁾ Б э к э, томъ XI, стр. 213—227.—Д а р е с т ь, стр. 242 и сл. При этомъ однако при спорахъ относительно *domaine de l'Etat*, разрѣшаемыхъ судомъ на общемъ основаніи, казна имѣетъ права такъ называемой *main garnie*, т. е. можетъ, не дожидаясь состоявшагося рѣшенія, вступить во владѣніе спорною землею.—Д а р е с т ь, стр. 240—241. То же самое право конечно имѣется у государства, когда споръ идетъ о *domaine public*. То же сочиненіе, стр. 255. Компетенція общихъ судовъ установлена законами 28 окт.—5 ноября 1790 г. и 15—27 марта 1791 г.—Л а ф е р р і э р ь, томъ I, стр. 556. — D a l l o z, Répertoire de législation Томъ XVII, 1851 г., стр. 135.

²⁾ Д а р е с т ь, стр. 244—246.

³⁾ Въ революціонное время имущества, конфискованныя у духовенства или у эмигрантовъ, составляли фондъ, путемъ продажи котораго правительство получало значительныя средства. Подчинить эти продажи общему праву въ виду шаткости самого правооснованія казны казалось невозможнымъ. Къ тому же эти имущества продавались свободными отъ всякихъ лежавшихъ на нихъ залоговыхъ и иныхъ обремененій. Для обезпеченія правъ приобрѣтателей постановлено было, что даже если правительство продастъ имущество, принадлежащее третьему лицу, то это лицо можетъ искать свои убытки съ казны, но, въ противности тому общему правилу, что продажа чужой вещи недѣйствительна, покупщикъ у казны сохранялъ свои права и не могъ быть безпокоймъ дѣйствительнымъ собственникомъ. Даже въ томъ случаѣ, если въ составѣ проданнаго имущества находились вещи, которыя по общему правилу не могутъ быть предметомъ частной собственности (берегъ моря), то и онѣ становились собственностью приобрѣтателя. Словомъ, эти „національныя продажи“ являлись не столько гражданскими сдѣлками сколько актами власти. Поэтому онѣ вполне послѣдовательно и были изъяты изъ вѣдѣнія судовъ. Законъ 28 плювіоза VІІІ г., предоставившій вѣдѣніе споровъ, возникавшихъ изъ этихъ продажъ, совѣтамъ префектуры, остался вѣрнымъ принципу, отъ котораго революціонное законодательство не отступало. Съ реставраціи, съ 1814 г., эти „національныя продажи“ прекратились, и современныя продажи государств-

Приобрѣтеніе казною земель во всякомъ случаѣ, со всѣми возникающими по поводу него вопросами, подсудно общимъ судамъ ¹⁾.

Что же касается всякаго рода договоровъ по недвижимымъ имуществамъ, какъ-то договоровъ о правѣ охоты, рыбной ловли, въѣзда въ лѣсъ и т. п., то всѣ эти договоры по общему правилу подсудны общимъ, а не административнымъ судамъ ²⁾. Точно также подсудны общимъ судамъ и договоры, заключаемые казною по найму недвижимыхъ имуществъ, принадлежащихъ частнымъ лицамъ ³⁾.

Такимъ образомъ, въ настоящее время, не смотря на то положеніе, что казна по договорамъ съ обывателями подсудна общимъ судамъ и подчинена общему гражданскому праву, на дѣлѣ тѣ изъ договоровъ, которые представляютъ наибольшее практическое значеніе, изъяты изъ вѣдѣнія гражданскихъ судовъ, а слѣдовательно, какъ мы увидимъ ниже, и изъ дѣйствія гражданскихъ законовъ. Таковы договоры по приобрѣтенію казною всякаго рода движимыхъ имуществъ (поставки) и всѣ договоры, такъ или иначе связанные съ производствомъ публичныхъ работъ.

Что касается государственныхъ доменовъ, то гражданскому праву и гражданской подсудности подчиненъ только домень, состоящій въ частной собственности казны, публичный же домень, т. е. не только предметы, по природѣ своей изъяты изъ частной собственности, но и предметы, изъяты изъ нея по назначенію своему подчинены публичному праву и административной подсудности. Но и частный домень казны изъять изъ вѣдѣнія гражданскихъ судовъ, по сколько

ныхъ доменовъ по существу своему не отличаются отъ всякой продажи вообще. (Д а р е с т ь, стр. 308—310). Поэтому можно было бы предположить, что административная подсудность этихъ дѣлъ будетъ замѣнена общею гражданскою подсудностью, тѣмъ болѣе, что для административной подсудности нѣтъ для этихъ продажъ никакого законнаго основанія, а общія начала права требуютъ подсудности гражданскимъ судамъ. Но административные суды не любятъ отказываться отъ дѣлъ, которыя такъ или иначе въ нихъ попали, и Государственный Совѣтъ постоянно признавалъ, что и споры, возникающіе по поводу обыкновенныхъ продажъ государственныхъ имуществъ, подсудны административнымъ судамъ. Даже такой сторонникъ административныхъ судовъ, какъ Л а ф е р р і э р ь, и тотъ считаетъ, что компетенція общихъ судовъ тутъ была бы болѣе резонною. Л а ф е р р і э р ь, томъ I, стр. 555—559.—Ср. О р і у, стр. 788.—Б е р т э л е м и, стр. 36—38, 490—494.

¹⁾ Д а р е с т ь, стр. 310. Исключеніе, не имѣющее впрочемъ существеннаго значенія, представляютъ добровольныя уступки казнѣ земель для производства на нихъ тѣхъ или другихъ общественныхъ работъ: если это работы только еще предполагаемыя, то дѣла, сопряженныя съ такою безвозмездною уступкою, вѣдаются не судами, а администраціею. Л а ф е р р і э р ь, томъ I, стр. 561—563; томъ II, стр. 127.

²⁾ Л а ф е р р і э р ь, томъ I, стр. 588—595.

³⁾ Тамъ же, стр. 596.

дѣло идетъ объ актахъ продажи отдѣльныхъ земель или о спорахъ, связанныхъ съ этою продажей.

Итакъ, въ концѣ концовъ, въ имущественныхъ правоотношеніяхъ казны область примѣненія гражданскаго права и гражданской подсудности ограничивается сдѣлками и отношеніями, имѣющими сравнительно меньшее практическое значеніе. Все практически существенное отошло въ область административной юрисдикціи и дѣйствія публичнаго права.

Въ заключеніе стоитъ отмѣтить, что передача тѣхъ или другихъ дѣлъ имущественнаго характера въ вѣдѣніе гражданскихъ судовъ и подчиненіе ихъ общему гражданскому праву совершилось во Франціи отнюдь не отъ того, чтобы въ этомъ нуждалось само правительство: оно само прекрасно управлялось и при административной трактовкѣ этихъ дѣлъ. Въ передачѣ нѣкоторыхъ дѣлъ казны въ вѣдѣніе гражданскихъ судовъ можно видѣть только уступку народной ненависти къ старому фискальному управленію. И что на эту уступку правительство шло неохотно, отнюдь не видя въ этомъ никакого удобства собственно для себя и для дѣла, видно хотя бы изъ того, что въ тѣхъ дѣлахъ, которымъ придавали существенное значеніе съ точки зрѣнія интересовъ управленія, сохранили прежнюю административную постановку (продажа національныхъ имуществъ, подряды, общественныя работы).

И административная подсудность важнѣйшихъ имущественныхъ сдѣлокъ казны сама по себѣ отнюдь не является чѣмъ либо противорѣчающимъ интересамъ твердости правъ.

Если мы посмотримъ, какъ относятся сами французы къ административной подсудности казенныхъ дѣлъ, считаютъ ли они подобный порядокъ вещей нарушеніемъ основныхъ принциповъ права, или же они этимъ порядкомъ довольны, то въ противоположность тому отношенію, которое можно прослѣдить въ первой половинѣ XIX вѣка, а отчасти и во времена Второй Имперіи, теперь и научная литература, и журнальная производятъ впечатлѣніе полной удовлетворенности административною подсудностью дѣлъ казны, и примѣненіе къ этимъ дѣламъ своеобразнаго административнаго права вмѣсто общаго гражданскаго не представляется ни нарушеніемъ интересовъ законности, ни нарушеніемъ интересовъ контрагентовъ казны.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Казна въ Италіи.

Въ отдѣльныхъ государствахъ Италіи положеніе казны слѣдовало своей собственной судьбѣ. Но такъ какъ жизненныя условія во всѣхъ этихъ государствахъ были приблизительно одинаковыми, то и судьба дѣлъ фиска повсемѣстно была почти что та же.

Повидимому типичнымъ для Италіи среднихъ вѣковъ былъ сицилійскій законъ Фридриха II, который въ первой половинѣ XII вѣка учредилъ особаго судью для тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ казна была истцомъ ¹⁾, при чемъ въ Сициліи этимъ судьей являлся завѣдующій дворцомъ (*maestro camerario*); что же касается тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ казна была отвѣтчикомъ, то эти дѣла разсматривались совмѣстно этимъ камераріемъ и провинціальнымъ судьей, но если дѣло касалось какого либо существеннаго вопроса, то по выясненіи дѣла этимъ совмѣстнымъ разсмотрѣніемъ его судьей и камераріемъ, оно отсылалось въ Совѣтъ Короля, который одинъ могъ постановить окончательное рѣшеніе ²⁾.

Въ Средніе вѣка въ Италіи неоднократно дѣлались попытки подчинить казну общему праву. Таковы законы Карла II-го неаполитанскаго вторая половина XIII в.), папы Гонорія (повидимому IV-го, 1285—1287)

¹⁾ Какъ мы видѣли, въ эпоху каролинговъ у франковъ фискъ искалъ въ общихъ судахъ, и только для случаевъ, когда фискъ былъ отвѣтчикомъ, дѣло направлялось въ путяхъ милосердія. Съ завоеваніемъ франками Лонгобардскаго королевства эти принципы перешли и въ сѣверную Италію. Pertile. *Storia del diritto italiano*. Томъ VI. Стр. 154. Ср. однако Soh m. *Die Altddeutsche Reichs und Gerichtsverfassung*, I. 1871. Стр. 26 и Roth. *Feudalität und Unterthanenverband*. 1863. Стр. 225.

²⁾ Pertile. *Storia del diritto italiano*. VI. 1900. Стр. 154. Le costituzioni sicule di Federico II attribuirono le cause attive del fisco ad un proprio giudice, ch' era il maestro camerario; quando poi alle passive, non si scostarono gran fatto dalla maxima del tempo carolingico. Imperocchè ordinarono, che ove il fisco fosse citato in giudizio, esaminassero insieme la cosa il maestro camerario ed il giudistiziero della provincia; ed allorchè la causa era pienamente istruita, se si trattava di un oggetto rilevante, in luogo di pronunciar la sentenza dovessero spedire gli atti alla gran corte, alla quale unicamente era riservata la decisione.

и Джованни I (Ницца и Провансъ); они устанавливали, что фискъ подсуденъ общимъ судамъ и подчиняется общему праву съ отмѣною всѣхъ привилегій, которыми до того времени пользовался. Но мало по малу фискъ повсемѣстно снова приобреталъ привилегированную подсудность ¹⁾.

Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ для дѣлъ фиска было указано какое либо специальное учрежденіе. Такъ напр., согласно статутамъ Амедея VIII ²⁾, дѣла фиска разсматривались въ особомъ „постоянномъ совѣтѣ“ ³⁾. Но по общему правилу тѣ же самыя чиновники, которые завѣдывали государственными имуществами или вообще тою или другою отраслью государственнаго управленія, были также и судьями, разсматривавшими спорныя дѣла судебного характера, возникавшія по поводу ввѣренной имъ отрасли управленія ⁴⁾. Однако обыкновенно и передъ этими чиновниками, являвшимися такимъ образомъ для фиска его специальными судьями, подданные могли предъявлять иски къ фиску, или правильнѣе, могли просить, чтобы эти чиновники разсмотрѣли ихъ требованіе къ фиску не иначе, какъ предварительно испросивъ на то особое повелѣніе въ порядкѣ королевскаго или герцогскаго, или какого иного милосердія ⁵⁾.

¹⁾ „Sebbene queste prescrizioni venissero successivamente annulate nel Napoleano dai capitoli di Carlo II e di papa Onorio, i quali ordinavano che il fisco in giudizio non dogesse d'alcun privilegio, e quindi anche Giovanna I comandasse che a Nizza e in la Provenza le liti del fisco si giudicassero dai tribunali ordinari, esso venne via via acquistando un foro speciale“. Pertile. Стр. 156.

²⁾ Графъ Савойскій, съ 1391 г.—Съ 1416—герцогъ.

³⁾ „Per gli statuti d'Amedeo VIII e di sui successori era il consiglio residente, se il principe non assignava di caso un'altra magistratura“. Pertile. Томъ VI. стр. 156.

⁴⁾ „...altrove fu un tribunale apposito; ma in generale quei medesimi magistrati ch'erano prepositi all'amministrazione del patrimonio dello stato e alla tutela delle sue ragioni, ne furono i giudici competenti: e però a Venezia gli avogadori del comune, in Sicilia e in Sardegna la camera della sommaria, la camera apostolica a Roma e la granducale a Firenze. Pertile. Томъ VI. Стр. 156.—Ср. по этому вопросу Enciclopedia Giurica Italiana. Томъ XIV часть 2, выпускъ 347, стр. 796 и сл.—M. Antonius Peregrinus. Tractatus de juribus et privilegiis fisci. 1608. Стр. 783. „In fiscalibus itaque causis iudex particularis, ex Principum constitutionibus et ex usu designatus reperitur: nempe procurator Caesaris (sic enim appellatur), qui de causis fiscalibus cognoscit“.—Въ Церковной Области до самыхъ послѣднихъ ея дней, а въ Ватиканѣ (въ Римской церкви) и посейчасъ Camera (thesauraria) Apostolica являлась и является учрежденіемъ не только финансовымъ, но и судебнымъ. См. Hinschius. Das Kirchenrecht, томъ I. 1869 стр. 405.—Phillips. Kirchenrecht 1881. IV. 408.—Ср. параллели между этимъ церковнымъ учрежденіемъ и финансовыми учрежденіями свѣтскихъ князей въ цитированныхъ мѣстахъ Phillips'a и Hinschius'a, а также у Phillips'a, Kirchenrecht 1881. Стр. 358.

⁵⁾ M. Antonius Peregrinus. Tractatus de juribus et privilegiis fisci. II изда- ние 1608 г. Стр. 785. „Primo itaque notandum est quod privatus non potest convenire fiscum sui Principis nec Principem in jus citra veniam impetrationem“.

Во всякомъ случаѣ, что касается твердости и опредѣленности права въ фискальныхъ дѣлахъ, то по отзывамъ итальянцевъ дѣла эти составляли позоръ общественнаго строя того времени ¹⁾, и имѣть казну своимъ противникомъ считалось крайне опаснымъ ²⁾.

Со времени наполеоновскихъ войнъ въ государствахъ Италіи, въ особенности сѣверной, начали утверждаться по вопросу о подсудности казны и о подчиненіи ея общему праву порядка, вполне аналогичные французскимъ.

Но въ Италіи не произошло превращенія административныхъ судовъ въ установленія судебного характера, представляющія достаточныя гарантіи правосудія, какое произошло во Франціи въ особенности съ Государственнымъ Совѣтомъ, дающимъ тонъ всей французской административной юстиціи. Въ Италіи административно-судебными установленіями были повидимому очень недовольны, и либеральное движеніе, совпавшее съ объединеніемъ Италіи, привело къ отмигнутию административныхъ судовъ. Закономъ 25 марта 1865 г. дѣла имъ подвѣдомственныя были переданы частью въ общіе суды, частью въ учрежденія чисто административныя ³⁾.

Съ точки зрѣнія гарантій законности эта реформа, вообще говоря, имѣла для Италіи самыя нежелательныя послѣдствія: канцеляріи разныхъ присутственныхъ мѣстъ, куда было передано большинство дѣлъ, вѣдавшихся административными судами, представляли конечно еще меньше гарантій правильности разрѣшенія дѣлъ, чѣмъ прежніе административные суды ⁴⁾. Что самое существенное, несовершенства административныхъ судовъ могли быть исправлены, а непригодность административныхъ канцелярій въ качествѣ органовъ надзора не устраняема никакимъ усовершенствованіемъ этихъ канцелярій.

Но что касается собственно дѣлъ по договорамъ и обязательствамъ, заключеннымъ казною, и по казеннымъ недвижимымъ имуществамъ, то эти дѣла частью перешли изъ административныхъ судовъ въ общіе. И для этихъ дѣлъ реформа 1865 представлялась существеннымъ улучшеніемъ.

Когда реформами 1889 — 1890 гг. были возстановлены административные суды ⁵⁾, то компетенція общихъ судовъ урѣзана не была,

¹⁾ Peregginus. Стр. 783, говоритъ, что *fiscus*, какъ противникъ, назывался *formidolosus*.

²⁾ Nel medio evo i fasti del fisco e degli agenti fiscali costituirono una vergogna degli ordinamenti sociali. Enciclopedia giuridica italiana, указанные выше томъ, часть и выпускъ, стр. 795.

³⁾ Orlando. Principes de droit public et constitutionnel, французскій переводъ Brissaud. 1902, стр. 391.

⁴⁾ Лаферриеръ, I, стр. 73.

⁵⁾ Лаферриеръ, I, стр. 74—77.

и такимъ образомъ тѣ дѣла казеннаго управленія, которыя послѣ 1865 г. перешли къ нимъ, у нихъ и остались ¹⁾).

Такимъ образомъ, благодаря реформѣ 1865 года, въ связи съ реформами 1889—1890 гг., Италія перешла отъ системы, почти тождественной съ французской, къ системѣ, очень близко подходящей къ германской: государственныя имущества и дѣла по договорамъ имущественнаго характера, заключеннымъ казною, поступили въ вѣдѣніе общихъ судовъ и естественно подчинились дѣйствию общаго гражданскаго права.

¹⁾ Brusa. Das Staatsrecht des Königreichs Italien. 1892 (въ коллекціи Marquardsen). Стр. 298—301.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Казна въ Англіи.

Положеніе въ англійскомъ правѣ тѣхъ дѣлъ, которыя, согласно германской теоріи, относятся къ категоріи дѣлъ фиска, является особенно оригинальнымъ. Тамъ цѣлая сложная система историческихъ причинъ препятствовала образованію той идеи, что въ своихъ имущественныхъ дѣлахъ государство можетъ быть подсудно общимъ судамъ и быть подчинено общему праву.

Прежде всего, субъектомъ всѣхъ имущественныхъ правъ государства признавался самъ король. До 1760 г. всѣ государственные доходы были его личными доходами, изъ которыхъ онъ покрывалъ издержки по государственному управленію¹⁾. Когда завѣдываніе государственными доходами перешло въ руки парламента, и король началъ для удовлетворенія своихъ личныхъ потребностей получать опредѣленную *liste civile*²⁾, то стороною во всѣхъ дѣлахъ, такъ или иначе затрагивающихъ государство, все таки продолжалъ и продолжаетъ и по настоящее время считаться король³⁾.

Это положеніе въ связи съ тѣмъ принципомъ, что въ Англіи всякая юстиція была всегда юстиціей короля, и что никто самому себѣ не подсуденъ, привели къ тому, что вообще никакой искъ къ королю, къ казнѣ, къ государству не былъ возможенъ⁴⁾.

Подобный выводъ, по существу своему довольно теоретическаго характера, подкрѣплялся цѣлымъ рядомъ условій вполне „реальнаго“ свойства. Вплоть до XVII вѣка англійскіе короли были монархами, пользовавшимися наибольшею степенью власти во всей западной Европѣ. Въ острые моменты исторіи, когда англійскіе короли имѣли противъ себя сплотившуюся противъ нихъ націю, они шли на тѣ или другія уступки политическаго характера. Но по отношенію къ каждому отдѣльному частному лицу король представлялся чѣмъ то та-

¹⁾ Gneist. Das Englische Verwaltungsrecht. 1867 г. Стр. 28 и 453. Глассонъ. IV, 83.

²⁾ Гнейстъ. Исторія государственныхъ учрежденій Англіи. Переводъ Венгерова. 1885. Стр. 748—749.—Дарестъ. 249.

³⁾ Честеръ, стр. 4.—Стифенъ, III, стр. 666 и сл.

⁴⁾ Стифенъ, III, стр. 666.—Глассонъ, VI, стр. 15.

кимъ несоизмѣримо высшимъ, что не могло возникнуть и самой мысли о томъ, чтобы передъ какимъ либо судилищемъ англійскій король, какъ какой то германскій фюрстъ, могъ быть поставленъ *ut privatus*, какъ сторона равноправная обывателю ¹⁾.

Казна, какъ собственникъ земли, вообще мало отличается отъ другихъ собственниковъ, и въ нѣкоторыхъ государствахъ подчиненіе казны общему праву и общей гражданской подсудности начиналось именно съ дѣлъ поземельныхъ.

Въ Англии и это отверстіе для проникновенія общаго права въ дѣла казны оказалось до извѣстной степени заткнутымъ: благодаря своеобразнымъ условіямъ англійской феодальной системы, король считался единственнымъ прямымъ и полнымъ собственникомъ земли; и въ видѣ юридической фикціи это держится и до сихъ поръ: всѣ землевладѣльцы считаются держащими землю отъ короля ²⁾. И прежде оно дѣйствительно такъ и было. Такимъ образомъ, во многихъ поземельныхъ дѣлахъ въ Англии право обывателя ни въ коемъ случаѣ не могло противопоставляться праву короля, какъ право, его праву равное.

Что касается всякихъ имущественныхъ дѣлъ короля, доходовъ съ его доменовъ и всякаго рода поступленій, имѣвшихъ публичный характеръ, то всѣ они со времени норманскаго завоеванія неизмѣнно вѣдались органами королевской администраціи, разрѣшавшими и всѣ возникавшіе по поводу ихъ правовые вопросы ³⁾.

При этомъ вопросы, согласно германской теоріи фиска признаваемые частно правовыми, не были вовсе обособлены отъ вопросовъ чисто публичныхъ, податныхъ, и вѣдались тѣми же органами казеннаго управленія.

Центромъ финансоваго, казеннаго управленія являлся *Exchequer*, который для разрѣшенія правовыхъ вопросовъ, возникавшихъ по поводу королевскихъ доходовъ, засѣдалъ въ видѣ такъ называемаго *scaccarium* ⁴⁾, или впоследствии *Court of Exchequer*.

Дѣятельность органовъ казеннаго управленія вызывала довольно горькія нареканія ⁵⁾. Это впрочемъ судьба фискальныхъ органовъ на всемъ свѣтѣ.

Но весьма характерно, что судебная компетенція органовъ финансоваго управленія сохранилась, не смотря на всѣ перевороты, которые приходилось переживать англійскому государственному строю.

¹⁾ См. выше, стр. 20—23.

²⁾ Глассонъ. VI, стр. 321.—Гнейстъ, Ист. государств. учрежд. Англии. Русск. пер. Венгерова. Стр. 113 и 519.

³⁾ Глассонъ. II, стр. 321—323, 335.

⁴⁾ Гнейстъ. Исторія госуд. учр. Англии. Пер. Венгерова. 195.

⁵⁾ Гнейстъ. Исторія государственныхъ учреждений Англии. Переводъ Венгерова. Стр. 177, 343.—Глассонъ. IV, 328.

Надо думать, что съ точки зрѣнія доставлявшейся ими правоохраны они дѣйствовали въ общемъ удовлетворительно, даже и въ вопросахъ, по характеру своему приближавшихся къ частно-правовымъ.

Повидимому это надо объяснять причинами двоякого характера: во первыхъ тѣмъ, что въ Англіи вся вообще администрація находится подъ общимъ контролемъ судовъ, а во вторыхъ тѣмъ, что мѣсто, гдѣ разрѣшались спорные вопросы фискальнаго характера, мало по малу приобрѣло значеніе общаго судебного мѣста, въ которомъ могли разсматриваться и чисто гражданскія дѣла между частными лицами ¹⁾.

Лица, судившія въ Exchequer, назывались *barones scaccarii*, и такимъ образомъ ихъ судъ для всѣхъ былъ *judicium regium* ²⁾. Однако въ эпоху Эдуардовъ этотъ судъ продолжаетъ занимать нѣсколько подчиненное положеніе, по сравненію съ Court of Kings Bench и Court of Common Pleas ³⁾; но при Тюдорахъ ⁴⁾ бароны казначейства были сравнены въ достоинствѣ съ высшими судьями. Въ послѣднія столѣтія Судъ Казначейства занялъ положеніе равное другимъ двумъ высшимъ судамъ въ королевствѣ ⁵⁾, и наконецъ, въ силу реформъ 1873 и 1880 гг. ⁶⁾ окончательно съ ними слился, образовавъ съ ними Kings Bench Division.

Въ Exchequer дѣла чисто публичныя, напр. податныя, не различались отъ дѣлъ, по германской теоріи фиска относящихся къ частно-правовымъ дѣламъ казны.

Разрѣшеніе обѣихъ этихъ категорій дѣлъ, въ особенности въ низшихъ инстанціяхъ, было обставлено гораздо меньшими гарантіями, чѣмъ разрѣшеніе дѣлъ чисто судебныхъ. Но и тѣхъ гарантій, которыя существовали, было повидимому достаточно. По крайней мѣрѣ ничто не указываетъ на то, чтобы общественное мнѣніе въ Англіи требовало передачи части фискальныхъ дѣлъ, и именно той части, которая у насъ признается гражданскими правоотношеніями казны, въ вѣдѣніе общихъ судовъ, съ изъятіемъ ихъ изъ вѣдѣнія администраціи.

¹⁾ По существу своему Exchequer долженъ былъ бы вѣдать лишь дѣла казны; но и всякое гражданское дѣло между двумя обывателями могло стать ему подсуднымъ, если истецъ утверждалъ, что изъ-за того, что отвѣтчикъ не платитъ своего долга или вообще не исполняетъ того, что съ него ищутъ, истецъ самъ оказывается не въ состояніи исполнить своей обязанности передъ казною, т. е. передъ королемъ. Отвѣтчикъ не могъ оспаривать этого заявленія истца.—Г л а с с о н ъ. VI, 431.—Г н е й с т ъ. Ист. Госуд. учрежд. Англіи. Русск. пер. Венгерова, Стр. 196, 343.

²⁾ Г н е й с т ъ. Исторія государств. учрежд. Англіи. Русск. пер. Венгерова стр. 195 и 231.

³⁾ Тамъ-же, стр. 343.

⁴⁾ Тамъ-же, стр. 344.

⁵⁾ G n e i s t. Das Englische Verwaltungsrecht. 1867. Стр. 1206—1221.

⁶⁾ С т и ф е н ъ. III. 375.

Но по нѣкоторымъ дѣламъ, прежде всего по дѣламъ о недвижимо-
мостяхъ, по скольку право короны было основано на титулѣ, по при-
родѣ своей аналогичномъ титуламъ частно-правовымъ, англійское
право отступило отъ послѣдовательнаго проведенія того начала, что
къ королю нельзя предъявлять исковъ, и на ряду съ процедурою
чисто административною допустило другую, судебного характера. Ны-
нѣ въ англійскомъ правѣ признается возможнымъ обратиться къ
королю, черезъ статсъ-секретаря внутреннихъ дѣлъ ¹⁾, съ „петиціею о
правѣ“ *petition of right*, гдѣ указывается на правонарушеніе, которому
подвергся проситель. Если королемъ на этой петиціи положена резо-
люція: „*soit droit fait al partie*“, то проситель можетъ обратиться въ
подлежащій судъ, гдѣ дѣло разсматривается, „по скольку это вообще
возможно“ ²⁾, какъ между частными лицами.

Если рѣшеніе состоялось противъ короля, то оно состоитъ въ
такъ называемомъ *ouster le main* или *quod manus domini regis amove-
antur et possessio restituatur petenti salvo jure domini regis*. Эта послѣд-
няя оговорка, *salvo jure domini regis*, всегда присоединяется къ рѣ-
шеніямъ противъ короны: эта оговорка имѣетъ тотъ смыслъ, что ни-
какое процессуальное упущеніе, никакой пропускъ срока, не могутъ,
а до послѣдняго времени и истеченіе погасительной давности не могло,
противопологаться праву короля ³⁾.

Этотъ путь посредствомъ петиціи о правѣ примѣнялся повиди-
мому лишь къ искамъ вещнаго характера ⁴⁾. Но за послѣднее время
онъ началъ примѣняться и къ отысканію убытковъ, причиненныхъ
нарушеніемъ короною заключенныхъ съ казною договоровъ ⁵⁾.

Что касается требованій короны къ частнымъ лицамъ, то они не
осуществляются путемъ судебныхъ исковъ, хотя бы предметомъ спора
и было право собственности на недвижимое имущество.

Хотя одною изъ вольностей англичанъ и является, что ни-
кто не можетъ быть лишенъ собственности, даже и короною, на
основаніи голыхъ подозрѣній и безъ постановленія присяж-
ныхъ ⁶⁾, но въ дѣйствительности казна къ общимъ судамъ не при-
бѣгаетъ, и средствомъ установленія ея права является анкета, *inqui-*

¹⁾ Согласно *Petition of Right Act, 1860*. — Стифенъ, III, стр. 668. —
Г л а с с о н ъ, VI, 15.

²⁾ „*So far as practicable*“, Стифенъ, III, 668.

³⁾ Стифенъ, IV, 668. — Б л э к с т о н ъ, III, 265. — Д а р е с т ъ, 249
вын. 3.

⁴⁾ На сколько объ этомъ можно судить по болѣе старымъ руководствамъ,
которые говорятъ о петиціи о правѣ только какъ о средствѣ *of obtaining res-
session or restitution from the Crown*. Ср. Б л э к с т о н ъ, III, стр. 264.

⁵⁾ Ср. Стифенъ, III, 667. Приведенные у Стифена прецеденты по дѣ-
ламъ, возникшимъ по нарушенію казною договоровъ, не восходятъ далѣе
1865 года.

⁶⁾ Стифенъ, III, 671

sition, производимая ex officio, или по writ, или вообще по какому-либо специальному порученію шерифомъ, коронеромъ или какимъ-либо другимъ должностнымъ лицомъ. Анкета заключается постановленіемъ присяжныхъ, но не общаго гражданскаго жури, а присяжныхъ, приглашенныхъ въ любомъ числѣ ¹⁾).

Коль скоро анкета пришла къ выводу, благоприятному для казны, казна немедленно считается собственницею даннаго имущества, не нуждаясь въ совершеніи формальностей ввода, entry ²⁾).

Что касается взысканія денежныхъ суммъ, слѣдующихъ казнѣ, то средствомъ этого взысканія является writ of extent, обращенный къ шерифу. На основаніи этого writ шерифъ можетъ сразу обратить взысканіе на имущество должника казны или подвергнуть его личному задержанію ³⁾).

Обыкновенно обращенію взысканія на имущество казеннаго должника предшествуетъ изслѣдованіе, производимое шерифомъ, или вызовъ казеннаго должника въ судъ для того, чтобы дать ему возможность представить свои возраженія противъ предъявленнаго ему требованія казны. Но шерифъ можетъ и непосредственно приступить къ обращенію взысканія на имущество должника казны ⁴⁾).

Но несмотря на возможность предъявленія въ нѣкоторыхъ случаяхъ иска къ казнѣ, и несмотря на возможность предъявленія въ судѣ возраженія противъ обращеннаго къ исполненію требованія казны, административное разрѣшеніе дѣлъ, связанныхъ съ доходами казны, остается общимъ правиломъ.

При этомъ возможность или невозможность обращенія къ суду не находится въ зависимости отъ того, относится ли данное правоотношеніе къ той категоріи, которая по германской теоріи признается категоріей частно-правовыхъ отношеній казны, или же къ категоріи отношеній, признаваемой нѣмцами чисто публичною.

Въ Англіи ни въ самомъ Exchequer, ни въ судахъ обособленія этихъ двухъ категорій дѣлъ фиска не произошло.

Разный ходъ правового развитія Германіи (или Россіи) и Англіи въ этомъ отношеніи повидимому долженъ быть объясненъ слѣдующимъ образомъ. Въ Германіи имущественныя дѣла казны публичнаго характера пользовались настолько неудовлетворительными правовыми гарантіями, что тѣ дѣла, по отношенію къ которымъ правосознаніе народа требовало серьезныхъ гарантій, пришлось выдѣлить изъ дѣлъ публичныхъ и распространить на нихъ порядокъ, установленный для дѣлъ гражданскихъ (между частными лицами), что и достигнуто было призна-

¹⁾ Стифенъ, III, 669.

²⁾ Стифенъ, III, 671.

³⁾ Стифенъ, III, 672—673.—Честеръ, 9—10.—Отмѣна въ 1869 г. личнаго задержанія за долги не коснулась должниковъ казны.

⁴⁾ Стифенъ, III, 673.

ніемъ нѣкоторыхъ правоотношеній казны отношеніями гражданскими, частно-правовыми, распространеніемъ на нихъ гражданского права и подчиненіемъ ихъ гражданской подсудности.

Въ Англіи же, наоборотъ, гарантіи, предоставляемыя порядками, установленными для дѣлъ казны, въ общемъ были настолько солидными, что въ общественномъ мнѣніи представлялись достаточными и для той категоріи дѣлъ казны, которая по существу своему приближается къ дѣламъ гражданскимъ. Раздѣленіе имущественныхъ правоотношеній государства, въ смыслѣ предоставляемыхъ правовыхъ гарантій, на двѣ категоріи: дѣлъ частно-правовыхъ и дѣлъ публичныхъ, практически оказалось излишнимъ.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Отвѣтственность казны на Западѣ за убытки, причиненные должностными лицами, какъ представителями казны по ея имуществамъ.

§ 1. Троякое разрѣшеніе вопроса о подсудности казны.

Приведенные очерки исторіи понятія казны въ разныхъ государствахъ Европы при всей ихъ суммарности могутъ однако служить доказательствомъ того положенія, что представленіе о государствѣ, какъ о юридическомъ лицѣ гражданскаго права, вовсе не есть такое понятіе, которое съ поконъ вѣка присуще всякому праву вообще, что многія законодательства безъ этого понятія уживаются довольно продолжительное время, и что всѣ имущественныя отношенія казны могутъ конструироваться, какъ отношенія чисто публично-правовыя.

Эти очерки могутъ затѣмъ служить доказательствомъ того, что проникновеніе имущественныхъ отношеній государства гражданско-правовыми элементами въ разныхъ государствахъ шло совершенно своеобразными путями, и что всѣ эти пути прекрасно гармонируютъ и съ существомъ возникающихъ правоотношеній, и съ существомъ государства.

Именно тотъ фактъ, что это проникновеніе имущественныхъ сдѣлокъ государства гражданскими элементами въ каждомъ государствѣ шло своимъ путемъ, не можетъ не разсматриваться, какъ доказательство того, что нѣтъ такихъ сдѣлокъ казны, которыя по существу своему требовали бы признанія ихъ частно-правовыми. Всѣ онѣ могутъ разсматриваться и какъ публичныя, и какъ гражданскія, и если въ одномъ государствѣ одні сдѣлки признаются подлежащими регулированію частнымъ правомъ и подсудными гражданскимъ судамъ, то въ другомъ государствѣ тѣ же самыя сдѣлки могутъ признаваться публичными и вѣдаться административно.

Постепенное расширеніе области гражданскаго права въ имущественныхъ сдѣлкахъ государства можетъ разсматриваться какъ фактъ, самъ по себѣ не подлежащій сомнѣнію, но это можетъ свидѣтельство-

вать только о томъ, что вообще есть потребность въ томъ, чтобы хотя бы нѣкоторыя отношенія были подчинены твердому праву и были подсудны учрежденіямъ, которыя внушали бы въ этомъ отношеніи довѣріе населенію.

И это не была погоня именно за гражданскимъ правомъ и именно за гражданскою подсудностью, а погоня за правомъ вообще, за судомъ вообще. И тамъ, гдѣ, благодаря какимъ-либо условіямъ, выработывалась правоохрана на какой-либо почвѣ, кромѣ гражданско-правовой, о гражданскомъ правѣ не думали, ограничиваясь тѣмъ, что давало публичное.

Но въ томъ-то и дѣло, что почти повсемѣстно другого права, кромѣ права гражданскаго, не было, не было другихъ судовъ, кромѣ гражданскихъ.

Въ большинствѣ государствъ и въ большинствѣ правоотношеній вопросъ ставился не въ формѣ: „публичное или частное право“, а въ формѣ: „право или произволь“.

На этой почвѣ по вопросу о подсудности казны общимъ гражданскимъ судамъ и о примѣненіи къ казнѣ общаго гражданскаго права выработались три слѣдующія типическія системы.

1. Система германская, въ которой казна признается подсудной общимъ судамъ во всѣхъ тѣхъ имущественныхъ сдѣлкахъ, которыя имѣютъ содержаніе сдѣлокъ частно-правовыхъ ¹⁾.

2. Система французская: между государствомъ, какъ субъектомъ правъ публично-правовыхъ, къ которому законы гражданскіе не примѣняются, и которое гражданскимъ судамъ не подсудно, и между государствомъ, казною, юридическимъ лицомъ гражданскаго права, подсуднымъ общимъ судамъ и подчиняющимся общему гражданскому праву,—лежитъ область административныхъ контрактовъ и другихъ имущественныхъ правоотношеній, подвѣдомственная не общимъ гражданскимъ судамъ, а специальнымъ административнымъ трибуналамъ, область дѣйствія не обще-гражданскаго, а какого-то особаго права, выработаннаго частью законодательнымъ путемъ, частью же практикою этихъ самыхъ административныхъ трибуналовъ, область дѣйствія права, приближающагося къ обще-гражданскому, но не сливающагося съ нимъ ²⁾.

3. Система англійская:—категорія частно-правовыхъ дѣлъ казны не обособилась отъ дѣлъ публичныхъ ³⁾.

Этимъ тремъ системамъ противоположенія имущественныхъ сдѣлокъ казны тѣмъ дѣламъ, которыя мы признаемъ осуществленіемъ публичной власти, соотвѣтствуетъ и разная постановка отвѣтственности казны, или, точнѣе говоря, разныя системы противоположенія

¹⁾ См. выше, стр. 17—27.

²⁾ См. выше, стр. 61—68.

³⁾ См. выше, стр. 72—77.

тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ государство признается свободнымъ отъ отвѣтственности за убытки, причиненные его органами, и тѣхъ дѣлъ, по отношенію къ которымъ эта отвѣтственность уже установилась.

§ 2. *Германская система отвѣтственности казны.*

Германская система по вопросу объ отвѣтственности казны приводитъ къ наиболѣе простымъ результатамъ.

Тамъ, гдѣ казна подсудна общимъ судамъ, тамъ, гдѣ она является, по теоріи фиска, юридическимъ лицомъ частнаго права, она отвѣчаетъ въ тѣхъ же случаяхъ и въ томъ же размѣрѣ, что и всѣ вообще юридическія лица. Въ этой области казна въ настоящее время не пользуется никакими привилегіями ни одіозными, ни фаворабельными ¹⁾).

Кромѣ германскихъ государствъ къ этой системѣ примыкаетъ въ настоящее время, на примѣръ, Италія ²⁾).

Такимъ образомъ, вопросъ объ отвѣтственности казны, какъ фиска, по германской системѣ разрѣшается кратко: онъ исчерпывается положеніемъ, что казна отвѣчаетъ, какъ частно-правовое юридическое лицо.

И напр. тотъ писатель, который посвятилъ вопросу объ отвѣтственности государства цѣлую монографію, — Ленингъ, — въ той главѣ, гдѣ онъ говоритъ объ отвѣтственности государства-фиска, не нашелъ ничего, что сказать объ этой отвѣтственности, и въ этой главѣ онъ ограничивается тѣмъ, что разбираетъ вопросъ объ отвѣтственности юридическихъ лицъ вообще.

Но то краткое положеніе, что казна, по сколько она подсудна гражданскимъ судамъ, отвѣчаетъ по началамъ гражданского права, заключаетъ въ себѣ цѣлую массу отвѣтовъ, и при томъ весьма разнообразныхъ на вопросъ объ отвѣтственности казны: дѣло въ томъ, что область, подсудная общимъ судамъ, въ разныхъ государствахъ Германіи и въ Италіи далеко не одна и та же. Да и въ томъ же самомъ государствѣ эта область постоянно мѣняла, если не свои очертанія, то свой объемъ. Область эта въ каждомъ данномъ государствѣ находится въ состояніи постепеннаго расширенія, а, слѣдовательно, вмѣстѣ съ тѣмъ постепенно расширяется и кругъ тѣхъ дѣлъ и правоотношеній, гдѣ казна признается отвѣтственною за чиновниковъ.

Кромѣ того, по крайней мѣрѣ за послѣдніе 100 лѣтъ, предѣлы отвѣтственности юридическихъ лицъ за ихъ органы постепенно и постоянно расширялись. Вмѣстѣ съ тѣмъ расширялись и предѣлы отвѣтственности казны за чиновниковъ въ области имущественныхъ отношеній.

¹⁾ См. выше, стр. 36 и сл.

²⁾ Л а ф е р р і э р ь, томъ I, стр. 84.

Такъ напр. до вступленія въ дѣйствіе Германскаго Гражд. Уложенія вопросъ объ отвѣтственности юридическихъ лицъ за такъ называемую внѣконтрактную вину разрѣшался въ германскомъ правѣ, и въ прусскомъ, и въ „общемъ правѣ“, отрицательно, или во всякомъ случаѣ утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ подлежалъ серьезнѣйшимъ сомнѣніямъ, мало-по-малу впрочемъ разсѣивавшимся. Поэтому и вопросъ объ отвѣтственности казны за внѣконтрактную же вину чиновниковъ могъ разрѣшаться только точно такъ же ¹⁾).

На подробномъ разборѣ того, какія именно дѣла въ разныхъ государствахъ Германіи и въ Италіи были подсудны общимъ судамъ, и каковы были въ разные времена принципы отвѣтственности юридическихъ лицъ въ законодательствахъ и судебной практикѣ отдѣльныхъ государствъ, мы теперь останавливаться не можемъ: вопросъ этотъ не представляетъ уже интереса послѣ того, какъ въ общихъ чертахъ были указаны основные принципы, опредѣлившіе развитіе понятія фиска въ Германіи.

Само собою понятно, что принципы отвѣтственности юридическихъ лицъ, признанные законодательствомъ и правомъ данной страны, должны опредѣлять и отвѣтственность казны, если ее подводятъ подъ общее понятіе юридическаго лица.

И съ точки зрѣнія охраны правъ частныхъ лицъ, по скольку эти права могутъ нарушаться государствомъ-фискомъ и его органами, можно только желать, чтобы тѣ принципы отвѣтственности, которые признаются справедливыми вообще, примѣнялись и къ казнѣ.

Конечно по нѣкоторымъ вопросамъ справедливость можетъ требовать, чтобы для государства-казны были установлены иныя условія отвѣтственности, даже нѣсколько повышенныя по сравненію съ условіями отвѣтственности въ тѣхъ же дѣлахъ частныхъ лицъ ²⁾). Но это уже роскошь. Установленіе специальныхъ правилъ для отвѣтственности казны возможно будетъ только въ то время, когда самый принципъ, что она отвѣчаетъ, будетъ общепризнанъ, когда условія и предѣлы отвѣтственности казны будутъ опредѣляться не алчнымъ стремленіемъ, чтобы казенная копѣйка и въ огнѣ не горѣла, и въ водѣ не тонула, а сознательнымъ стремленіемъ по возможности равномерно и пропорціонально разложить тотъ вредъ, который полу-

¹⁾ Л е н и н г ъ, стр. 74—90.—К л е в ъ, стр. 66—67, 91—92.—Ernestus de Möller. De jure fisci borussici. 1860, стр. 29.—Dernburg. Preussisches Privatrecht, I, (1894), стр. 109—110.

²⁾ Таковъ напр. вопросъ объ отвѣтственности казны за подрядчиковъ передъ третьими лицами: можно говорить, что казна, имѣющая возможность ставить своимъ подрядчикамъ тѣ или другія условія въ гораздо большей степени, чѣмъ частное лицо, можетъ и отвѣчать за подрядчика, производящаго для нея ту или другую работу, хотя частное лицо за своего подрядчика и не отвѣчаетъ. Ср. ниже, въ § объ отвѣтственности казны во Франціи, стр. 87, вып. 1.

чается и всегда будет получаться отъ работы такой крупной и сложной машины, какъ государство.

Итакъ, съ практической точки зрѣнія германскою теоріею, пока-что, можно вполне удовлетвориться.

§ 3. Французская система ответственности казны.

Во Франціи, благодаря троиности имущественныхъ правоотношеній государства: 1) правоотношеній по *domaine privé de l'Etat*, 2) правоотношеній по *domaine public* и по административнымъ контрактамъ, *contrats administratifs*, и 3) правоотношеній публичныхъ, *de la puissance publique*, получила троиность и въ отвѣтъ на вопросъ объ отвѣтственности государства.

Въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ признается подсудность государства общимъ гражданскимъ судамъ, и гдѣ государство, благодаря этому, перешло въ положеніе частно-правового юридическаго лица, въ видѣ общаго правила установилась,—хотя никакого основанія на то въ законѣ и не имѣется ¹⁾,—и та же самая отвѣтственность казны за чиновниковъ, какая установилась для юридическихъ лицъ гражданскаго права за дѣйствія ихъ органовъ ²⁾.

Въ области публично-правовой установилась въ видѣ общаго правила безотвѣтственность казны ³⁾.

Промежуточную область составляютъ: публичный доменъ, административные контракты (гл. обр. публичныя работы и казенныя поставки) и всякаго рода выставки, военныя ученія, казенныя фабрики и всякія работы, производимыя какъ самою администраціею, такъ и ея концессионерами,—все то, что называется *actes de gestion publique*.

Отличительная черта, отграничивающая эту область отъ *domaine privé*, состоитъ въ томъ, что въ этой промежуточной области государство не является хозяиномъ, завѣдующимъ своимъ имуществомъ въ своихъ имущественныхъ же интересахъ. Отъ области чисто публичной эти *actes de gestion publique* отличаются тѣмъ признакомъ, что

¹⁾ Р о ж е, стр. 58.

²⁾ Тутъ имѣется „*identité complète entre les règles applicables à l'Etat et celles qui régissent les particuliers. L'Etat administrant son domaine privé est soumis aux mêmes responsabilités que tout autre propriétaire*“. Л а ф е р р і э р ь. 1896. Томъ II, стр. 191.—Отвѣтственность можетъ основываться на ст. 1382, на ст. 1384 (господа и вѣрители), на ст. 1385 (отв. за животныхъ) и на ст. 1386 (отв. за строенія) *code civil*. — Л а ф е р р і э р ь, томъ I, стр. 684.—Ср. О т т о М а у е г. *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. 1885. Стр. 402—403. — О р і у, стр. 248. — С и м о н э, стр. 231.—Б э л ь б и, 69.

³⁾ О т т о М а у е г. *Theorie des franz. Verw.-R.* 1885, стр. 403.—Л а ф е р р і э р ь II, стр. 184, 186, 187.—С и м о н э, стр. 230.

для осуществленія ихъ государство не нуждается въ проявленіи своей власти надъ обывателями ¹⁾).

По вопросу объ отвѣтственности эта промежуточная область оказалась въ положеніи наиболѣе сложномъ. Что касается подсудности, то первоначально, въ самомъ началѣ XIX вѣка она была предоставлена частью самой администраціи, частью же административнымъ судамъ. Въ настоящее время, когда во Франціи администрація лишена судебныхъ функцій ²⁾, эти дѣла подсудны или спеціальнымъ, указаннымъ въ законѣ административнымъ судамъ, или же общему административному суду—Государственному Совѣту ³⁾.

По отношенію къ этимъ дѣламъ основнымъ правиломъ является, что они не подчинены дѣйствию *code civil* ⁴⁾.

Это исключеніе дѣйствія общихъ гражданскихъ законовъ объясняется (исторически и логически) тѣмъ, что въ основѣ всѣхъ дѣлъ, возникающихъ по поводу *actes de gestion publique* лежитъ какой-либо

¹⁾ М. Н а и г і о и. *La gestion administrative*, 1899, стр. 1.—Р о ж е, стр. 47.—Б э л ь б и, стр. 52—53. См. у нихъ и дальнѣйшія ссылки на литературу. — Понятіе это очень трудно приурочить къ какому либо русскому понятію: солдатъ, котораго послали ковать лошадь и который ведетъ ее въ кузню, совершаетъ *acte de gestion*: для того, чтобы вести лошадь, не надо проявлять публичную власть надъ населеніемъ.

²⁾ За изъятіемъ тѣхъ немногочисленныхъ дѣлъ, по отношенію къ которымъ законъ признаетъ судебно-административную власть за министрами.

³⁾ Эта доктрина окончательно вырисовалась послѣ возстановленія въ 1872 г. *Tribunal des Conflits*. До того времени дѣла эти поступали то въ общіе гражданскіе суды, то въ суды административные. Практика гражданскихъ судовъ, съ Кассационнымъ Судомъ во главѣ, признавала примѣнимость гражданскихъ законовъ. Практика административныхъ судовъ, съ Государственнымъ Совѣтомъ во главѣ, держалась теоріи, наложенной нами въ текстъ. Вопросъ былъ поставленъ этому *Tribunal des Conflits* ребромъ въ дѣлѣ *Blanco* (рѣшеніе 8 февраля 1873 г.).

⁴⁾ Вопросъ, распространяется ли на государство дѣйствіе постановленій *code civil*, разрѣшается, или по крайней мѣрѣ разрѣшался цивилистами иначе, чѣмъ писателями по государственному и административному праву. Помѣнью *Marcadé Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, томъ V, изд. 1859, стр. 270.—*Aubry et R a u. Cours de droit civil français*. Томъ IV, стр. 795.—Сурда, стр. 457—456 и Б э л ь б и, стр. 78—81, постановленія *code civil* объ отвѣтственности должны примѣняться и къ государству. Изъ государственниковъ того же взгляда держатся М и ш у, 1895, 11, стр. 4—20, и Б е р т е л е м и, стр. 77—81. До 1872 г. того же мнѣнія держался и французскій кассационный судъ. Эти старыя рѣшенія цитированы, а частью и приведены у Лаферриера, томъ I, стр. 675—677 и у Ш а н т е - Г р е л л е и П и ш а, томъ XVII, стр. 57, вын. 1. Государственный Совѣтъ, наоборотъ, всегда держался того мнѣнія, что постановленія *code civil* къ государству непримѣнимы внѣ области дѣлъ по *domaine privé*. Такимъ образомъ во Франціи оба высшихъ суда держались по тому же вопросу прямо противоположныхъ взглядовъ. Въ 1850 г. *Tribunal des Conflits* присоединился къ мнѣнію Гос. Совѣта (это рѣшеніе приведено у Ш а н т е - Г р е л л е и П и ш а ;

административный актъ, который весьма трудно отщепить отъ той части дѣла, гдѣ публичная власть не проявляется, и гдѣ собственно и сосредоточивается *acte de gestion*. Согласно основному принципу французскаго права, административные акты не подсудны гражданскимъ судамъ: гражданскіе суды не только не могутъ провѣрять законность этихъ актовъ, но не могутъ и толковать ихъ. Естественнымъ выходомъ явилась компетенція администраціи и административныхъ судовъ. Но разъ компетенція гражданскихъ судовъ была исключена, то оказалось исключеннымъ гражданское право¹⁾.

Казалось бы, что ничто не мѣшало бы распространить на казну, по поводу административныхъ контрактовъ, правила гражданскаго кодекса, которыя прекрасно примѣняли къ *domaine privé de l'Etat*.

томъ XVII, стр. 57, вын. 1), но Кассационный Судъ тѣмъ не менѣе не измѣнилъ своей практики. Въ 1872 г. Tribunal des Conflits снова присоединился къ мнѣнію Гос. Совѣта. На этотъ разъ Кассационный Судъ уступилъ, признавъ, что къ актамъ *de gestion des services publics* не примѣнимъ *code civil* (по вопросамъ объ отвѣтственности казны), и что эти дѣла подсудны административнымъ судамъ (см. Лаферриэръ, томъ I, стр. 682—683 и Шанте-Грелле и Пиша, томъ XVII, стр. 57—58).

¹⁾ Основнымъ доводомъ въ пользу этой теоріи является то соображеніе, что авторы *code civil*, составляя статьи 1382 и 1384 объ отвѣтственности за свои личныя и за чужія дѣйствія, безусловно не имѣли въ виду устанавливать какія бы то ни было правила для отвѣтственности государства, какъ вообще они не имѣли вообще въ виду вторгаться въ область государственнаго и административнаго права. (См. по этому поводу Лаферриэръ, томъ I, стр. 677—679, ср. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*. Томъ I. 1901, стр. 667). Къ тому же, какъ весьма резонно замѣчаетъ Рожэ, стр. 36, вопросъ объ отвѣтственности государства являлся на столько крупнымъ и новымъ вопросомъ, что невозможно допустить, чтобы онъ былъ разрѣшенъ мимоходомъ, не вызвавъ ни съ чьей стороны никакихъ возраженій, замѣчаній и оговорокъ. Правильность этого положенія, самого по себѣ ваятаго, не подлежитъ сомнѣнію: когда писали *code civil*, имѣли въ виду установить правила для частныхъ лицъ. Но какъ аргументъ въ пользу разсматриваемой теоріи, положеніе это ничего не стоитъ: еслибы намѣренія авторовъ *code civil* имѣли въ настоящее время рѣшающее значеніе, то кодексъ былъ бы непримѣнимъ къ государству и въ его отношеніяхъ по *domaine privé* (кромя тѣхъ статей, въ которыхъ возможность ихъ примѣненія къ государству прямо оговорена: ст. 538, 650, 2227 и др.). Между тѣмъ и сами сторонники разсматриваемаго взгляда (напр. Лаферриэръ, томъ II, стр. 191 и Рожэ, стр. 43) признаютъ безусловную необходимость распространенія на государство по поводу его *domaine privé* всего вообще *code civil*, отнюдь не ограничивая это распространеніе случаями, гдѣ возможность его предусматрѣна самими авторами кодекса. Если такимъ образомъ, вопреки несомнѣннымъ намѣреніямъ авторовъ кодекса (см. выше, стр. 66), постановленія кодекса распространяются на государство по поводу *domaine privé*, то, какъ кажется, нѣтъ оснований не распространять тѣхъ же постановленій на государство и по поводу *actes de gestion publique*. А вопросъ идетъ въ настоящее время именно только о томъ, распространяется ли кодексъ именно на отношенія этого послѣдняго рода. (Ср. Бертэлемъ, стр. 78—80, и Мишу, 1895, II, стр. 4—28 и 258).

Но французскіе административные суды рѣшительно возстаютъ противъ этого. Въ настоящее время они видятъ основаніе своей компетенціи въ дѣлахъ объ отвѣтственности казны и основаніе къ исключенію этихъ дѣлъ изъ компетенціи общихъ гражданскихъ судовъ именно въ томъ, что это вопросъ не гражданского права, что гражданскій кодексъ къ этимъ дѣламъ не примѣнимъ.

Поэтому, именно для спасенія административной подсудности дѣлъ объ отвѣтственности казны въ области *actes de gestion publique* ¹⁾ въ административныхъ судахъ настойчиво проводится ученіе, что въ этой области статьи 1882 и 1884 гражданского кодекса вовсе непримѣнимы къ государству. И статьи 1882 и 1884, безъ всякаго затрудненія примѣняемыя къ государству по поводу его *domaine privé*, признаются непримѣнимыми къ тому же государству по поводу административныхъ контрактовъ ²⁾.

Но благодаря этому устраненію дѣйствія общаго гражданского права, и благодаря неразработанности нѣкоторыхъ отдѣловъ административнаго законодательства, цѣлый рядъ вопросовъ оказался вовсе непредусмотрѣннымъ закономъ. Въ частности оказался непредусмотрѣннымъ и вопросъ объ отвѣтственности государства.

Но въ такомъ случаѣ положеніе вещей для отвѣтственности казны оказывалось поистинѣ трагическимъ: постановленія граждан-

¹⁾ Мотивомъ, въ дѣйствительности весьма часто предрѣшающимъ сочувствіе или несочувствіе того или другого юриста къ распространенію дѣйствія *code civil* на государство въ дѣлахъ по *actes de gestion*, весьма часто оказывается стремленіе этого автора отстоять административную подсудность этихъ дѣлъ или же настоять на томъ, что дѣла эти подсудны общимъ гражданскимъ судамъ. Нѣкоторыми писателями мотивъ этотъ прямо и высказывается (напр. *Naurois. Responsabilité de l'Etat. Revue de droit public*, 1896, II, стр. 56 и выноска на ней); у другихъ онъ очень ясно сквозитъ, напр. *Лаферрьеръ*, томъ II, стр. 680. Ср. *Мишу*. 1895, I, стр. 406.—По существу своему мотивъ этотъ является до извѣстной степени недоразумѣніемъ: связь вопроса о примѣненіи къ государству нормъ гражданского права съ вопросомъ о подсудности совершенно произвольна, и за послѣднее время начинаютъ раздаваться голоса, требующіе, чтобы статьи *code civil* примѣнялись къ государству и административными судами. *Бертелеми*, стр. 81.—*Бэльби*, стр. 79.

²⁾ Съ нашей стороны пожалуй не совѣмъ точно говорить, что это „то же самое государство“. Для насъ, какъ и для нѣмцевъ, государство, собственникъ недвижимыхъ имуществъ, и государство, производящее публичные работы, это одно и то же государство, фискъ, казна. Для француза это не такъ: что гражданскій кодексъ писался отчасти и для государства-субъекта права собственности, этого отрицать нельзя. Французы рѣшительно отрицаютъ только то, что кодексъ писался для государства-власти. А въ административныхъ контрактахъ государство разсматривается (довольно непонятнымъ для насъ образомъ) все таки какъ власть, а не какъ частное лицо, не какъ юридическое лицо гражданского права. Въ пользу этого въ глазахъ французовъ говоритъ напр. то, что подрядчики общественныхъ работъ во все время производства ихъ считаются *subordonnés à l'autorité des ingénieurs* (*Бертелеми*, стр. 595), а также то, что

скаго кодекса объ отвѣтственности отвергнуты, другихъ постановленій нѣтъ. Выводъ тотъ, что казна вовсе не отвѣчаетъ ¹⁾.

Въ нѣкоторыхъ дѣлахъ этого рода отвѣтственность казны была установлена специальными законами ²⁾.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, для которыхъ не существуетъ специальныхъ законодательныхъ постановленій, устанавливающихъ отвѣтственность казны, безотвѣтственность ея въ отношеніяхъ, подсудныхъ административнымъ судамъ, при тѣхъ рѣзкихъ нападкахъ, которыя суды эти вообще вызывали до послѣдняго времени, и при томъ условіи, что по вполнѣ аналогичнымъ дѣламъ гражданскіе суды признавали казну отвѣтственною, несомнѣнно угрожала самому существованію административныхъ судовъ. И они пошли на уступки. На уступки карману, но не принципу. Продолжая настаивать на томъ, что статьи гражданскаго кодекса не примѣнимы къ государству, административные суды начали признавать казну отвѣтственною въ цѣломъ рядѣ случаевъ, никакимъ специальнымъ закономъ не предусмотрѣнныхъ ³⁾. Въ этихъ случаяхъ административные суды говорили, что отвѣтственность эта вытекаетъ не изъ прямого какого либо постановленія закона, а изъ общихъ принциповъ справедливости, *équité*, изъ общихъ началъ права, *principes généraux du droit*, нашедшихъ себѣ выраженіе въ ст. 1382 и 1384 гражданскаго кодекса. Статьи эти къ государству не примѣнимы; примѣнимъ лишь выраженный въ нихъ принципъ ⁴⁾.

Но при этомъ административные суды не дошли до прямого примѣненія этихъ статей гражданскаго кодекса ко всѣмъ административнымъ договорамъ безъ различія: смотря по существу отдѣльныхъ договоровъ, установлены извѣстныя градация въ отвѣтственности казны.

Иногда отказывая въ вознагражденіи тамъ, гдѣ право на него несомнѣнно было бы признано гражданскими судами, административные суды въ нѣкоторыхъ случаяхъ присуждаютъ вознагражденіе тамъ, гдѣ его не слѣдовало бы по точному смыслу закона (ст. 1382 и

въ этихъ дѣлахъ чрезвычайно трудно расчленивъ государство, какъ власть, отъ государства, какъ предпринимателя (тамъ же, стр. 599).

¹⁾ Повидимому выводъ этотъ первоначально и дѣлался. По крайней мѣрѣ по отношенію къ началу, ко всей первой половинѣ XIX вѣка мы не нашли указаній на отвѣтственность казны въ подобныхъ случаяхъ.

²⁾ Для казенныхъ желѣзныхъ дорогъ закономъ 15 апрѣля 1845 г. ст. 22, для мастерскихъ и фабрикъ зак. 9 апрѣля 1898 г.; для публичныхъ школъ зак. 20 іюля 1899 г.; для почты и телеграфа законы: 20 іюля 1793 г., ст. 375 нивоза V года ст. 14 и 15, 29 ноября 1850 г. ст. 6, 4 іюля 1868 г., декретъ 25 мая 1870 г., зак. 25 января 1873 г., конвенція 15 января 1892 г.

³⁾ Довольно богатый перечень подобныхъ случаевъ приведенъ у Оріу (1903), стр. 245.

⁴⁾ См. по этому поводу В э л ъ б и, стр. 67.—О. М а й е р ь (фр.) стр. 346—347.

1884 гражд. код. или ст. 486 торг. код.) или въ случаѣ строгаго примѣненія того начала, что государство, какъ власть, не отвѣчаетъ, ¹⁾).

При этомъ общему тенденцію административной практики является отнюдь не ограниченіе, а именно все большее и большее расширеніе этой отвѣтственности казны ²⁾).

Мы не можемъ останавливаться на вопросѣ, дѣйствительно ли каждое изъ этихъ казуистично устанавливаемыхъ расширеній или ограниченій отвѣтственности казны соотвѣтствуетъ основнымъ началамъ права и справедливости. Это вопросы чувства, настроенія, примѣненія взглядовъ, выросшихъ на опредѣленной общественной и административной почвѣ, и критика ихъ съ нашихъ русскихъ точекъ зрѣнія совершенно безцѣльна. Попытка стать на французскую точку зрѣнія завела бы насъ слишкомъ далеко.

Замѣтимъ только, что съ точки зрѣнія твердости правопорядка такое положеніе вещей, при которомъ разрѣшеніе вопроса, получу ли я вознагражденіе за понесенный мною убытокъ или не получу, зависитъ отъ чьего то усмотрѣнія, пожалуй даже отъ милости, не можетъ вызывать нашего сочувствія ³⁾).

Но сама по себѣ идея опредѣлять отвѣтственность казны какими либо иными правилами, чѣмъ какія установлены для частныхъ лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, заслуживаетъ безусловнаго сочувствія. Нельзя отрицать того факта, что государство не есть простое частное лицо ни по отношенію къ своимъ контрагентамъ, ни по отношенію къ тѣмъ третьимъ лицамъ, чьи права и интересы такъ или иначе затрагиваются договоромъ между казною и ея контрагентомъ.

Подрядчикъ, строящій на казенномъ шоссе общественнаго пользованія мостъ, и подрядчикъ, строящій мнѣ въ деревнѣ домъ, во многомъ отличаются другъ отъ друга.

¹⁾ Примѣры подобнаго расширенія административными судами отвѣтственности казны приведены у Лаферриера, II, стр. 189—190. Однимъ изъ яркихъ примѣровъ широты взглядовъ у административной практики является отвѣтственность собственниковъ промышленныхъ предпріятій передъ рабочими: практикою административныхъ судовъ эта отвѣтственность казны была установлена и до изданія общаго закона объ этой отвѣтственности (9 апрѣля 1899), при чемъ этотъ законъ во многомъ лишь возвелъ въ общее правило то, что адм. практикою было уже установлено для казны.—Ср. Оріу (1903), стр. 244. Роже, стр. 64.—Такой же характеръ носить и отвѣтственность за подрядчиковъ. По общему правилу подрядодатель-частное лицо за нихъ не отвѣчаетъ, ибо подрядчики не „слуги или повѣренные“. Казна же за своихъ подрядчиковъ отвѣчаетъ, такъ какъ весь планъ работъ составляется администраціею, и для подрядчика обязательны указанія инженернаго или другого вѣдомства во время хода работъ. Ср. выше, стр. 81, вын. 2. Сурда, томъ II, стр. 479.

²⁾ Оріу, 1903, стр. 245.

³⁾ Да и самихъ французовъ это не мало иногда смущаетъ: Ср. Бэльби, стр. 68—69, 78.

Не слѣдуетъ упускать изъ вида, что мои отношенія къ моему подрядчику опредѣляются договоромъ, содержаніе и объемъ и сила котораго установлены общимъ закономъ. Отношенія къ казенному подрядчику опредѣляются, по крайней мѣрѣ во Франціи, административнымъ актомъ, обладающимъ, какъ таковой, извѣстною правотворческою силою.

Если въ Германіи вопросъ ставится такъ: подчинить ли отношенія контрагента казны къ ней самой и къ третьимъ лицамъ общему административному праву, которое по поводу имущественныхъ сдѣлокъ не заключаетъ никакихъ постановленій и не имѣетъ выработанной судебно-административной практики, или же подчинить эти отношенія, быть можетъ, и не вполне къ нимъ подходящимъ нормамъ гражданскаго права, гражданской подсудности и нормамъ, выработаннымъ практикою общихъ судовъ,—то отвѣтъ несомнѣненъ: пусть гражданское право выработывалось только примѣнительно къ частнымъ лицамъ, оно все таки лучше отсутствія права. Въ частности, по вопросу объ отвѣтственности казны гражданское право лучше тѣмъ, что признаетъ эту отвѣтственность. Пусть оно признаетъ эту отвѣтственность въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ нѣсколько большемъ размѣрѣ, въ другихъ случаяхъ въ нѣсколько меньшемъ, чѣмъ это требовалось бы примѣнительно къ казнѣ, но оно признаетъ ее, а административное право не признаетъ ея вовсе. Пусть общее гражданское право и не вполне подходитъ, давайте его намъ, ибо другого подходящаго нѣтъ. —Таковъ отвѣтъ, единственно возможный въ Германіи.

Во Франціи положеніе вещей иное. Хотя, быть можетъ, задача и смыслъ административныхъ судовъ первоначально были въ томъ, чтобы ограждать неприкосновенность административнаго усмотрѣнія,—теперь это настоящіе суды. Этими судами окончательно еще не выработана законченная система нормъ права для сдѣлокъ казны, но эта система вырабатывается ими, и вырабатывается примѣнительно къ существу именно этихъ отношеній. Пусть эти правила въ части только еще вырабатываются, пусть они еще не фиксированы закономъ,—они могутъ выработаться въ видѣ, согласномъ съ существомъ дѣла. И законодательной власти, когда она примется за установленіе этихъ правилъ, не придется дѣйствовать въ темноту: подготовительная работа уже сдѣлана, основныя положенія уже выяснены.

Германская система давно уже даетъ нѣчто прочное, но такое, что не способно къ дальнѣйшему цѣлесообразному развитію. Французская система даетъ пока нѣчто неустойчивое, нѣчто не вполне опредѣлившееся, но вмѣстѣ съ тѣмъ нѣчто такое, что можетъ оказаться (и что по всѣмъ видимостямъ въ болѣе или менѣе продолжительномъ времени несомнѣнно окажется) вполне опредѣленнымъ и цѣлесообразнымъ.

Не всегда болѣе продолжительный и сложный процессъ ведетъ

къ лучшимъ результатамъ, но тутъ онъ повидимому. ведетъ къ нимъ, или по крайней мѣрѣ онъ создаетъ возможность ихъ.

Къ тому же, если французская система, признавая, быть можетъ, и не вполне резонно, что въ административныхъ контрактахъ государство является публичною властью, вмѣстѣ съ тѣмъ допускаетъ въ столь широкой и все расширяющейся степени возможность отвѣтственности казны, то для этой системы наличность и дѣйствительныхъ элементовъ власти уже ни въ коемъ случаѣ не можетъ являться, какъ для нѣмцевъ, основаніемъ къ отрицанію отвѣтственности казны. И за послѣднее время имѣются примѣры присужденія казны къ отвѣтственности въ такихъ случаяхъ, которые являются чистѣйшими примѣрами осуществленія полномочій власти ¹⁾).

§ 4. *Англійская система отвѣтственности казны.*

Въ Англіи, благодаря тому, что категория частно-правовыхъ дѣлъ казны, противопоставляемая публично-правовымъ, и въ изъятіе отъ нихъ подсудная общимъ судамъ, и опять таки въ изъятіе подчиненная общему праву, вовсе не могла выработаться, той отмѣтины къ которой могла бы прицѣпиться отвѣтственность казны, не оказалось; и принципъ неотвѣтственности казны, принципъ, до послѣдняго времени проводившійся во всѣхъ законодательствахъ по отношенію къ области публично-правовой, въ Англіи не могъ получить изъятія для имущественныхъ дѣлъ казны, для дѣлъ частно-правового характера ²⁾).

Принципъ неотвѣтственности короны есть основной принципъ англійскаго права, выраженный въ немъ пожалуй настойчивѣе, чѣмъ гдѣ либо ³⁾. Но пойти на нѣкоторыя изъятія, на нѣкоторыя отступленія отъ него практически оказалось необходимымъ.

Повидимому первымъ случаемъ, когда была признана обязанность короны возмѣстить убытки, было неправильное завладѣніе землею: если корона завладѣетъ тѣмъ или другимъ участкомъ земли въ силу неправильной анкеты, произведенной шерифомъ и признавшей этотъ участокъ казеннымъ, или въ силу неправильно обращеннаго на этотъ участокъ податнаго взысканія, то по обнаруженіи неправильности завладѣнія короны, участокъ возвращается собственнику, и онъ имѣетъ право на полученіе тѣхъ доходовъ, которые были извлечены казною.

Въ этомъ признаваемомъ англійскимъ правомъ случаѣ отвѣтствен-

¹⁾ Оріу (1903), стр. 247.

²⁾ См. выше, стр. 68—71.

³⁾ Стифенъ, III, 666—667.—Лаферриеръ, I, 113—114. Стифенъ, III 667, вын. с.: „Neither an action for damages, nor a petition of right, lies against the Crown, to recover compensation for a tort done by a servant of the Crown in supposed performance of his duties“.

ности казны оригинально то, что эта отвѣтственность не находится въ зависимости ни отъ публичнаго или частно-правового характера того титула, на которомъ основано завладѣніе казны, ни отъ порядка (судебнаго или административнаго) разсмотрѣнія дѣла ¹⁾).

Въ самое послѣднее время отвѣтственность казны повидимому сдѣлала нѣкоторые дальнѣйшіе шаги въ своемъ развитіи: такъ, въ настоящее время казна признается отвѣтственною за убытки, причиненные нарушеніемъ договоровъ ²⁾).

§ 5. *Общія выводы.*

Какъ французы, такъ и нѣмцы (разница только въ объемѣ той области, которую сюда отмежевываютъ: у французовъ она уже, у нѣмцевъ шире), распространяя на казну правила гражданскаго права, утверждаютъ ³⁾, что его чиновники дѣйствительно его повѣренные, и что отношеніе ихъ къ государству дѣйствительно опредѣляется нормами гражданскаго права.

Такой взглядъ не можетъ быть принятъ. Приведенные выше очерки исторіи понятія казны и подчиненія ея гражданскому праву въ разныхъ государствахъ могутъ служить доказательствомъ того, что концепція государства, какъ юридическаго лица, въ своихъ имущественныхъ отношеніяхъ подчиняющагося нормамъ гражданскаго права, вовсе не является необходимою, что государства могутъ жить и безъ этой концепціи. Она практична, цѣлесообразна, къ ней большинство государствъ пришло, но про нее нельзя говорить, что она необходима, что она съ неизбѣжностью, неустраимо вытекаетъ изъ самого существа государства.

Можно было бы говорить лишь о томъ, что государство есть въ имущественныхъ сдѣлкахъ юридическое лицо гражданскаго права не по самому существу своему, а только по постановленію положительнаго права. Но и такая точка зрѣнія была бы совершенно неправильной.

Въ громадномъ большинствѣ законодательствъ постановленія, признающаго государство по имущественнымъ сдѣлкамъ юридическимъ лицомъ гражданскаго права, не существуетъ. Но если бы оно гдѣ и было, оно не соответствовало бы ея дѣйствительности.

Если во Франціи какое либо юридическое лицо гражданскаго права отвѣчаетъ за своего служащаго по ст. 1884 code civil, то отвѣчаетъ потому, что этотъ служащій является тѣмъ domestique

¹⁾ Блекстонъ, III, 268,—Стифенъ, III, 671—672.

²⁾ Стифенъ, III, 667, вын. с.

³⁾ Ссылка не приводимъ, потому что почти всѣ писавшіе по этому вопросу, придерживаются этого мнѣнія.

или ргéрозé, котораго имѣеть въ виду эта статья, отвѣчаетъ потому, что юридическія отношенія между даннымъ юридическимъ лицомъ и его служащимъ укладываются въ рамки тѣхъ отношеній, которыя имѣеть въ виду эта статья гражданскаго кодекса, и которыя вообще регулируются имъ. Префектъ, заключающій отъ имени государства тѣ или инныя сдѣлки по поводу частнаго домена государства, не является его повѣреннымъ: онъ такой же публичный органъ власти, какъ и въ томъ случаѣ, когда является органомъ полиціи. Его полномочія, его служебное положеніе, его подчиненіе соответствующему министру въ обоихъ случаяхъ абсолютно тѣ же. Связь между нимъ и государствомъ въ обоихъ случаяхъ несомнѣнно публично-правовая. И если про частно-правовое юридическое лицо можно и нужно говорить, что оно отвѣчаетъ за своихъ служащихъ потому, что они подходят именно подъ ту статью гражданскаго кодекса, которая говоритъ, въ какихъ случаяхъ несутъ отвѣтственность за дѣйствія третьихъ лицъ, то про префекта уже ни въ коемъ случаѣ нельзя сказать, что государство отвѣчаетъ за него потому, что связь между нимъ и государствомъ была именно та, которую имѣеть въ виду ст. 1384.

И если въ случаѣ отвѣтственности юридическаго лица гражданскаго права за своего служащаго, эта гражданская отвѣтственность является естественнымъ, прямымъ продолженіемъ цѣпи тѣхъ гражданскихъ отношеній, которыя существовали между служащимъ и юридическимъ лицомъ, то въ случаѣ, когда государству приходится отвѣчать за префекта, уже нельзя говорить, что эта гражданская отвѣтственность является продолженіемъ такой же цѣпи гражданскихъ отношеній: напротивъ того, тутъ гражданскія послѣдствія оказываются связанными въ цѣпь отношеній публичныхъ.

Нужно закрыть глаза на несомнѣнные, очевидные факты для того, чтобы утверждать, что гражданская отвѣтственность казны за дѣйствія должностныхъ лицъ, завѣдующихъ ея имуществами, обуславливается тѣмъ, что казна есть юридическое лицо гражданскаго права: внутри себя, во всѣхъ отношеніяхъ между отдѣльными ея элементами, во всѣхъ нормахъ, регулирующихъ дѣятельность каждаго ея органа, казна есть насквозь явленіе публично-правовое. Въ своихъ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ, да и то не ко всѣмъ лицамъ, и не во всѣхъ отношеніяхъ, казна принимаетъ лишь нѣкоторыя свойства юридическаго лица гражданскаго права.

Но мало того, что группа дѣлъ, относимая въ разрядъ дѣлъ фискальныхъ, случайна; что отнесеніе дѣлъ въ эту группу опредѣляется не существомъ дѣлъ этихъ, взятыхъ самихъ по себѣ, а соображеніями посторонними, случайными историческими условіями. Понятію фиска нельзя отказать и въ извѣстномъ вредѣ, приносимомъ имъ какъ наукѣ государственнаго права вообще, такъ въ частности

и вопросу объ отвѣтственности казны: дальнѣйшее распространеніе отвѣтственности казны происходитъ путемъ подведенія новыхъ категорій дѣлъ въ разрядъ частно-правовыхъ. Между тѣмъ нормы частнаго права, создаваемыя не для государства, не къ нему приноровленныя, несомнѣнно до нѣкоторой степени искажаютъ природу государственныхъ отношеній. Это долженъ признать каждый, кто вообще признаетъ различіе частнаго и публичнаго права ¹⁾.

Вмѣстѣ съ тѣмъ получается, что отвѣтственность казны связывается съ этимъ во всякомъ случаѣ не точнымъ дѣленіемъ дѣлъ фиска и дѣлъ государственной власти, и тѣ дѣла, которыя къ частно-правовымъ уже ни въ какомъ случаѣ отнести нельзя, оказываются лишенными преимущества отвѣтственности казны. Наконецъ, благодаря постоянно повторяемой мысли, что казна въ области отношеній частно-правовыхъ отвѣчаетъ, какъ частное лицо, а въ области отношеній публичныхъ не отвѣчаетъ, создается вѣра въ какое то дѣйствительно существующее реальное противоположеніе этихъ областей по самому существу дѣла; для отвѣтственности отводятъ одну область, а въ другой области привыкаютъ смотрѣть на безотвѣтственность казны, какъ на нѣчто необходимое, не только естественное.

Словомъ, въ концѣ концовъ, ученіе о фискѣ вредно не столько какъ ученіе, представляющее существо государственныхъ отношеній не таковымъ, каково оно въ дѣйствительности, но съ разсматриваемой нами точки зрѣнія вредно въ томъ отношеніи, что неестественно концентрируетъ и ограничиваетъ отвѣтственность казны одною, случайно избранною областью.

Не юридическая природа казны требуетъ отвѣтственности ея за чиновниковъ, завѣдующихъ ея имуществами, а практическія потребности гражданскаго оборота.

¹⁾ Нельзя впрочемъ отрицать того, что поскольку вопросъ идетъ объ отвѣтственности казны за дѣйствія должностныхъ лицъ, различіе въ условіяхъ отвѣтственности по дѣламъ публичнымъ и по дѣламъ частно-правового характера носить довольно сублильный характеръ. И та же самая статья *code civil* которую французы отказываются примѣнять къ дѣламъ, заключающимъ какіе бы то ни было публично-правовые элементы, въ Германіи, въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ до введенія въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія дѣйствовало французское право, примѣнялась къ отвѣтственности казны и по дѣламъ публично-правовымъ, повидному не вызывая никакихъ практическихъ затрудненій. См. О. Майеръ (герм.), томъ II, стр. 359—361 и выноски на этихъ стр.—*Sto me. System des deutschen bürgerlichen Rechts*, томъ I, 1900, стр. 273, вын. 9.

Надо однако указать, что въ Германіи, гдѣ отвѣтственность за дѣйствія третьихъ лицъ развивалась гораздо медленнѣе, чѣмъ во Франціи, статья 1334 примѣнялась и толковалась гораздо уже, *L. v. Bortkiewicz. Die Haftpflichtversicherung*, въ *Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, изд. *Schmoller* омъ. 1902 г. стр. 1085.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Подсудность казны въ Россіи по поземельнымъ дѣламъ.

§ 1. До Екатерины II.

Въ Россіи въ допетровское время, или, точнѣе, во время, предшествовавшее учрежденію Коллегій, вопросы управленія и суда были на столько перепутаны какъ въ мѣстныхъ учрежденіяхъ, такъ и въ московскихъ приказахъ, что и самаго вопроса о гражданской подсудности фиска и о подчиненіи его общему гражданскому праву не могло возникнуть.

Къ тому же, если представить себѣ общій характеръ московскаго управленія, всегда нуждавшагося въ деньгахъ, алчнаго, всегда готоваго принести въ жертву своимъ хотя бы грошевымъ выгодамъ существеннѣйшіе интересы населенія, управленія, совершенно неспособнаго стать на точку зрѣнія безусловной неприкосновенности правъ обывателей и безусловной необходимости твердой ихъ охраны, то нельзя и сомнѣваться въ томъ, что изъ существовавшаго смѣшенія дѣлъ гражданскихъ и административныхъ отнюдь не получалось подчиненія администраціи строгимъ принципамъ гражданскаго права, а наоборотъ, получалась общая окраска частныхъ правоотношеній публичнымъ правомъ или вѣрнѣе чисто административными точками зрѣнія, при чемъ окраска эта ложилась тѣмъ гуще, чѣмъ сильнѣе въ данномъ дѣлѣ былъ затронутъ интересъ казны.

Въ дѣлахъ, которыя согласно изложенной выше германской теоріи должны были разсматриваться, какъ дѣла фиска, именно потому, что въ этихъ дѣлахъ самымъ прямымъ и непосредственнымъ образомъ былъ затронутъ матерьяльный интересъ казны, это подчиненіе гражданскаго права публичному интересу должно было сказываться самымъ рѣзкимъ образомъ. Поэтому очевидно, что теоріи фиска, какъ государства, въ своихъ имущественныхъ отношеніяхъ подчиненнаго общимъ судамъ, въ московскомъ государствѣ никоимъ образомъ вырабатываться не могло.

Въ дальнѣйшемъ развитіи русскаго права, уже въ императорскій періодъ, это подчиненіе казны гражданскому праву и гражданской подсудности мало по малу вырабатывается.

При этомъ разрѣшеніе вопроса о подсудности казны общимъ судамъ и о распространеніи на нее общаго гражданскаго права шло совершенно разнымъ путемъ для дѣлъ о правѣ собственности на недвижимости и для дѣлъ по обязательствамъ (и по правамъ на движимыя вещи). Разсматривая исторію подсудности казны по этимъ двумъ категориямъ дѣлъ, необходимо разсматривать исторію одной категоріи особо отъ исторіи другой.

Что касается дѣлъ о недвижимыхъ имѣніяхъ, то подчиненію казны по этимъ дѣламъ общему гражданскому праву долженъ былъ предшествовать процессъ образованія гражданской недвижимой собственности частныхъ лицъ.

Политика московскаго государства привела къ тому, что въ немъ понятію поземельной собственности съ чисто гражданскимъ характеромъ мѣста не оказалось ¹⁾.

Разборъ этой политики, равно какъ и подробная характеристика юридическаго положенія московскаго землевладѣнія, лежатъ внѣ круга вопросовъ, нами разрабатываемыхъ въ этой книгѣ. Замѣтимъ только, что по скольку дѣло касалось помѣстій, которыми служилые люди верстались для отбыванія съ нихъ царской службы, отношенія между помѣщикомъ и государствомъ носили очевидный и рѣзко выраженный публичный характеръ.

На ряду съ помѣстьями въ Московскомъ государствѣ существовали и вотчины, какъ такая форма землевладѣнія, которая не имѣла своей специальною задачею служить средствомъ обезпеченія „службы“. Вотчины могли бы остаться землевладѣніемъ, свободнымъ отъ какихъ либо возложенныхъ на него публичныхъ задачъ, землевладѣніемъ чисто гражданскимъ. Но еще въ серединѣ XVI вѣка ²⁾ обязанность несенія службы была возложена и на собственниковъ вотчинъ; вотчины принимались въ расчетъ при верстаніи помѣстьями ³⁾.

Вотчинникъ по сравненію съ помѣщикомъ обладалъ лишь нѣсколько болѣе широкимъ правомъ распоряженія, но право собственности было не полное: оно зависѣло отъ несенія службы, и вотчина, по основаніямъ, совершенно чуждымъ частно-правоваго характера, могла быть „отписана на государя“.

Съ конца XVII вѣка начинается полное сліяніе вотчинъ и помѣстій, завершившееся знаменитымъ указомъ Петра В. о „единона-

¹⁾ В. И. Сергѣевичъ. Древности Русскаго Права. Томъ III. 1903 г. стр. 39—40.

²⁾ Рождественскій. Служилое землевладѣніе въ Московскомъ государствѣ. СПб, 1897, стр. 51. В. И. Сергѣевичъ. Древности Русскаго Права. Томъ III 1903 г. Стр. 20.

³⁾ Рождественскій. Тамъ же, стр. 241—243.

слѣдїи“ ¹⁾, въ этомъ отношенїи подтвержденнымъ указомъ 17 марта 1781 г., отмѣнившимъ принципъ единонаслѣдія ²⁾.

Но слїянїе вотчинъ съ помѣстьями само по себѣ конечно не могло создать земельной „собственности въ смыслѣ гражданскаго права“ ³⁾: владѣніе землями въ уѣздѣ было привилегіей дворянина; дворянинъ за это былъ все таки обязанъ службою. Помѣстье перестало разсматриваться, какъ жалованіе за службу, какъ вознагражденіе за нее. Послѣ прекращенія роздачи помѣстій (съ 1714 г.) Петръ и его преемники стараются вознаграждать за службу денежнымъ жалованіемъ ⁴⁾; но на дворянствѣ, какъ на сословіи, лежитъ теперь личная повинность службы, и за уклоненіе отъ нея и теперь можно лишиться вотчинъ, которыя отпишутъ на государя. И только когда повинность обязательной службы была снята съ дворянства ⁵⁾, создалась самая возможность чисто гражданской поземельной собственности, регулируемой гражданскимъ, а не публичнымъ правомъ.

Образованію частно-правового характера поземельной собственности препятствовало не только то, что благодаря повинности службы, лежавшей на землевладѣльческомъ классѣ, матерьяльно-правовыя нормы, опредѣлявшія поземельныя отношенія, были проникнуты публично-правовыми началами, но и то, что, благодаря отсутствію сознанія различія суда и управленія, въ учрежденіяхъ московскаго государства, а также и первыхъ трехъ четвертей XVIII вѣка, не могла выработаться специфически-гражданская подсудность земельныхъ дѣлъ.

До екатерининскаго Учрежденія о Губерніяхъ противоположенія судебныхъ и административныхъ дѣлъ не существовало. Это смѣшеніе выражалось даже и въ терминологіи того времени, постоянно употреблявшаго слово „судить“ и для обозначенія чисто административной дѣятельности ⁶⁾.

Въ Москвѣ тѣ дѣла о недвижимостяхъ, которыя мы теперь считаемъ дѣлами судебными, вѣдались въ разныхъ приказахъ, въ зависимости отъ того, какой приказъ вѣдалъ казенные интересы или тѣ задачи управленія, которыя были связаны съ тѣмъ или другимъ видомъ недвижимой собственности ⁷⁾.

¹⁾ П. С. З. 23 марта 1714 г. № 2789; какъ видно изъ выноски, приведенной въ самомъ же Полн. Собр., этотъ указъ состоялся 18 марта того же года.

²⁾ П. С. З. № 5717, „впредь съ сего нашего указа какъ помѣстья, такъ и вотчины именовать равно одно недвижимое имѣніе вотчина“.

³⁾ К. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права. Часть I. 1896 г. стр. 138.

⁴⁾ А. Романовичъ-Славатинскій. Дворянство въ Россіи. 1870 г. Стр. 152 и слѣд.

⁵⁾ Манифестъ 18 февраля 1762 г. П. С. З. № 11444.

⁶⁾ Въ этомъ отношеніи очень типична глава IX Екатерининскаго Наказа (30 іюля 1767 г. П. С. З. № 12949). См. въ особенности ст. 107, 109 и 110.

⁷⁾ Напр. въ Помѣстномъ Приказѣ вѣдались помѣстья и вотчины (см. напр. Писцовый Наказъ 1684 г.—П. С. З. № 1074, ст. 1, 8, 10, 14 и др.), въ Ра-

Это, если такъ можно выразиться, принципиальное смѣшеніе суда и управленія и по дѣламъ о недвижимой собственности лишь въ незначительной степени было нарушено созданіемъ Коллегій, вообще внесшихъ извѣстную систему въ распредѣленіе дѣлъ управленія и суда между отдѣльными государственными учрежденіями. Значительная масса поземельныхъ споровъ была сосредоточена въ Вотчинной Коллегіи ¹⁾. Но на ряду съ этимъ и другія, по существу своему чисто административныя Коллегіи продолжали вѣдать дѣла по недвижимымъ имуществамъ, почему либо затрагивавшимъ интересы казны или находившимся въ связи съ какими либо предпріятіями, пользовавшимися покровительствомъ правительства ²⁾.

тушѣ—лавки и лавочныя мѣста, въ Стрѣлецкомъ Приказѣ—дворы и дворовыя мѣста (1701 г. января 30, П. С. З. № 1833). Въ Монастырскомъ Приказѣ вѣдался судъ надъ монастырскими недвижимостями (Уложеніе, Глава XVII, Ср. Горчаковъ. Монастырскій Приказъ, 1868, стр. 91;—указъ 24 января 1701 г. № 1829, ср. Горчаковъ, тамъ-же, стр. 196—198). Купеческіе люди по ихъ дѣламъ о недвижимостяхъ вѣдались въ Главномъ Магистратѣ. Напр. 27 сентября 1723 г., П. С. З. № 4312 и 1724 г., неизвѣстнаго мѣсяца и числа, П. С. З. № 4624.

¹⁾ 18 января 1721 г., П. С. З. № 3881. Ср. 4 іюня 1731 г., П. С. З. № 5770: оныя дѣла разсматривать и чинить по указамъ въ Вотчинной Коллегіи, „понеже всѣ вотчинныя дѣла вѣдомы въ той Коллегіи“. Помѣстный Приказъ существовалъ до 1720 г. Начиная съ указа 4 іюля 1720 г., П. С. З. № 3606, о Помѣстномъ Приказѣ уже не говорится; говорятъ о Вотчинной Канцеляріи и Вотчинной Коллегіи.

Надо впрочемъ замѣтить, что въ Вотчинной Коллегіи вѣдались и нѣкоторыя дѣла чисто публичнаго характера, какъ напр. раздача казенныхъ земель частнымъ лицамъ (ср. напр. Сенатскіе указы 29 іюля 1731 г., П. С. З. № 5810, и 26 февраля 1743 г., П. С. З. № 8711). Вотчинная Коллегія слѣдила за тѣмъ, чтобы личные дворяне не владѣли деревнями (сенатскій указъ 6 февраля 1758 г., П. С. З. № 10796). Такимъ образомъ Вотчинная Коллегія отнюдь не можетъ быть признана учрежденіемъ, соответствующимъ гражданскому суду. Ср. сенатскій указъ 5 августа 1743 г. П. С. З. № 8765.

²⁾ Ср. напр. Учрежденіе и регламентъ Государственной Камерь-Коллегіи 11 декабря 1719 г., П. С. З. № 3466, ст. 15.—Привилегія Бергъ-Коллегіи 10 декабря 1719 г., П. С. З. № 3464.—Инструкція Мануфактуръ-Коллегіи 3 декабря 1723 г., П. С. З. № 4378, ст. 13.—Указъ Сената „о вѣдннн заводчиковъ судомъ и расправою въ Камерь-Коллегіи 17 ноября 1731 г., П. С. З. № 5875.—О томъ, какъ широко понималось постановленіе ст. 13 инструкціи Мануфактуръ-Коллегіи о подсудности ей дѣлъ, въ которыхъ отвѣтчиками являлись фабриканты, можно судить по указу Сената 28 августа 1773 г., П. С. З. № 14028, которымъ признано, что эта подсудность „разумѣется единственно только о таковыхъ фабрикантахъ и ихъ людяхъ, кои заведя фабрики, въ одномъ симъ промыслѣ упражняются, а не о тѣхъ, кои при фабрикахъ еще и въ торгахъ и купечествѣ обрѣтаются“ (дѣло шло о подсудности одного фабриканта, нанявшаго лавку на Невской Перспективѣ и не очищавшаго лавки по истеченіи срока найма).

§ 2. Учрежденіе о губерніяхъ.

Существеннымъ моментомъ въ дальнѣйшемъ обособленіи всѣхъ поземельныхъ дѣлъ, какъ дѣлъ чисто гражданскихъ, съ предоставленіемъ въ вѣдѣніе судебныхъ установленій, является Межевая Инструкція 1766 г. ¹⁾). Согласно основному началу этой инструкціи, „разсмотрѣніе по спорамъ о крѣпостяхъ и о дачахъ цѣлаго владѣнія оставляется на установленныхъ общихъ Государственныхъ законахъ учрежденнымъ на то обыкновеннымъ судебнымъ мѣстамъ“ ²⁾).

Но принципъ подсудности гражданскому суду поземельныхъ споровъ между частными лицами можно признать окончательно установленнымъ въ русскомъ законодательствѣ лишь екатерининскимъ Учрежденіемъ о Губерніяхъ ³⁾).

Этимъ законодательнымъ актомъ въ нашемъ управленіи впервые было проведено начало раздѣленія властей судебной и административной ⁴⁾), что въ частности сказалось и въ изытіи всѣхъ судебныхъ дѣлъ изъ вѣдѣнія Намѣстниковъ, а стало быть и Губернаторовъ и чиновъ полиціи ⁵⁾).

Что касается въ частности дѣлъ о правѣ собственности на недви-

¹⁾ Инструкція Межевымъ Губернскимъ Канцеляріямъ и Провинціальнымъ Конторамъ 25 мая 1766 г., П. С. З. № 12659.

²⁾ Глава IX ст. 5; ср. ст. 5 главы III и въ особенности всю главу IV этой инструкціи. Ср. также ст. 5 главы IX, ст. 2 главы XVII, ст. 10 главы XXII и ст. 15 главы XXV. Ср. ст. 5 главы VIII, согласно которой въ случаѣ какого либо спора приказывалось „разбираться о томъ по порядку въ подлежащихъ судебныхъ мѣстахъ“.

³⁾ 7 ноября 1775 г. П. С. З. № 14392.

⁴⁾ Надо впрочемъ оговориться, что идея раздѣленія этихъ властей была усвоена составителями Учрежденія въ довольно туманной и нечленораздѣльной формѣ. Точному уясненію этой идеи, быть можетъ, не мало мѣшало и установившееся тогда, нами уже отмѣченное смѣшеніе въ терминѣ „судья“—какъ администратора, такъ и судьи въ нашемъ теперешнемъ смыслѣ этого слова. Не смотря на то, что Учрежденіе о Губ. старается придать слову „судить“ значеніе дѣятельности по разбору гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ, терминологія эта оказывается столь невыдержанной, что слово „судъ“ обозначаетъ то судебное (въ нашемъ смыслѣ) учрежденіе, какъ напр. „Верхній Земскій Судъ“, то чисто административное, полицейское, какъ напр. „Нижній Земскій Судъ“.

⁵⁾ Ст. 82. „Государевъ Намѣстникъ не есть судья“. Ст. 85. „Государевъ Намѣстникъ долженствуетъ вступаться за всякого, кого по дѣламъ волочать, и принуждать судебныя мѣста своего намѣстничества рѣшить такое дѣло, но отнюдь не мѣшаться въ производство онаго, ибо онъ есть яко хозяинъ всей губерніи, а не судья“. Ср. статьи 243 и 245 (о земскомъ исправникѣ) и ст. 266 и 268 (о городничемъ).

жимое имѣніе, то дѣла эти были подсудны Уѣзднымъ Судамъ, Верхнимъ Земскимъ Судамъ и Палатамъ Гражданскаго Суда ¹⁾).

Таковы въ общихъ чертахъ основные моменты исторіи образованія чисто-гражданской поземельной собственности въ Россіи, т. е. собственности, подсудной гражданскимъ судамъ и подчиняющейся гражданскому праву, иными словами, основные моменты образованія собственности, какъ нѣкоего самодовлѣющаго права частнаго лица, а не только какъ средства удовлетворить тѣмъ или другимъ потребностямъ управленія.

Что касается затѣмъ подчиненія общему праву и общей гражданской подсудности дѣлъ по спорамъ о землѣ между казною и частными лицами, то у насъ провозглашеніе этихъ двухъ началъ слѣдовало почти непосредственно вслѣдъ за пріобрѣтеніемъ частною поземельною собственностью характера права чисто гражданского.

Уже въ Межевой Инструкціи 1766 г. высказано то начало, что казенныя земли подчиняются общему праву: „Дворцовыя Наши и прочія казеннаго вѣдомства волости межевать на равномъ и безразличномъ во всемъ основаніи съ владѣльческими“ ²⁾).

Въ смыслѣ болѣе послѣдовательнаго проведенія начала раздѣленія властей судебной и административной, а также въ смыслѣ подчиненія казны по дѣламъ о правѣ собственности на недвижимое имѣніе общему праву и общей подсудности, имѣло особенное значеніе постановленіе статьи 118 Учрежденія о Губерніяхъ.

Согласно этой статьѣ, „Казенная Палата не что иное, есть, какъ Соединенный Департаментъ Камеръ и Ревизіонъ Коллегій, которой поручаются въ разсмотрѣніе дѣла строительныя и казенныя дѣла той губерніи, какъ-то... казенныя всякія права, казенныя и публичныя строенія..., съ таковою противъ Камеръ-Коллегіи отмѣною, что Казенная

¹⁾ Ст. 173, 197 и 199. Что эти статьи понимались въ томъ смыслѣ, что вотчинныя дѣла могли начиваться только въ Уѣздномъ Судѣ, это видно между прочимъ изъ пункта 6 указа 1778 г., неизвѣстнаго мѣсяца и числа, напечатаннаго въ П. С. З. подъ № 14829. Иски о нарушенномъ владѣніи въ теченіе 6 недѣль со времени нарушенія владѣнія, предъявлялись въ Надворныхъ Судахъ, которые не могли при этомъ входить въ разсмотрѣніе вопроса о правѣ собственности. Учр. о Губ. ст. 451, 452, 479 и 480. Ср. указъ 27 декабря 1827 г., П. С. З. № 29716.

Про Палату Гражданскаго суда въ Учрежденіи о Губ. говорилось (ст. 115) что она не что иное, есть, какъ Соединенный Департаментъ Юстиціи и Вотчинной Коллегіи. Но при этомъ существеннымъ являлось то, что этотъ департаментъ Вотчинной Коллегіи былъ лишень всѣхъ тѣхъ публично-правовыхъ функцій этой Коллегіи, которыя не позволяли считать ее учрежденіемъ чисто судебнымъ.

²⁾ Инструкція Межевымъ Губернскимъ Канцеляріямъ и Провинціальнымъ Конторамъ 25 мая 1766 г., П. С. З. № 12659. Глава XII, Введеніе. Ср. ст. 25 Манифеста о генеральномъ размежеваніи земель во всей Имперіи 19 сентября 1765 г., П. С. З. № 12474, и Инструкцію землеустроителямъ къ генеральному всей Имперіи земель размежеванію 15 февраля 1766 г., П. С. З. № 12570, ст. 34.

Палата никого не судить, но прозводить требованія свои о дѣлахъ, о которыхъ противорѣчія или спора быть не можетъ, въ Губернскомъ Правленіи, какъ о таковыхъ дѣлахъ предписано въ 97 статьѣ о дѣлахъ, до Губернскаго Правленія принадлежащихъ... О прочихъ же дѣлахъ, кои не безспорны или сомнѣнію подлежащія, приносить свои жалобы въ судебныхъ мѣстахъ черезъ губернскаго стряпчаго казенныхъ дѣлъ¹⁾.

Но повидимому установленный Управленіемъ о Губерніяхъ порядокъ подсудности дѣлъ между казною и обывателями о правѣ собственности на землю соблюдался не слишкомъ строго, и Казенныя Палаты, вѣдавшія дѣла казеннаго домоводства въ губерніи, собственною властью разрѣшали споры о землѣ, возникавшіе между ними и частными лицами.

Это можно заключить изъ Именного указа 13 апрѣля 1799 г.²⁾, гласившаго: „нужнымъ признаемъ изъяснить особливую нашу волю въ разсужденіи разбора споровъ о земляхъ между селеніями казеннаго вѣдомства съ частными людьми по крѣпостямъ и дачамъ; сей разборъ производить повелѣваемъ въ тѣхъ судебныхъ мѣстахъ, кои по Учрежденіямъ о Губерніяхъ XV главы 197 и 199 статьями для правосудія вообще по гражданскимъ дѣламъ установлены, не затрудняя онымъ Казенныя Палаты, которыя по статьѣ 118 тѣхъ же учрежденій никого не судятъ, но производятъ требованія въ защищеніе казеннаго права въ судебныхъ мѣста“.

Но повидимому, не смотря на всю категоричность такого подтвер-

¹⁾ Статья 97 постановляла: „Въ намѣстническое (губернское) Правленіе вносятся, прозводятся и отправляются всѣ дѣла исполнительныя и скорого отправленія или приказанія требующія, также и тѣ, о которыхъ противорѣчія или спора и быть не можетъ, какъ напр.: подписанные должникомъ счета или вексели или контракты ясныя и явные, по которымъ платежъ въ срокъ не послѣдовалъ. По таковымъ дѣламъ жалобы вносятся въ Губернское Правленіе, и отъ него дѣлается понужденіе. Буде же какое дѣло окажется не безспорно, а нѣкоторому сомнѣнію подлежащее, тогда отсылается для разобранія спорящихъ въ то мѣсто, куда надлежитъ“.

Эта ссылка статьи 118 на статью 97 весьма интересна; на основаніи ея можно было предположить, что казна по отношенію ко всѣмъ своимъ требованіямъ оказалась въ положеніи частнаго лица. Какъ мы увидимъ ниже, тогда подобнаго вывода изъ этой статьи сдѣлано не было. Надо впрочемъ имѣть въ виду, что характеръ безспорности присваивался тогда и весьма многимъ требованіямъ чисто гражданскаго характера въ сношеніяхъ частныхъ лицъ между собою, такъ что подчиненіе казны общему праву не представляло бы такого перелома, какимъ нынѣ являлось бы подчиненіе требованій казны (по дѣламъ не о недвижимыхъ имѣніяхъ) общему праву.

²⁾ П. С. З. № 17932.

ждения закона, онъ все-таки не исполнялся, а черезъ 22 года его снова пришлось подтверждать ¹⁾).

Причины, въ силу которыхъ Казенныя Палаты, не смотря на категоричныя постановленія Учрежденія о Губернiяхъ и другихъ законовъ, продолжали затруднять себя разборомъ дѣлъ о правѣ собственности между казною и частными лицами, ясны.

Казенная Палата должна была „производить въ судебныя мѣста свои требованія въ защищеніе казеннаго права“ въ тѣхъ случаяхъ, когда это право кѣмъ либо оспаривалось, отрицалось. Но такое положеніе вещей могло получиться не такъ то легко.

При крайней неопредѣленности и, что пожалуй практически еще существеннѣе, при совершенной недоступности законодательства того времени, то лицо, права котораго нарушались казною, естественно должно было предпочитать возможно болѣе мирный образъ дѣйствія; обращеніе съ просьбою къ мѣстному учрежденію казеннаго управленія въ расчетъ на его милость въ громадномъ большинствѣ случаевъ должно было казаться средствомъ гораздо болѣе цѣлесообразнымъ, чѣмъ обращеніе къ казнѣ съ требованіемъ, съ ссылкой на свои права. Поэтому Казенныя Палаты естественно оказывались полновластными вершителями такихъ дѣлъ, въ которыхъ онѣ по нашимъ современнымъ понятіямъ должны были бы являться лишь одною изъ спорящихъ сторонъ.

Но въ законодательствѣ нашемъ стремленіе подчинить казну по крайней мѣрѣ по поземельнымъ дѣламъ общей гражданской подсудности несомнѣнно существовало. Объяснялось оно, помимо вполне возможнаго иноземнаго вліянія, быть можетъ, и желаніемъ законодателя обезпечить въ этихъ дѣлахъ казенный интересъ. Вполнѣ возможно, что при той широкой децентрализаціи, какая была установлена Учрежденіемъ о Губернiяхъ, дѣла о казенномъ имуществѣ оказались въ такихъ рукахъ, которымъ трудно было довѣрять дѣла столь существенной важности; предоставленіе этихъ дѣлъ вѣдѣнію судовъ съ возложеніемъ на казенныя Палаты въ лицѣ стряпчаго казенныхъ дѣлъ защиты интересовъ казны, вводя въ дѣло два правительственныхъ учрежденія вмѣсто одного, только увеличивало гарантіи правъ казны, при чемъ гарантіи эти еще увеличивались, благодаря существовавшему въ то время переносу дѣлъ въ высшія и центральныя инстанціи въ ревизіонномъ порядкѣ.

При этомъ стоитъ отмѣтить, что, сравнительно съ Западомъ, предоставленіе тѣхъ или другихъ дѣлъ казны вѣдѣнію общихъ судовъ имѣло въ дореформенной Россіи совершенно иное значеніе. Тамъ гражданское право рассматривалось, какъ нѣчто такое, надъ чѣмъ госу-

¹⁾ Указъ 16 августа 1821 г., П. С. З. № 28721, почти буквально того же содержанія, что и только что приведенный указъ 13 апрѣля 1799 г.

дари не вольны. Независимость судовъ существовала почти вездѣ. При такихъ условіяхъ передача тѣхъ или другихъ дѣлъ казны изъ вѣдѣнія администраціи въ вѣдѣніе судовъ тамъ знаменовала собою существенное ограниченіе власти, а въ особенности усмотрѣнія какъ самого государя, такъ и администраціи.

У насъ дѣло обстоило совершенно иначе. О какомъ либо правѣ, законѣ, стоявшемъ внѣ воли Государя, у насъ тогда и не помышляли. Независимости судовъ, не только по отношенію къ Государю, но и по отношенію къ мѣстной администраціи, не существовало.

Различіе между судами и административными учрежденіями сводилось къ нѣскольکو иному положенію просителей, челобитчиковъ, и только.

По установившемуся въ нихъ обряду дѣлопроизводства суды были пожалуй нѣскольکو болѣе приспособлены, чѣмъ администрація, къ разбору дѣлъ, гдѣ вопросъ шель о „моемъ и твоёмъ“; поэтому законъ, ничѣмъ не поступаясь изъ прерогативъ казны и ничѣмъ не рискуя ея интересами, могъ смѣло передавать дѣла по спорамъ о недвижимыхъ имѣніяхъ между казною и частными лицами въ вѣдѣніе общихъ судовъ.

Какъ намъ кажется, не лишено было значенія и то обстоятельство, что „крѣпости“ вообще вѣдались судами. Такъ какъ право, противопологавшееся праву казны на данную землю, непременно должно было основываться на какомъ либо крѣпостномъ актѣ, то разрѣшеніе спора между казною и ея противникомъ сводилось въ сущности къ оцѣнкѣ той крѣпости, на которую тотъ ссылался. Поэтому учрежденіемъ, наиболѣе пригоднымъ къ критикѣ этой крѣпости, а стало быть, и для разрѣшенія спора, и являлись суды, какъ прежде Вотчинная Коллегія ¹⁾.

Но чѣмъ бы въ концѣ концовъ ни вызвалось это предоставленіе судамъ дѣлъ по поземельнымъ спорамъ съ казною, несомнѣнно, что включеніе этихъ дѣлъ въ компетенцію судовъ было чревато весьма существенными послѣдствіями. Благодаря тому, что общій характеръ

¹⁾ Въ пользу того, что это соображеніе имѣло весьма существенное значеніе, говорить и тотъ фактъ, что помимо тяжбы о правѣ собственности на землю судамъ были предоставлены и споры о правѣ собственности на крѣпостныхъ людей: земля и люди были двумя существовавшими тогда видами крѣпостного владѣнія. Общее Сената Собраніе въ одномъ указѣ 1827 г. (22 сентября, П. С. З. № 1397) признало, что дѣла этого рода должны быть подвѣдомственны не Первому Департаменту Сената, а Судебнымъ его Департаментамъ, „поелику во всѣхъ сего рода дѣлахъ заключается крѣпостное право“. Сближеніе дѣлъ этихъ двухъ категорій доходило до того, что въ одномъ указѣ Сенатъ призналъ, что „люди, платящіе оброкъ казнѣ, составляють имущество государственное и считаются недвижимымъ имѣніемъ“ (указъ 19 апрѣля 1820 г., П. С. З. № 28242.—Ср. указъ 8 августа 1762 г., П. С. З. № 11638).

Обстоятельствомъ, благопріятствовавшимъ привитію въ Россіи и въ рус-

и направленіе дѣятельности каждаго учрежденія опредѣляется главною массою подвѣдомственныхъ ему дѣлъ, и благодаря тому, что въ судахъ дѣла казеннаго управленія повидимому были сравнительно рѣдкостью, дѣятельность судовъ естественно была проникнута гражданскимъ духомъ.

Затѣмъ, сколь ни скупо было вообще разработано наше гражданское законодательство, но по крайней мѣрѣ для поземельныхъ отношеній оно содержало для частныхъ лицъ извѣстный комплексъ нормъ. Суды естественно не могли не примѣнять тѣхъ же нормъ и къ казнѣ. Такимъ образомъ, хотя бы въ области поземельныхъ отношеній казна подчинилась общему праву и утратила свой внѣ-правовой характеръ; получила хотя бы одна область, въ которой дѣятельность органовъ администраціи опредѣлялась не только ихъ представленіями о казенномъ интересѣ, но и положительнымъ правомъ.

§ 3. Именной указъ 19 августа 1799 г.

Но если съ подобнымъ положеніемъ вещей охотно ¹⁾ мирилась Екатерина II, то врядъ ли онъ приходился по вкусу законному ея преемнику.

И дѣйствительно, Императоръ Павелъ далъ Сенату указъ, которымъ объявлялъ: „Для обезпеченія казенныхъ имѣній отъ неправильныхъ притязаній и ущерба нужнымъ почитаемъ мы предписать, дабы ни по какому опредѣленію никакая принадлежность изъ дѣйствительнаго владѣнія и вѣдомства казеннаго не отходила; но въ случаѣ такомъ рѣшенія или опредѣленія препровождались на ревизію, а потомъ сообщались для разсмотрѣнія и представленія съ мнѣніемъ Начальниковъ Губерній въ Нашъ Сенатъ, который о слѣдующей отдачѣ чего либо по законамъ изъ вѣдомства казеннаго имѣетъ вносить къ Намъ на конфирмацію. При чемъ для отвращенія всѣхъ затрудненій и въ искахъ подѣламъ казеннымъ и до казеннаго вѣдомства относящимся производить оныя слѣдственнымъ порядкомъ повелѣваемъ“ ¹⁾.

Сколько законодательствѣ идеи гражданской подсудности казны, по крайней мѣрѣ по поземельнымъ дѣламъ, было то, что въ ту эпоху, когда поземельные споры и между частными лицами носили не вполне гражданскій характеръ и были подвѣдомственны не чисто судебнымъ установленіямъ, тѣмъ же самымъ установленіямъ была подвѣдомственна и главная масса поземельныхъ дѣлъ съ казною. Когда дѣла о землѣ между частными лицами перешли въ вѣдѣніе судовъ, казалось вполне естественнымъ, чтобы и дѣла съ казною послѣдовали за ними.

¹⁾ Быть можетъ, тѣмъ болѣе охотно, что естественнымъ противникомъ казны по поземельнымъ дѣламъ въ то время могли быть только дворяне; они не могли не видѣть въ судебной подсудности этихъ дѣлъ извѣстной гарантіи своихъ интересовъ, а извѣстно, что Екатерина II охотно шла навстрѣчу интересамъ этого сословія, единственнаго представлявшаго въ то время политическое значеніе.

Этот указъ существеннымъ образомъ измѣнилъ положеніе вещей для исковъ къ казнѣ о недвижимомъ имуществѣ. Прежде всего вмѣсто апелляціоннаго движенія дѣлъ, т. е. переноса дѣлъ „въ верхнія инстанціи не иначе, какъ по изъявленному неудовольствію съ которой либо изъ тяжущихся сторонъ на рѣшеніе судебного мѣста и по поданной апелляціонной жалобѣ“²⁾, этимъ указомъ установленъ особый, такъ называемый „слѣдственный ходъ“³⁾.

Благодаря этому, создавалась невообразимая медленность и сложность процедуры.

Если Уѣздный Судъ признавалъ, что по требованію истца къ нему должна отойти какая-либо земля изъ казеннаго владѣнія, то долженъ былъ переслать свое рѣшеніе въ Верхній Земскій Судъ. Тотъ, утвердивъ рѣшеніе Уѣзднаго Суда, пересылалъ дѣло въ Палату Гражданскаго Суда. Палата должна была пересмотрѣть дѣло, и если она утверждала рѣшеніе нижнихъ инстанцій, то препровождала свое рѣшеніе съ выпискою изъ дѣла въ Казенную Палату. Казенная Палата препровождала дѣло со своимъ заключеніемъ къ губернатору. Тотъ еще разъ пересматривалъ дѣло и со своимъ заключеніемъ отсылалъ его въ Сенатъ. Въ Сенатѣ дѣло поступало на разсмотрѣніе не судебныхъ его департаментовъ, а Перваго, административнаго. Сенатъ снова пересматривалъ дѣло, и если находилъ рѣшенія судовъ правильными, то утверждалъ эти рѣшенія и представлялъ свое опредѣленіе на Высочайшее утвержденіе⁴⁾.

Если имѣть въ виду медленность нашего дореформеннаго процесса и въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ онъ шелъ нормальнымъ путемъ, безъ подобнаго рода экстраординарныхъ задержекъ и осложненій, то легко представить себѣ, къ чему должна была приводить на практикѣ подобнаго рода процедура.

Къ тому же надо принять во вниманіе, что вся эта процедура была установлена „для обезпеченія казенныхъ имѣній отъ неправильныхъ притязаній и ущерба“; она какъ бы исходила изъ того опасенія, что судебныя мѣста стануť незаконно мирволить противникамъ казны.

¹⁾ 19 августа 1799 г., П. С. З. № 19090. Замѣтимъ, что этотъ указъ состоялся всего черезъ нѣсколько мѣсяцевъ послѣ приведеннаго выше (стр. 99) указа 13 апрѣля 1799 г., П. С. З. № 17932, подтвердившаго судебную подсудность подобныхъ дѣлъ и запретившаго затруднять этими дѣлами Казенныя Палаты

²⁾ Указъ 23 сентября 1830 г., П. С. З. № 3944.

³⁾ Тамъ же.

⁴⁾ См. описаніе порядка, возникшаго вслѣдствіе указа 19 августа 1799 г., въ Высочайше утвержденныхъ 30 сентября 1812 г. „правилахъ для производства дѣлъ о людяхъ, отыскиваемыхъ казною изъ частнаго владѣнія и частными лицами изъ казны“ (П. С. З. № 25241) и въ сенатскомъ указѣ „о порядкѣ производства въ губернскихъ мѣстахъ и въ Правительствующемъ Сенатѣ дѣлъ, прикосновенныхъ къ казенному интересу“ (22 сентября 1827 г., П. С. З. № 1397).

Отсюда низшія инстанціи естественно должны были бояться, какъ бы имъ не впасть въ ту вину, въ которой ихъ подозрѣваютъ, и намъ кажется, что мы не ошибемся, если скажемъ, что на практикѣ разсматриваемый указъ Императора Павла привелъ къ установленію нормы, которою на дѣлѣ руководились всѣ низшія инстанціи: *in dubio pro fisco*.

Самое существенное въ этомъ указѣ было требованіе Высочайшей конфирмаціи для всѣхъ дѣлъ, которыя кончались въ Сенатѣ противъ казны. Коль скоро такимъ образомъ въ число обязательныхъ инстанцій вводилась такая, которая стояла надъ закономъ, и при томъ была стороною въ дѣлѣ, то тѣмъ самымъ окончательное рѣшеніе дѣла въ смыслѣ неблагопріятномъ для казны ставилось въ зависимость не отъ закона, не отъ права, а отъ усмотрѣнія этой инстанціи, т. е. такимъ образомъ въ корнѣ колебался принципъ подзаконнаго положенія казны и въ дѣлахъ о недвижимыхъ имѣніяхъ.

Замѣтимъ, что участіе въ этихъ дѣлахъ органовъ казеннаго управленія, губернаторовъ, Сената и наконецъ Самой Верховной власти отнюдь не имѣло значенія гарантіи правосудія, правомѣрности и законности постановляемыхъ судами рѣшеній. Такой взглядъ на задачи правительства противорѣчилъ бы всему духу нашего дореформеннаго законодательства. Если дѣло въ одной изъ низшихъ инстанцій кончалось противъ частнаго лица, противника казны, то на этомъ оно и останавливалось. Только въ томъ случаѣ, если рѣшеніе постановлялось противъ казны, по этому рѣшенію запрашивалось заключеніе цѣлаго ряда учреждений, рѣшеніе ревизовалось административнымъ департаментомъ Сената и нуждалось въ конфирмаціи Верховною властью. Цѣль этой сложной процедуры категорично и исчерпывающимъ образомъ выражена и въ самомъ указѣ, который состоялся „для обезпеченія казенныхъ имѣній отъ неправильныхъ притязаній и ущерба“.

Рѣзко реакціонный характеръ этого указа и неудовлетворительность (принципиальная и практическая) создаваемого имъ положенія вещей стоятъ такимъ образомъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Повидимому это вполне сознавалось и современниками, по крайней мѣрѣ сохранилось извѣстіе, что Императоръ Александръ Павловичъ въ ту пору, когда онъ былъ занятъ отмѣною наиболѣе несправедливыхъ и непрактичныхъ указовъ своего отца, хотѣлъ отмѣнить и этотъ законъ.

Въ самомъ началѣ своего царствованія Императоръ Александръ I предполагалъ издать „Всемиловѣйшую грамоту, русскому народу жалуюмую“. Въ составленномъ проектѣ этой грамоты Александръ, подтверждая свое намѣреніе „употребить всѣ силы и старанія къ осчастливленію Россіи коренными законами“, устанавливалъ рядъ положеній, въ высшей степени существенныхъ въ смыслѣ укрѣпленія правопорядка въ Россіи, и между прочимъ постановлялъ, что „казна

по тяжбамъ съ частными лицами подчиняется въ порядкѣ судо-производства совершенно одинаковымъ съ послѣдними правиламъ¹⁾.

Проектъ этой грамоты былъ одобренъ Императоромъ. Обнародованіе ея повидимому было предположено въ день коронаціи Государя; но она почему то издана не была, и нѣкоторая часть реформъ, намѣченныхъ въ этой грамотѣ, такъ и не получила осуществленія.

Въ частности остался неотмѣненнымъ и изложенный выше указъ 19 августа 1799 г.

Впослѣдствіи Императоръ Александръ I не только не возвращался къ вопросу объ отмѣнѣ этого указа, но напротивъ того, неоднократно подтверждалъ его и лишь распространялъ его дѣйствіе на новые роды дѣлъ²⁾.

Даже реформы 1810—1811 годовъ, по сколько онѣ были проведены, не улучшили положенія вещей. Можно было думать, что учрежденіе Министерствъ поведетъ къ дальнѣйшему обособленію суда отъ администраціи, ибо „Министерства сами собою никого не судятъ и никакихъ тяжбъ рѣшить не могутъ“³⁾. Но на дѣлѣ учрежденіе Министерствъ къ этому не привело: реформа вообще доведена до конца не была; въ частности, она не успѣла коснуться судебной части.

Если учрежденіе Министерствъ какъ нибудь отразилось на теченіи тяжбныхъ дѣлъ казны, то единственно въ смыслѣ дальнѣйшаго усложненія процедуры путемъ включенія въ число обязательныхъ административныхъ инстанцій новой инстанціи—подлежащаго министра, въ большинствѣ случаевъ министра финансовъ⁴⁾.

¹⁾ Н. К. Шильдеръ. Императоръ Александръ Первый. Томъ II. 1897 Стр. 77—78.

²⁾ Подтверждено сенатскимъ указомъ 23 іюня 1819 г., П. С. З. № 27853. Закономъ 28 марта 1807 г., П. С. З. № 23505 дѣйствіе указа 19 августа 1799 г. распространено на дѣла о лицахъ, ищущихъ вольности; Высочайше утвержд. 17 ноября 1810 г. мѣнѣемъ Гос. Совѣта (П. С. З. № 24431) на церковныя земли; закономъ 30 сентября 1812 г. (П. С. З. № 25241)—на дѣла о людяхъ, отыскиваемыхъ казною изъ частнаго владѣнія и частными людьми изъ казеннаго вѣдомства. 19 сентября 1820 г. (П. С. З. № 28242) подтверждено относительно дѣлъ о крестьянахъ между помѣщиками и казною. Указами 10 апрѣля 1804 г. и 18 октября 1827 г. (П. С. З. № 1480) подтверждено относительно удѣльныхъ имѣній. Пунктомъ 7 Выс. утв. 13 ноября 1801 г. распространены на дѣла объ имуществахъ, принадлежащихъ римско-католическому духовенству возвращенныхъ къ Россійской Имперіи губерній; подтверждены относительно нихъ-же указомъ 23 дек. 1803 г. (ср. опред. 1 Общ. Собр., напечатанное въ Сборникѣ Рѣшеній Сената, изданномъ въ 1864 г., томъ I, стр. 485, № 422).

³⁾ 25 іюня 1811 г., П. С. З. № 24684, статья 239.

⁴⁾ Тамъ-же, ст. 240. „Въ Сенатѣ дѣла тяжбныя, прикосновенныя къ государственному имуществамъ, не рѣшаются иначе, какъ по истребованіи заключенія отъ того Министра, къ коему принадлежитъ управленіе казеннымъ имѣніемъ, въ тяжбѣ состоящимъ“.

Сначала участіе Министерства Финансовъ въ дѣлахъ этого рода ограничивалось сообщеніемъ заключеній.

Но согласно Именному указу 19 декабря 1819 г. ¹⁾, „во всѣхъ экономическихъ и удѣльныхъ селеніяхъ всякую опредѣленную отъ нихъ рѣшеніями Правительствующаго Сената по какимъ либо тяжбынымъ дѣламъ отрѣзку земли въ частное владѣніе не иначе производить, какъ тогда, когда по предварительнымъ распоряженіямъ Министра Финансовъ будетъ тѣмъ селеніямъ назначена по близости другая удобная земля взамѣнъ отъ нихъ отходящей“.

Указъ предвидитъ возможность и такого случая, что по близости тѣхъ селеній не окажется свободной казенной земли, которую можно было бы назначить экономическому или удѣльному селенію взамѣнъ отъ него отходящей. На этотъ случай Министру Финансовъ предоставлялось „иыскивать удобнѣйшія, по его усмотрѣнію, способы къ тому, чтобы помѣщики, по добровольному ихъ согласію, вмѣсто присужденной имъ отъ крестьянъ земли, могли получить другое соразмѣрное сему вознагражденіе выдачею имъ за оную денегъ или отводомъ имъ равномѣрной выгоды земли въ другихъ мѣстахъ изъ пустопорожныхъ или излишнихъ казенныхъ земель, и таковыя средства предварительно представлять Намъ на утвержденіе, черезъ Комитетъ Министровъ“ ²⁾.

Ваша земля занята казною. Тотъ фактъ, что по праву она ваша, признанъ всѣми судебными инстанціями. И вотъ, если казна эту вашу землю предоставила въ пользованіе крестьянамъ, она вамъ этой земли не отдаетъ, пока не устроитъ крестьянъ какою либо другою землею, находящеюся по близости. Оно человѣколюбиво по отношенію къ экономическимъ и удѣльнымъ крестьянамъ, но тѣ средства, къ которымъ прибѣгало правительство, не имѣютъ ничего общаго съ принципами и духомъ гражданскаго права и знаменуютъ поглощеніе элементовъ цивильныхъ элементами чисто публичными. Если одинъ помѣщикъ захватывалъ землю другого, то эта земля могла быть немедленно возвращена собственнику, хотя бы она и была нужна крестьянамъ захватчика.

¹⁾ П. С. З. № 28022

²⁾ Тамъ-же.

§ 4. Сенатскій указъ 22 сентября 1827 г.

Такимъ образомъ мы видимъ, что въ спорахъ о правѣ собственности на недвижимыя имѣнія между казною и частными лицами, не смотря на подсудность этихъ споровъ гражданскимъ судамъ, вопросы права уступаютъ усмотрѣнію казны и ея выгодамъ и удобствамъ.

Однако съ теченіемъ времени во всѣхъ этихъ дѣлахъ элементы чисто гражданскіе становятся постепенно все замѣтнѣе, и правительство до нѣкоторой степени начинаетъ усиливать гражданскій, судебный характеръ этихъ дѣлъ.

Въ этомъ отношеніи существенный интересъ представляетъ пространнѣйшій указъ Общаго Сената Собранія отъ 22 сентября 1827 г. ¹⁾.

Сенатъ обратилъ вниманіе на то, что тѣ дѣла, которыми что либо отсуждается изъ казны, поступаютъ изъ Палаты Гражданскаго Суда, согласно указу 19 августа 1799 г., черезъ губернаторовъ (и Казенныя Палаты) въ Сенатъ и тамъ рассматриваются въ I Департаментѣ. Между тѣмъ тѣ же самыя дѣла, если по нимъ была подана апелляція, поступаютъ въ Гражданскіе Сената Департаменты. „Такое разнообразное однихъ и тѣхъ же дѣлъ вступленіе въ разные Сената Департаменты, кромѣ ощутительнаго безпорядка, влечетъ за собою и то послѣдствіе, что по дѣламъ симъ, въ существѣ своемъ совершенно сходнымъ между собою, а того болѣе и по одному и тому же дѣлу, вышеизъясненнымъ способомъ въ два разные Департаменты Сената поступившему, могутъ произойти разнообразныя рѣшенія“. Поэтому Сенатъ приступилъ къ обсужденію вопроса, въ какіе Департаменты должны поступать дѣла по указу 19 августа 1799 г.

При этомъ Сенатъ довольно неожиданнымъ образомъ начинаетъ съ установленія различія между спорами объ имуществахъ по искамъ между казною и частными людьми и спорами объ имуществахъ между двумя казенными вѣдомствами, „между казною и казною“, какъ говорить этотъ указъ ²⁾.

¹⁾ П. С. З. № 1397, гдѣ указъ этотъ озаглавленъ: „о порядкѣ производства въ Губернскихъ судебныхъ мѣстахъ и въ Правительствующемъ Сенатѣ дѣлъ, прикосновенныхъ къ казенному интересу“.

²⁾ То, что Сенатъ считаетъ необходимымъ установить различіе между этими двумя родами дѣлъ, показываетъ, что въ то время различіе это сознавалось весьма неясно. Самъ Сенатъ считаетъ, что слѣдственный порядокъ производства дѣлъ по пререканіямъ казенныхъ управленій между собою установленъ указомъ 19 августа 1799 г. Между тѣмъ этотъ указъ (выше, на стр. 102 онъ приведенъ полностью) говоритъ лишь о дѣлахъ, въ которыхъ какое-либо имущество отходитъ отъ дѣйствительнаго владѣнія казеннаго, и „объ искахъ по дѣламъ казеннымъ и до казеннаго вѣдомства относящимся“.

Такое произошедшее на практикѣ распространеніе указа, относившагося

По мнѣнію Сената, дѣла только этого послѣдняго рода, т. е. споры казенныхъ управленій между собою, должны поступать въ I Департаментъ. Что же касается дѣлъ перваго рода, т. е. исковъ между казною и частными лицами, то Сенатъ нашелъ, что „поелику во всѣхъ сего рода дѣлахъ заключается крѣпостное право и право апелляціи, которое по существующимъ указаніямъ предоставлено во всѣхъ дѣлахъ гражданскихъ, изъ коего и указъ 19 августа 1799 г. не изъесть дѣлъ, производящихся между частными лицами и казною, а допустивъ такое право, не свойственно дѣла, съ онымъ сопряженныя, разсматривать въ I Департаментѣ“.

Затѣмъ Сенатъ продолжаетъ: „Сверхъ того, поелику въ дѣлахъ сего рода надлежитъ въ особенности обращать вниманіе на давность, на пропусценіе апелляціонныхъ сроковъ и на прочія формы, закономъ для таковыхъ дѣлъ предписанныя; потомъ составленіе по симъ дѣламъ записокъ и выписокъ изъ законовъ гражданскихъ, вызовы и допущеніе тяжущихся къ выслушиванію таковыхъ записокъ и къ рукоприкладству, чего по закону никому воспретить нельзя,—все сіе, заключая въ себѣ обряды гражданскаго судопроизводства, не можетъ принадлежать до I Департамента Правительствующаго Сената, а потому Правительствующій Сенатъ и полагаетъ, что оныя дѣла должны быть разсматриваемы и разрѣшаемы въ Гражданскихъ Департаментахъ“¹⁾.

Такимъ образомъ, основаніемъ для передачи этихъ дѣлъ въ гражданскіе судебные Департаменты Сената являются точно вырисовавшіеся гражданскіе элементы этихъ дѣлъ. Эти элементы, какъ матеріально-правового характера (давность), такъ и чисто процессуаль-

только къ искамъ къ казнѣ, также и на пререканія отдѣльныхъ вѣдомствъ о казенномъ имуществѣ опять-таки можетъ служить доказательствомъ того, что иски къ казнѣ по своей юридической природѣ и по своей практической постановкѣ крайне неясно отличались отъ споровъ между отдѣльными казенными вѣдомствами.

Между тѣмъ различіе очевидно: у отдѣльнаго вѣдомства по отношенію къ казнѣ не можетъ быть никакого права; имущество, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ цѣлесообразности препорученное данному вѣдомству, все таки остается имуществомъ казеннымъ; тутъ нѣтъ вопроса о твоёмъ и моемъ; нѣтъ вопроса о правѣ, по крайней мѣрѣ о правѣ гражданскомъ.

У обывателя, отыскивающаго свои земли изъ казеннаго владѣнія, долженъ былъ возникать именно вопросъ о твоёмъ и моемъ, т. е. вопросъ о правѣ, и въ самой чистой и рѣзкой его формѣ. Тутъ, напротивъ того, не могло быть и мѣста для какихъ бы то ни было соображеній цѣлесообразности.

И если тѣмъ не менѣе въ правосознаніи того времени эти двѣ категоріи дѣлъ спутывались, то это можетъ служить доказательствомъ лишь того, что чисто-правовая природа дѣлъ второй категоріи еще не была достаточно выяснена.

¹⁾ Указъ 22 сентября 1827 г., П. С. З. № 1397. Ср. указъ 20 февр. 1835 г., П. С. З. № 7884.

ные (составленіе записокъ и выписокъ изъ законовъ, рукоприкладство тяжущихся), не были установлены прямымъ предписаніемъ закона.

Законъ сказалъ только, что дѣла эти вѣдаются мѣстными судебными учрежденіями.

Прежде дѣла эти вчинались въ порядкѣ чисто административномъ, безъ какихъ либо судебныхъ гарантій, безъ примѣненія гражданскаго права. И вотъ въ силу одного того, что на мѣстахъ дѣла эти начали разсматриваться судами, къ этимъ дѣламъ начали примѣнять матерьяльное гражданское право, противники казны начали пользоваться существовавшими тогда процессуальными гарантіями, и начало даже казаться, что пользоваться этими гарантіями „по закону никому воспретить нельзя“. Это усиленіе гражданскихъ элементовъ дѣлъ по искамъ частныхъ лицъ къ казнѣ повлекло за собою и то, что и въ высшихъ инстанціяхъ, въ Сенатѣ, тоже начали разсматривать эти иски не въ административномъ порядкѣ (въ I-мъ Департаментѣ), а въ судебномъ (въ Гражданскихъ Департаментахъ).

Это конечно въ свою очередь повело къ дальнѣйшему усиленію чисто гражданскихъ элементовъ въ этихъ дѣлахъ, къ усиленію ихъ частно-правового характера¹⁾.

Но ни самый фактъ гражданской подсудности дѣлъ по „притязаніямъ частныхъ лицъ на казнѣ по завладѣнію“, какъ дѣла эти называются по терминологіи Свода Законовъ, ни тотъ обще-гражданскій характеръ этихъ дѣлъ, который выработался подъ вліяніемъ ихъ подсудности общимъ судамъ, не оказались достаточными для того, чтобы заставить смотрѣть на казну, какъ на юридическое лицо, и конструировать казенное имущество, какъ имущество, находящееся въ собственности этого юридическаго лица.

Въ Сводѣ Законовъ 1832 г. Сперанскій такъ резюмировалъ юридическую природу государственныхъ имуществъ: „отъ права частной собственности различается право собственности государственной, со-

¹⁾ Параллельно съ измѣненіями въ постановкѣ исковъ о правѣ собственности между казною и частными лицами происходили измѣненія и въ постановкѣ дѣлъ о нарушенномъ владѣніи. Дѣла эти въ дореформенномъ нашемъ законодательствѣ трактовались, какъ дѣла безспорныя, и вѣдались полиціей — Нижнимъ Земскимъ Судомъ.

Сначала срокъ для предъявленія требованія о возстановленіи нарушеннаго владѣнія былъ для казны тотъ же, что и для частныхъ лицъ: 10-ти недѣльный. Въ разгаръ аракчеевскаго періода русскаго законодательства срокъ этотъ былъ увеличенъ для казны до одного года, считая при этомъ не со времени нарушенія владѣнія, а съ того времени, когда казенное имѣніе, находившееся въ чьемъ либо временномъ владѣніи, будетъ въ натурѣ дѣйствительно принято обратно въ казну. 3 мая 1824 г. П. С. З. № 24889.— Въ 1839 г. (23 февраля, П. С. З. № 12066) казна вернулась къ прежнему общему 10-ти недѣльному сроку.

стоящее въ верховномъ обладаніи государственными имуществами, въ пользованіи или распоряженіи оными“¹⁾.

Такимъ образомъ, по мысли Сперанскаго, право государства, казны на государственныя имущества есть нѣчто совершенно отличное отъ права „частной собственности“. Повидимому эта „собственность государственная“ представлялась ему по существу своему институтомъ вполне публично-правовымъ. По крайней мѣрѣ „къ составу государственныхъ имуществъ“, по словамъ Свода, „принадлежать подати, пошлины, и разнаго рода сборы, доходъ казны составляющіе“²⁾; засимъ, согласно Своду, самое содержаніе этого права государственной собственности или „порядокъ управленія государственными имуществами и всѣ права, съ обладаніемъ ихъ сопряженныя, содержатся въ Сводахъ Учрежденій и въ законахъ о Казенномъ Управленіи“³⁾, т. е. въ законахъ публичныхъ, а не гражданскихъ, наконецъ, согласно примѣчанію къ статьѣ 395 изд. 1832 г., „пространство и свойство правъ, кои могутъ быть приобрѣтаемы, подробно означены . . . для казны въ Уставахъ Казеннаго Управленія и Государственнаго Благоустройства“⁴⁾.

Такимъ образомъ, самое содержаніе права государственной собственности и порядокъ осуществленія этого права вовсе не должны были, по мысли Сперанскаго, находить себѣ мѣсто въ Гражданскихъ Законахъ, иначе говоря, это право представлялось Сперанскому не правомъ собственности, а какимъ то правомъ государственнаго обладанія.

По этой конструкціи государство, казна, является субъектомъ какого-то публично-правового „обладанія“, но не юридическимъ лицомъ гражданского права, не субъектомъ „обыкновеннаго“ права собственности.

Сама по себѣ такая точка зрѣнія ничего невозможнаго не представляетъ. Собственно говоря, если взять государство, не имѣющее еще никакого законодательства по вопросу о казенномъ имуществѣ, то такому государству можно было бы порекомендовать стать въ своихъ будущихъ законахъ на ту точку зрѣнія, на которую сталъ Сперанскій. Эта теорія пожалуй въ большей степени отвѣчаетъ истинной природѣ государства, чѣмъ германская теорія фиска.

1) Сводъ Законовъ томъ X, ч. I, изд. 1832 г. ст. 263. По изд. 1900 г. ст. 421.

2) Св. Зак. 1832 г., т. X, ч. I, ст. 249. По изд. 1900 г. ст. 407.

3) Тамъ же, статья 263, прим. По изд. 1900 г. ст. 421, прим.

4) По изданію 1900 г. это примѣчаніе совершенно утратило всякую опредѣленность содержанія; оно читается такъ: „Пространство и свойство правъ, кои могутъ быть приобрѣтаемы, подробно означены также: въ Законахъ о Состояніяхъ, въ Особомъ къ симъ Законамъ Приложеніи, въ Уставахъ, Учрежденіяхъ и Положеніяхъ и въ Сводѣ Военныхъ Постановленій“.

Но соотвѣтствовала ли эта точка зрѣнія состоянію русскаго законодательства ко времени составленія Свода?

На этотъ вопросъ отвѣтить очень трудно. Еслибы Сводъ Законовъ составлялся въ эпоху, предшествовавшую Екаторининскому Учрежденію о Губерніяхъ, то дать отвѣтъ было бы очень просто, и отвѣтъ этотъ былъ бы безусловно утвердительнымъ.

Въ то время всякое имущество казны, всякое ея право на опредѣленный участокъ земли или на взыманіе опредѣленнаго налога имѣло публично правовую основу, охранялось въ публичномъ порядкѣ помимо всякаго участія гражданскихъ судовъ. Всякое право казны опредѣлялось публичнымъ, а не гражданскимъ законодательствомъ.

Послѣ изданія Учрежденія о Губерніяхъ съ установленною имъ передачею споровъ по недвижимымъ имуществамъ между казною и частными лицами въ вѣдѣніе судовъ, отвѣтъ на поставленный нами выше вопросъ о правильности конструкціи государственныхъ имуществъ, предлагаемой Сперанскимъ, значительно усложнялся.

Судами право государственнаго обладанія недвижимыми имуществами не могло разсматриваться иначе, какъ право собственности, и государство не могло трактоваться иначе, какъ субъектъ этого частнаго права.

Но какъ мы видѣли, гражданскій характеръ судебныхъ процессовъ между казною и частными лицами въ значительной степени заклонялся всякими привходящими соображеніями о государственныхъ интересахъ, стремленіемъ оградить казенное имущество отъ всякаго ущерба. И благодаря этому, въ этихъ процессахъ, помимо судовъ, была предоставлена весьма видная, въ сущности даже рѣшающая роль органамъ чисто-публичнымъ, административнымъ.

Могло ли при такихъ условіяхъ право казны, хотя и въ порядкѣ защиты, быть приравнено праву собственности, и могла ли казна разсматриваться, какъ субъектъ этого права? Послѣ указа 19 августа 1799 г., когда состоявшіяся противъ казны рѣшенія начали поступать на просмотръ въ Казенныя Палаты, потомъ къ Губернаторамъ, потомъ въ I-ый Департаментъ Пр. Сената и оттуда восходили на Высочайшее усмотрѣніе, когда на практикѣ дѣла эти не различались отъ пререканій между отдѣльными казенными вѣдомствами о казенномъ имуществѣ, — дѣйствительно, эти дѣла должны были признаваться по существу своему публичными, и гражданскіе элементы могли разсматриваться въ нихъ, какъ имѣющіе совершенно второстепенное значеніе.

Поэтому намъ кажется, что и для времени отъ 1799 г. по 1827 конструкція государственной собственности, данная Сперанскимъ въ Сводѣ, представлялась бы безусловно правильной.

Но положеніе дѣла существенно измѣнилось со времени изложеннаго нами выше сенатскаго указа 1827 г.

Со времени этого указа судебныя рѣшенія, коими что либо отсуждалось отъ казны, восходили на ревизию въ подлежащій Департаментъ Пр. Сената ¹⁾, гдѣ разсматривались уже не въ административномъ порядкѣ, какъ то было раньше въ I-омъ Департаментѣ, а въ порядкѣ судебномъ, съ соблюденіемъ существовавшихъ тогда судебныхъ гарантій ²⁾.

Поэтому послѣ 1827 г. необходимо было признать, что казна, въ искахъ о недвижимыхъ имѣніяхъ, разсматривается, какъ ихъ собственникъ, и пользуется тою же самою правовою защитою, что и всѣ собственники вообще.

Отсюда возникъ дальнѣйшій вопросъ: тотъ фактъ, что въ этомъ спеціальному случаю казна оказывалась какъ бы обыкновеннымъ собственникомъ, достаточенъ ли для того, чтобы признать, что казна можетъ быть субъектомъ гражданскихъ правъ, или же, несмотря на этотъ фактъ, слѣдуетъ признать, что право государственнаго обладанія по существу своему совершенно отлично отъ права частной собственности.

Сперанскій включилъ въ Сводъ приведенную выше статью 263 т. X ч. I изд. 1832 г. и слѣдовательно склонялся въ пользу второго мнѣнія.

Статью 263 т. X ч. I изд. 1832 г. надо приписать личнымъ взглядамъ Сперанскаго: это одна изъ тѣхъ статей, которыя не имѣли подстатейной ссылки. Составители Свода не извлекли ея изъ какого-либо закона или сенатскаго указа: они создали ее сами.

Такихъ статей довольно много въ первомъ изданіи Свода: наше законодательство было крайне скупо на установленіе общихъ началъ; поэтому составители Свода при изложеніи общихъ положеній постоянно оказывались вынужденными руководиться скорѣе общими началами права, чѣмъ приводить подлинныя слова какого-либо указа.

¹⁾ Каждый изъ гражданскихъ Департаментовъ Сената вѣдалъ дѣла, поступавшія изъ Гражданскихъ Палатъ опредѣленныхъ губерній.

²⁾ Тотъ фактъ, что эти дѣла поступали въ Сенатъ на ревизию слѣдственнымъ порядкомъ, помимо жалобъ сторонъ, съ точки зрѣнія судопроизводственныхъ правилъ того времени, проводившаго начало состязательности лишь самымъ несовершеннымъ образомъ, не представлялся какимъ либо существеннымъ нарушеніемъ основъ судопроизводства.

Точно также не являлось нарушеніемъ, основъ судопроизводства того времени и сообщеніе дѣлъ о казенномъ имуществѣ на заключеніе Казенныхъ Палатъ и губернаторовъ, предварительнаго представленія этихъ дѣлъ въ Сенатъ; какъ не лишали ихъ судебного характера ни запросъ Сенатомъ заключенія подлежащаго Министра, ни представленіе дѣла на Высочайшее утвержденіе.

Всѣ эти наросты на судебномъ процессѣ являются отрицаніемъ самой его сущности по современнымъ нашимъ взглядамъ, но съ точки зрѣнія нашего дореформеннаго процесса всѣ эти приводившія заключенія подлежащихъ вѣдомствъ представлялись чѣмъ то вполне естественнымъ.

Однако съ теченіемъ времени почти всѣ такія статьи Свода, лишенныя подстатейныхъ ссылокъ, приобрѣли ихъ: то общее положеніе, которое устанавливалось данною статьею, повторялось какимъ-либо позднѣйшимъ закономъ; ссылка на этотъ законъ и помѣщалась подъ этою статьею.

Но со статьею 263 т. X ч. I изд. 1832 г. этого не случилось, и она и въ дѣйствующемъ изданіи X тома все еще не имѣетъ подстатейной ссылки.

Этотъ фактъ можетъ объясниться лишь тѣмъ, что за все послѣдующее время въ русскомъ законодательствѣ ни разу не было высказано того положенія, которое установлено въ этой статьѣ: о правѣ собственности государственной, совершенно отличной отъ права собственности частной, наше законодательство ничего не знаетъ. Послѣ 1832 г. дальнѣйшій ходъ законодательства могъ принять предположенное Сперанскимъ направленіе въ сторону теоріи публичной собственности, или же законодательство могло принять направленіе обратное, въ сторону постепеннаго сближенія того права собственности, субъектомъ котораго является государство, съ правомъ собственности обыкновенной, т. е. съ правомъ собственности чисто гражданскимъ.

На дѣлѣ наше законодательство развивалось именно въ этомъ послѣднемъ направленіи, и въ настоящее время государство, въ качествѣ земельного собственника, пользуется тѣми же правами, что и всякій собственникъ вообще, и то постановленіе дѣйствующаго Свода, что государство, въ качествѣ обладателя государственнымъ имуществомъ пользуется правами, которыя „различаются отъ права частной собственности“, уже перестало соответствовать дѣйствительному положенію вещей.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Отвѣтственность казны въ дѣлахъ по недвижимымъ имуществамъ.

Что касается отвѣтственности казны, какъ собственницы тѣхъ или другихъ земельныхъ имуществъ, за убытки, причиненные ея служащими, этою собственностью завѣдующими, то пока поземельныя отношенія казны были подвѣдомственны административнымъ учрежденіямъ, и пока общее гражданское право на эти отношенія распространялось только отчасти, по скольку администрація считала это для себя удобнымъ и цѣлесообразнымъ,—вопроса объ отвѣтственности казны прямо не могло и ставиться.

По крайней мѣрѣ мы не имѣемъ никакихъ основаній для того, чтобы предполагать, чтобы до появленія общей гражданской подсудности казны по поземельнымъ дѣламъ вопросъ объ отвѣтственности казны возникалъ въ сколько-нибудь опредѣленной формѣ.

Со времени же установленія этой подсудности вопросъ объ отвѣтственности казны возникъ самъ собою и сразу непосредственно сталъ на исполнѣ твердую юридическую почву.

Именно потому, что вопроса объ отвѣтственности казны ранѣе и не возникало, никакихъ правилъ по поводу отвѣтственности казны, какъ собственницы земельныхъ имуществъ, въ законодательствѣ не заключалось. И если на практикѣ суды или административныя учрежденія наталкивались на этотъ вопросъ, то они оказывались вынужденными примѣнять къ этимъ дѣламъ общія правила объ отвѣтственности должностныхъ лицъ въ области отношеній, изъятыхъ изъ дѣйствія гражданского права, т. е. правила, исключавшія отвѣтственность казны.

И если во времена административной подсудности всѣхъ поземельныхъ отношеній казны въ казенномъ имѣніи подымали уровень плотины и тѣмъ подтопляли вышележащую частную плотину, то административное установленіе, которое разсматривало жалобу вышележащаго владѣльца, могло постановить о пониженіи уровня казенной плотины, но не имѣло никакого юридическаго основанія для признанія государственнаго казначейства отвѣтственнымъ за вредъ, причиненный должностными лицами управленія государственными имуществами.

Когда поземельныя отношенія казны стали подсудными общимъ судамъ, такое же дѣло по необходимости получало совершенно иное

разрѣшеніе: суды не имѣли никакого другого выхода, какъ примѣнять къ подобнымъ дѣламъ общія постановленія права. И какъ они приговорили бы къ уплатѣ убытковъ акціонерное общество, которое бы владѣло мельницею, и органы котораго, поднявъ свою плотину, подтопили бы плотину вышележащую, такъ тѣ же суды по необходимости, должны были примѣнять то же самое правило и къ казнѣ, если только въ законѣ не было установлено какого-либо изъятія.

Получается въ высшей степени странное, но по существу дѣла необходимое различіе въ толкованіи администраціею и судами того же самого законодательнаго пробѣла: отсутствія какихъ-либо правилъ по вопросу объ отвѣтственности казны.

Административными установленіями при разсмотрѣннн дѣлѣ, вообще подчиненныхъ публичному праву, это умолчаніе закона не могло толковаться иначе, какъ въ томъ смыслѣ, что отвѣтственность казны не имѣетъ никакого законнаго основанія.

Когда же тѣ же самыя дѣла казны перешли въ вѣдѣніе общихъ судовъ, которые примѣняютъ къ этимъ дѣламъ общія нормы гражданскаго права, по скольку для казны не сдѣлано какого-либо изъятія, тотъ же самый пробѣлъ закона долженъ былъ толковаться, какъ юридическое основаніе для подчиненія казны именно тѣмъ же самымъ правиламъ отвѣтственности, какія существуютъ для всѣхъ вообще юридическихъ лицъ.

И уже въ старой сенатской практикѣ 40-хъ и 50-хъ годовъ можно привести рядъ указовъ, въ которыхъ признается обязанность казны возмѣстить убытки, причиненные по недвижимому имѣнію: убытки, причиненные подтопомъ отъ повышенія уровня плотины ¹⁾, убытки, причиненные пользованіемъ казною чужими рыбными ловлями ²⁾, или чужею лѣсною дачею ³⁾; казна, отъ которой отсуждается домъ, присуждается и къ возвращенію доходовъ, извлеченныхъ ею изъ этого дома ⁴⁾.

¹⁾ Сборникъ 1864 г. томъ I: опред. 6 окт. 1841 г. по дѣлу казенныхъ крестьянъ Ельнинской волости, стр. 81, № 76; опред. 23 сен. 1855 г., по дѣлу госуд. крестьянъ Рогачевской волости, стр. 652, № 507; Томъ II, опред. 26 юля 1847 г. по дѣлу Саладына и др., стр. 503, № 453.

²⁾ Тотъ же Сборникъ, томъ I, опред. по дѣлу Притыкина, 5 марта 1837 г., стр. 740, № 553.

³⁾ Тотъ же Сборникъ, томъ II, опред. по дѣлу Воцкихъ, 19 ноября 1833 г., стр. 923—924, № 714. Въ этомъ дѣлѣ вопросъ о вознагражденіи Воцкихъ „за потерю собственности“ былъ разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ Выс. утв. мнѣніемъ Гос. Совѣта 14 апр. 1827 г. — Ср. тотъ же Сборникъ, томъ I, опред. 22 ноября 1850 г. по дѣлу Карачинскаго, стр. 401, № 375.

⁴⁾ Тотъ же Сборникъ, томъ II, опред. по дѣлу Саакова, 28 марта 1852 г., стр. 945—947, № 728. — Кромѣ того, въ высшей степени любопытны тѣ отступленія отъ казеннаго права въ сторону общегражданскаго, которыя замѣчаются въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ казна является правопреемницей собственниковъ конфискованныхъ имуществъ въ Западныхъ губерніяхъ. См. наприм. въ томъ же Сборникѣ, томъ II: рѣш. 11 ноября 1845 г., № 336, стр. 363—368, по дѣлу Садовской; 23 юня 1845 г., № 404, стр. 448—449, по дѣлу Млодецкой; 31 янв. 1846 г., № 413, стр. 458, по дѣлу Хлопицкихъ; 5 мая 1854 г., № 738, стр. 966, по дѣлу Саповскихъ.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Исторія подсудности казны по дѣламъ, возникающимъ изъ договоровъ и обязательствъ.

Вопросъ о подсудности казны общимъ судамъ по дѣламъ, возникающимъ изъ договоровъ и обязательствъ, а также по дѣламъ о движимомъ имуществѣ, ведетъ свою исторію съ гораздо болѣе недавняго времени, чѣмъ вопросъ о подсудности казны гражданскимъ судамъ по дѣламъ о недвижимыхъ имуществахъ.

До судебныхъ уставовъ 1864 г. вопроса о подсудности казны по дѣламъ, вытекающимъ изъ договоровъ и обязательствъ, повидимому и не возникало. Дѣла эти признавались дѣлами безспорными и вѣдались подлежащими органами администраціи, и постановленія ихъ по дѣламъ этого рода приводились въ исполненіе полиціею. Различія въ образѣ исполненія этихъ дѣлъ и дѣлъ податныхъ не существовало ¹⁾.

Согласно статьямъ 94 и 102 Основныхъ Положеній 29 сентября 1862 г., вѣдомству судебныхъ установленій должны были быть представлены изъ дѣлъ, сопряженныхъ съ интересомъ казенныхъ управленій, дѣла спорныя и дѣла по завладѣнію казеннымъ имуществомъ.

Въ составѣ комиссіи, составлявшей проектъ Устава Гражданскаго Судопроизводства при толкованіи смысла этого постановленія Основныхъ Положеній возникло разногласіе: одинъ изъ членовъ комиссіи, Тизенгаузенъ, настаивалъ на томъ, что такъ какъ, согласно дѣйствовавшему тогда Своду 1857 г., подъ „спорными дѣлами“, сопряженными съ интересомъ казны, разумѣлись исключительно дѣла „между казною и частными лицами о правѣ собственности на недвижимое имущество“ ²⁾, то по смыслу Основныхъ Положеній объемъ компетенціи

¹⁾ Ср. Указъ 27 февраля 1800 г., . . З. П. С. З. № 19279.

²⁾ Тизенгаузенъ выводилъ это „изъ сравненія статей 138, 153, 154 и 693 ч. 2 т. X Зак. Гражд. со вторымъ и третьимъ отдѣленіемъ главы 2-ой и отдѣленіемъ первымъ главы 3-ей“.—Объяснительная Записка къ проекту VI Книги Устава Гражданскаго Судопроизводства. тр 21.—Надо сказать, что по скольку вопросъ шель о толкованіи дѣйствовавшего Свода, мнѣніе это представляется

судовъ по отношенію къ администраціи долженъ былъ быть сохраненъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ установленъ въ Сводѣ 1857 г. ¹⁾ Вмѣстѣ съ тѣмъ Тизенгаузенъ находилъ, что комиссія еще и потому не можетъ пересматривать правила о производствѣ дѣлъ, возникающихъ между казною и частными лицами изъ договора подряда и поставки, что правила эти пересматривались тогда особымъ Высочайше утвержденнымъ комитетомъ подъ предсѣдательствомъ адмирала Мѣтлина.

Но подавляющее большинство комиссіи, остальные 36 членовъ, единогласно признали, что выраженіе Основныхъ Положеній „дѣла спорныя, сопряженныя съ интересомъ казны“ не ведетъ къ тому заключенію, „будто бы оно имѣло въ виду одни споры о правѣ на недвижимыя имущества“, и что это выраженіе обнимаетъ „всякія спорныя дѣла“ ²⁾, и на этомъ основаніи комиссія признала необходимымъ установить правила судебного производства между казною и частными людьми и другихъ дѣлъ, кромѣ дѣлъ о недвижимомъ имѣніи.

Изъ правила, разрѣшающаго контрагентамъ казны предъявлять къ ней иски въ судебныхъ мѣстахъ, комиссія сочла нужнымъ сдѣлать одно изъятіе, а именно установить, что по дѣламъ о поставкѣ и подрядѣ искъ можетъ быть предъявленъ лишь по выдачѣ подрядчику окончательнаго расчета ³⁾, при чемъ по мнѣнію комиссіи контрагенту казны слѣдуетъ предоставить право или предъявить къ казнѣ искъ въ судѣ или жаловаться по начальству на выданный расчетъ, „съ тѣмъ, что принесеніе жалобы по начальству не должно лишать кон-

вѣрнымъ. — Надо также сказать, что еслибы дѣло шло напр. о судебномъ толкованіи Основныхъ Положеній, то мнѣніе Тизенгаузена должно бы было быть признано безусловно обязательнымъ: очевидно въ законѣ 29 сент. 1862 г. терминъ „спорныя дѣла“ употребленъ въ томъ же смыслѣ, какой онъ вообще имѣлъ въ законодательствѣ того времени. — Но надо также принять во вниманіе, что Комиссія была не судомъ, что Основныя Положенія были для нея лишь руководствомъ при ея работѣ, и что результаты своихъ трудовъ она представляла черезъ Государственный Совѣтъ Верховной власти, которая уже конечно не была связана Основными Положеніями и могла утвердить и такой проектъ, который расходился съ этими Положеніями и въ чемъ либо шель дальше ихъ.

¹⁾ Цитированная выше, стр. 116, выноска 2, Объяснительная Записка, стр. 21.

²⁾ Цитированная выше, стр. 116, выноска 2, Объяснительная Записка, стр. 23.

³⁾ Ограниченіе это Комиссія мотивировала тѣмъ, что съ одной стороны „во время исполненія подряда или поставки могутъ возникнуть между контрагентомъ и администраціею такіе спорные вопросы, которые требуютъ немедленнаго разрѣшенія, а съ другой, что дѣла, возникающія изъ договоровъ съ казною бываютъ иногда связаны съ важными государственными интересами“. Поэтому Комиссія и признала, что во время исполненія подряда жалобы могутъ приноситься только по начальству. „Что же касается споровъ, возникающихъ послѣ исполненія договора, изъ окончательныхъ расчетовъ, то они могутъ вноситься только до денежныхъ требованій частныхъ лицъ къ казнѣ и потому не требуютъ болѣе быстрого производства, чѣмъ всѣ прочія гражданскія дѣла“. — Та же Объяснительная Записка, стр. 23.

контрагента права начать, въ теченіе сего (шестимѣсячнаго) срока искъ судебнымъ порядкомъ“ ¹⁾).

Наконецъ, комиссія остановилась на комитетѣ Мѣтлина и рѣшила, что этому комитету, въ силу возложенной на него Высочайшимъ повелѣніемъ 2 апрѣля 1863 г. задачи, „предоставлено пересмотрѣть законы гражданскаго права о порядкѣ совершенія договоровъ между казною и частными лицами, а не начертаніе правилъ о производствѣ исковъ, возникающихъ изъ сихъ договоровъ“. На этомъ основаніи комиссія признала, что она „не можетъ уклониться отъ обязанности составить правила о порядкѣ производства дѣлъ подрядныхъ“ ²⁾).

Государственный Совѣтъ внесъ въ эту часть проекта судебной реформы нѣсколько измѣненій ³⁾; изъ нихъ для насъ представляетъ наибольшее значеніе замѣчаніе, сдѣланное Соединенными Департаментами по поводу статьи 31 проекта ⁴⁾).

Соединенные Д-ты нашли, что эту статью „для большей определенности“ ея слѣдуетъ изложить „въ томъ смыслѣ, что жалобы могутъ бытъ предъявляемы частными лицами не только на послѣдовавшія распоряженія казенныхъ управленій, но и на отказъ въ сдѣланіи того или другого распоряженія, на медленность, бездѣйствіе и т. п.“ ⁵⁾).

Такимъ образомъ получилась статья 1302 дѣйствующаго Устава Гр. Суд.

Самый же принципъ распространенія подсудности казны общимъ судамъ не только на дѣла о недвижимыхъ имуществахъ, но и на дѣла по договорамъ съ казною, Государственнымъ Совѣтомъ и не обсуждался. Лишь мимоходомъ, разсматривая заявленіе Министра Внутреннихъ Дѣлъ о томъ, что съ установленіемъ правилъ о раз-

¹⁾ Та же Объясн. Зап., стр. 24.

²⁾ Та же Объясн. Зап., стр. 24.

³⁾ Исключилъ тѣ статьи проекта (10—15), которыя требовали, чтобы по дѣламъ съ казною стороны обмѣнивались непременно четырьмя составительными бумагами, чтобы членомъ-докладчикомъ составлялась изъ дѣла письменная докладная записка и т. д.; замѣнилъ правило статьи 33 проекта, постановлявшей, что принесеніе жалобы по начальству (послѣ выдачи окончательнаго расчета) не лишаетъ контрагента права начать въ теченіе означеннаго въ предыдущей статьѣ срока (шестимѣсячнаго) искъ судебнымъ порядкомъ.—правиломъ прямо противоположнымъ (ст. 1304 дѣйствующаго Уст. Гр. Суд.) и сдѣлалъ нѣсколько другихъ измѣненій, на которыхъ здѣсь останавливаться безцѣльно.

⁴⁾ „Контрагентъ, недовольный объявленнымъ ему окончательнымъ расчетомъ по подряду или поставкѣ, можетъ жаловаться по начальству или предъявить искъ къ казенному управленію порядкомъ судебнымъ“.

⁵⁾ Журналъ Соединенныхъ Департаментовъ Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ. По Отдѣленію Законовъ. 4, 11, 14, 18, 21 и 28 марта, 1, 4, 8, 11, 22, 25 и 29 апрѣля, 2, 6, 9, и 13 мая и 1 іюня 1864 г., № 44. стр. 113.

смотрѣннн дѣлъ подрядныхъ слѣдовало бы повременить до окончанія работъ комитета подъ предсѣдательствомъ адм. Мѣтлина ¹⁾. Государственный Совѣтъ между прочимъ замѣтилъ: „по 1-ой статьѣ I-ой части и 93 ст. III-й части Основныхъ Положеній о преобразованнн судебной части, власть судебная должна быть отдѣлена отъ власти административной, и всѣ спорныя дѣла казны должны подлежать разсмотрѣнню судебныхъ мѣстъ. Отсюда ясно, что и дѣла спорныя, возникающн изъ договоровъ съ казною, не могутъ уже, какъ это дѣлается нынѣ, быть разсматриваемы и разрѣшаемы административными мѣстами и лицами, но должны быть обращаемы къ судебному разсмотрѣнню. Правильность такого заключенн не отвергается ни Министромъ Внутр. Дѣлъ, ни прочими министрами и главноуправляющими“ ²⁾.

¹⁾ См. выше, стр. 117, выноска 1.

²⁾ Тотъ же журналъ, стр. 112—113.—Министръ Юстицин въ своихъ замѣчаннхъ на Проектъ Устава Гражданскаго Судопроизводства (стр. 258) останавливался на вопросѣ, что такое дѣла „спорныя“, и, основываясь больше на разговорномъ смыслѣ этого слова, вполнѣ присоединился къ мнѣнню большинства Комисснн, что спорными могутъ быть и дѣла, возникающн изъ договоровъ съ казною.

ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ.

Старая сенатская практика по вопросу объ отвѣтственности казны въ области обязательственныхъ отношеній.

Во всѣхъ случаяхъ, когда по нашимъ современнымъ понятіямъ несомнѣнно должна была бы быть признана отвѣтственною казна, старая сенатская практика ограничивается тѣмъ, что предоставляет потерпѣвшему, буде онъ пожелаетъ, отыскивать понесенные имъ убытки непосредственно съ тѣхъ должностныхъ лицъ, которыя своими упущеніями причинили ему какой либо ущербъ.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ подобныхъ сенатскихъ рѣшеній ¹⁾.

Мѣщанинъ Мальцовъ арендовалъ казенную Ахтубинскую степь. Управляющій Саратовскою казенною палатою, Бодиско, считая Мальцова нарушившимъ условія контракта тѣмъ, что тотъ распахивалъ степь, устранилъ его отъ аренды. Мальцовъ жаловался. Общее собраніе первыхъ трехъ Департаментовъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената нашло нарушение Мальцовымъ условій контракта недоказаннымъ и полагало:

¹⁾ Рѣшенія эти, относящіяся къ дореформенному времени, мы заимствуемъ изъ двухъ сборниковъ сенатскихъ рѣшеній: 1) изъ „Сборника рѣшеній Правительствующаго Сената, составленнаго по Высочайшему повелѣнію“, Томъ I. Спб. 1864 г. и томъ II, 1865 г. (Томъ I содержитъ рѣшенія Общаго Собранія Первыхъ Трехъ Департаментовъ и Департамента Герольдіи Пр. Сената за 1835—1864 гг., томъ II — рѣшенія Временнаго Общаго Собранія за 1835 — 1843 гг. и Общаго Собранія Четвертаго, Пятаго и Межеваго Департаментовъ за 1835—1854 гг.) и 2) изъ „Сборника рѣшеній Общаго Собранія 1-хъ 3-хъ Департаментовъ и Департамента Герольдіи Правительствующаго Сената за послѣднее (1864 — 1875) одиннадцатилѣтіе“. Томы I—V, Спб. 1876. Первый изъ этихъ сборниковъ въ дальнѣйшемъ изложеніи будетъ нами цитироваться такъ: „Сборникъ 1864 г.“; второй—такъ: „Сборникъ 1876 г.“.

Въ виду того, что эти Сборники, въ особенности первый, повидимому составляютъ большую рѣдкость, и мало у кого находятся подъ руками, мы позволяемъ себѣ, не ограничиваясь ссылками на интересующія насъ сенатскія рѣшенія, приводить изъ этихъ рѣшеній и болѣе или менѣе пространныя выдержки.

„Мальцова нынѣ же допустить къ оброчному владѣнію Ахтубинской степью на столько времени, сколько ею онъ по контракту не пользовался..., а понесенные имъ убытки предоставить ему отыскивать... съ управляющаго Бодиско и членовъ Палаты, постановленіе объ устраненіи его отъ содержанія подписавшихъ.“ (Сборникъ 1864 г., т. I, стр. 219, № 224. Указъ 23 мая 1846 г.)

Тишанская станица Области Войска Донского сдала съ разрѣшенія мѣстнаго сыскаго начальства въ аренду крестьянамъ Лимаревымъ мельницу, срокомъ на 10 лѣтъ. Войсковое правленіе нашло арендный договоръ невыгоднымъ и приказало нарушить его. Лимаревы жаловались, ссылаясь на то, что израсходовались на приведеніе мельницы въ лучшій видъ. Общее Собраніе I—III Департаментовъ и Департамента Герольдіи, „имѣя въ виду, что контракты, заключаемые правительственными мѣстами и лицами, не могутъ быть никоимъ образомъ нарушаемы...“ нашло, „что Войсковое начальство не имѣло права уничтожить контрактъ, въ силу коего Лимаревы болѣе года владѣли мельницею, а потому“ полагало, дѣйствіе этого контракта восстановить, отдавъ Лимаревымъ мельницу на условленное время, и вмѣстѣ съ тѣмъ предоставить имъ право отыскивать убытки свои, если понесли отъ неправильныхъ дѣйствій войскового начальства“. (Сборникъ 1864 года, томъ I, стр. 223—224, № 231.) По объявленіи Лимареву и этого рѣшенія Сената, онъ отъ принятія мельницы отказался какъ потому, что арендовалъ ее вмѣстѣ со своимъ отцомъ, который тѣмъ временемъ уже умеръ, такъ и потому, что мельница пришла въ совершенно другое состояніе, чѣмъ въ какомъ была при заключеніи имъ аренды, „совершенно разстроена и не дѣйствуетъ“. Войсковое начальство, рассмотрѣвъ это заявленіе Лимарева, опредѣлило: „понудить его къ принятію той мельницы“. Лимаревъ жаловался въ Сенатъ, и Сенатъ въ томъ же Общемъ Собраніи нашель, „что принуждать Лимарева къ принятію мельницы нѣтъ основанія. Что же касается убытковъ..., то предоставить Лимареву на точномъ основаніи 2747 и 2748 ст., томъ X Зак. Гражд. изд. 1842 г.... претензію свою о сихъ убыткахъ представить въ подлежащее судебное мѣсто.“ (Сборникъ 1864 г. томъ I, стр. 344 № 399. Указъ отъ 26 Іюня 1849 г.)

Статьи 2747 и 2748, т. X, ч. I, изд. 1842 г. говорили, въ какихъ случаяхъ дѣла объ обидахъ, ущербахъ и убыткахъ начинаются въ судебныхъ мѣстахъ, и о томъ, какъ опредѣляется подсудность этихъ дѣлъ по званію отвѣтчика. Въ этихъ статьяхъ возможность иска въ казнѣ не предусмѣтрѣна вовсе, никакой подсудности для нея не установлено, и изъ того, что въ этомъ рѣшеніи Сенатъ говорить о взысканіи убытковъ по этимъ статьямъ, ясно видно, что онъ предполагаетъ возможность взысканія ихъ только съ опредѣленныхъ физическихъ лицъ.

Волинская Палата Государственныхъ Имуществъ, сдавъ въ маѣ 1846 г. нѣсколько фольварковъ въ аренду дворянину Котковскому, безо всякой съ его стороны неисправности въ іюль того же года сдала тѣ же фольварки нѣкому Гребельнику. Котковскій просиль о возмѣщеніи ему убытковъ, причиненныхъ незаконнымъ отобраніемъ фольварковъ. Общее Собраніе первыхъ трехъ Д-товъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената, рассмотрѣвъ дѣло по жалобѣ Котковского, полагало: „не нарушая заключеннаго съ Гребельникомъ контракта, оставить всю отвѣтственность по содержанію имъ тѣхъ статей на

чинахъ Волынской Палаты Государственныхъ Имуществъ, предоставившихъ ему оныя, а вмѣстѣ съ тѣмъ предоставить Котковскому понесенные имъ убытки отыскивать съ кого слѣдуетъ.“ (Сборникъ, 1864 г. томъ I, стр. 360. № 352, Указъ 24 февраля 1850 г.)

Имущество нѣкихъ Яковлевыхъ служило залогомъ откупщика Фейгина. На этомъ Фейгинъ мало-по-малу накопилась масса недоимокъ, не погашенныхъ имъ и къ концу откупа. На пополнение ихъ и были обращены залогомъ Яковлевыхъ. Яковлевы просили имущество ихъ отъ отвѣтственности освободить на томъ основаніи, что по отношенію къ нимъ не были соблюдены тѣ постановленія контрактныхъ условий, которыя наиболѣе обезпечивали ихъ интересы, а именно они не были своевременно извѣщены о томъ, что на Фейгинѣ открылись недоимки, и затѣмъ надъ Фейгинымъ не было учреждено казеннаго надзора. Общее Собраніе Первыхъ 3-хъ Д-товъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената, разсмотрѣвъ эту жалобу Яковлевыхъ, нашло: „Высочайшимъ повелѣніемъ 11 июня 1846 г., состоявшимся по находившемуся въ разсмотрѣніи Государственнаго Совѣта дѣлу о томъ, должны ли залогодатели отвѣтствовать за неисправнаго подрядчика, если о неисправности его въ свое время извѣщены не были,—постановлено, что въ случаѣ неисполненія предписаннаго въ ст. 1686 т. X Зак. Гражд. изд. 1842 г. правила касательно извѣщенія залогодателей о несостоятельности подрядчика, залогодатели могутъ послѣдовавшіе имъ отъ того убытки отыскивать на общемъ основаніи... съ виновныхъ въ означенномъ упущеніи должностныхъ лицъ, но при семъ самыя залогомъ отъ упадающаго на нихъ... взысканія не освобождаются... Призная со своей стороны, что изъясненное Высочайшее повелѣніе касается не только подрядовъ, но и вообще обязательствъ частныхъ лицъ съ казною, обезпеченныхъ залогомъ, а слѣдовательно и питейныхъ откуповъ..., Общее Собраніе полагаетъ, что сколь бы ни были справедливы жалобы Яковлевыхъ на сдѣланныя со стороны казеннаго управления по откупамъ Фейгина упущенія, залогомъ ихъ, сіи откупа обезпечивающіе, не могутъ быть освобождены отъ упадающаго на нихъ по неисправности Фейгина взысканія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, если выводимыя въ жалобахъ упущенія дѣйствительно существовали, не должны и виновные въ сихъ упущеніяхъ оставлены быть безъ законной отвѣтственности, какъ личной, такъ и за понесенные отъ того залогодателями убытки“ (Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 234—236, № 248).

Крестьяне Варакинъ, Хіюзовъ и др. поставляли сѣно для Углицкаго пѣхотнаго полка. Въ 1812 г. они обратились съ просьбою объ уплатѣ денегъ за сѣно, и какъ видно изъ указа Общ. Сбор. Первыхъ 3-хъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената отъ 10 февраля 1848 г., постановлено было, что по счетамъ, подписаннымъ полковнымъ командиромъ Андреевымъ и бригаднымъ командиромъ Герздорфомъ, крестьяне должны получить деньги не съ казны, а съ названныхъ лицъ. (Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 273, № 284).

Нѣкто Шишманъ въ 1836 г. взялъ съ торговъ въ оброчное содержаніе участокъ земли срокомъ на три года. Этотъ договоръ съ разрѣшенія Казенной Палаты Шишманомъ былъ переуступленъ Калеръ, и въ условіи, заключенномъ этимъ послѣднимъ съ Казенною Палатою, срокъ договора по ошибкѣ Палаты былъ обозначенъ въ 12 лѣтъ. Черезъ три года, въ 1839 г., Палата, замѣтивъ ошибку, и исправивъ ее въ подлинномъ договорѣ, у нея хранившемся, но ничего не

сообщая Калерѣ, сдала тотъ же участокъ земли третьему лицу. Калера жаловался, просилъ отмѣнить новыя торги, указывалъ на то, что онъ произвелъ въ участкѣ разныя улучшенія. Общее Собраніе Первыхъ Трехъ Департаментовъ и Департамента Герольдіи Правительствующаго Сената въ указѣ отъ 25 февраля 1841 г. нашло, „что ошибка, сдѣланная въ контрактѣ, подвергая отвѣтственности тѣхъ, кто допустилъ оную, не можетъ служить основаніемъ къ нарушенію контракта, тѣмъ болѣе, что Калера, которому ошибка сія была неизвѣстна, введенъ во владѣніе по копіи контракта, въ коей именно объяснено было, что оброчная статья отдана ему на 12 лѣтъ... По симъ уваженіямъ Общее Собраніе Пр. Сената находитъ, что слѣдовало бы оставить заключенный съ Калерою контрактъ въ силѣ, но такъ какъ тотъ самый участокъ по новымъ торгамъ въ 1839 г. сданъ тит. сов. Макѣву и за нимъ утвержденъ установленнымъ порядкомъ, то въ настоящемъ положеніи дѣла предоставить Калерѣ ту сумму, какой по указанной оцѣнкѣ могли стоить сдѣланныя имъ на бывшемъ у него въ содержаніи участкѣ земли заведенія, а равно и другіе убытки, какіе черезъ отобраніе земли понесены быть могутъ, отыскивать съ членовъ и секретаря Екатеринославской Казенной Палаты, которые заключили съ нимъ контрактъ“. (Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 76, № 68).

Такова старая Сенатская практика.

Трудно представить себѣ болѣе абсолютное ¹⁾ и болѣе послѣдовательное ²⁾ проведеніе того принципа, что по контрактамъ, по дого-

¹⁾ Чтобы чрезмѣрно не увеличивать числа приводимыхъ примѣровъ. упомянемъ лишь еще объ одномъ дѣлѣ, въ которомъ Общее Собраніе Сената (первыхъ 3-хъ Департаментовъ и Департамента Герольдіи) нашло: „за нарушеніемъ казнаю заключеннаго съ Ракитскимъ контракта, онъ имѣетъ право, по силѣ ст. 2162, т. X Зак. Гражд., на вознагражденіе тѣхъ понесенныхъ имъ убытковъ, которые онъ установленными законными доводами доказать можетъ“. (Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 785—789, № 579. Указъ 12 декабря 1857 г.). Статья 2162 Зак. Гражд. изд. 1842 г. говорила о томъ, что если подрячикъ по неисполненію казною условій понесетъ убытки, то они „по разсмотрѣнію обращаются на виновныхъ“.

То же самое начало отвѣтственности должностныхъ лицъ, а не самой казны передъ контрагентами послѣдней проведено, помимо изложенныхъ указовъ Сената, еще и въ цѣломъ рядѣ другихъ; таковы въ Сборникѣ 1864 г. въ томѣ I: рѣшеніе по дѣлу Котковскаго 24 февр. 1850 г., № 352, стр. 360; рѣш. по дѣлу Самолетова 26 марта 1851 г. № 390, стр. 430; рѣшеніе по дѣлу Синькова 3 ноября 1854 г., № 485, стр. 601—603; рѣш. 12 дек. 1857 г. по дѣлу Ракитскаго № 579, стр. 785—789; рѣш. по дѣлу Кафтанчикова. 19 іюля 1862 г., № 707, стр. 1039; во второмъ томѣ того же Сборника рѣш. по дѣлу Спиридонова 18 февр. 1842 г., № 74, стр. 72—73; рѣш. по дѣлу б. Штакельберга 19 февраля 1852 г., стр. 736—739, № 612.

²⁾ Въ этомъ Сборникѣ 1864 г. имѣются и такія рѣшенія, въ которыхъ казна признается отвѣтственною передъ своимъ контрагентомъ: въ трехъ изъ этихъ рѣшеній отвѣтственность обусловливается прямымъ постановленіемъ договора, которымъ казна принимала на себя отвѣтственность: это рѣшенія по дѣлу Грегораръ 18 апр. 1847 г. № 249, стр. 236; рѣшеніе по дѣлу Могундасова, 28 іюня 1851 г., томъ I, стр. 438—445, № 395; ср. рѣш. по тому же дѣлу, тамъ же, 19 янв.

ворнымъ сдѣлкамъ казны съ частными лицами по имуществамъ, отвѣтственность за убытки, которые контрагенты казны могутъ понести отъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, падаетъ всегда на этихъ послѣднихъ, но никакъ не на самое казну.

1853 г., № 436, стр. 511—513, и рѣш. по дѣлу Свяжскаго Богородицкаго монастыря 15 дек. 1855 г., томъ I, стр. 672—678, № 515. Наконецъ въ двухъ дѣлахъ Сенать признавъ за казною необходимостью возмѣстить убытки, но придавъ этому видъ милости, а не юридической обязанности казны: рѣш. по дѣлу Котлярова 6 июня 1885 г., томъ II, стр. 2, № 2 (ср. аналогичное дѣло въ томъ же второмъ томѣ, дѣло Спиридонова, стр. 72—73, № 74) и рѣш. по дѣлу Немеровской, томъ II, стр. 528, № 473, опред. 28 февр. 1848 г.

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ.

Дореформенное законодательство по вопросу объ отвѣтственности казны въ отношеніяхъ обязательственныхъ.

Посмотримъ, на сколько приведенная выше старая Сенатская практика соотвѣтствовала дѣйствовавшему въ то время узаконеніямъ.

Для этого разбора исходною точкою примемъ Сводъ Законовъ 1842 г. ¹⁾.

Въ Сводѣ Законовъ 1842 г. мы можемъ искать постановленій по

¹⁾ Несмотря на то, что Сводъ 1832 г. получилъ Высочайшую санкцію, какъ „положительный законъ“ (Сборникъ статей Н. М. Коркунова. Спб. 1898 г. стр. 83), изложеннымъ въ немъ постановленіямъ нельзя придавать значенія вѣрнаго и полного отраженія дѣйствовавшаго тогда права. Какъ это было достовѣрно извѣстно самимъ авторамъ Свода, въ него вкралось не мало прямыхъ ошибокъ, и онъ страдалъ существенными пробѣлами. Поэтому, несмотря на законодательное утвержденіе Свода, почти сейчасъ послѣ его изданія были учреждены секретныя коммисіи для согласованія Свода съ дѣйствовавшимъ законодательствомъ. Исправленія и дополненія Свода, выработанныя этими коммисіями, вошли въ первыя Продолженія къ Своду Законовъ изданія 1832 г., и такимъ образомъ, для того, чтобы установить дѣйствительное состояніе нашего законодательства въ 1832 г., необходимо текстъ Свода изданія 1832 г., восполнять постановленіями, помѣщенными въ Продолженіяхъ къ Своду этого изданія, но по времени изданія тѣхъ законовъ, на которыхъ эти постановленія основаны, относящимися къ эпохѣ, предшествовавшей 1832 г. Эта крайне сложная работа сопоставленія Свода 1832 г. съ его Продолженіями, въ настоящее время практически почти не осуществима въ виду того, что эти Продолженія къ Своду 1832 г. составляютъ чрезвычайную рѣдкость, была произведена и, на сколько намъ извѣстно, произведена весьма тщательно при составленіи Свода Законовъ изданія 1842 г. Поэтому изъ этихъ двухъ изданій 1832 г. и 1842 г., взятыхъ самихъ по себѣ, безъ Продолженій, для большинства недоступныхъ изданіе 1842 г. должно считаться болѣе вѣрнымъ изображеніемъ нашего дореформеннаго законодательства, чѣмъ изданіе 1832 г.

По вопросу объ отвѣтственности за убытки и ущербы поворотнымъ пунктомъ въ нашемъ правѣ является законъ 21 марта 1851 г. (П. С. З. № 25055). Поэтому Сводъ законовъ 1857 г., включившій въ себя этотъ законъ, уже не можетъ быть признанъ точнымъ выраженіемъ взглядовъ нашего дореформеннаго законодательства по вопросу объ отвѣтственности за вредъ и убытки, и собственно по этому вопросу Сводъ 1842 г. долженъ быть предпочтенъ и Своду 1857 г.

интересующему насъ вопросу объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные ея контрагентамъ должностными лицами казенныхъ управленій, или въ книгѣ IV первой части X тома, говорящей о совершеніи и исполненіи обязательствъ по договорамъ, въ тѣхъ главахъ и отдѣленіяхъ этой книги, которыя посвящены договорамъ съ казною (въ томъ числѣ и казеннымъ подрядамъ и поставкамъ), или же въ Раздѣлѣ II Книги V первой части того же тома, посвященномъ „производству дѣлъ безспорныхъ по нарушенію правъ между казною и частными людьми“.

Во всѣхъ многочисленныхъ статьяхъ IV Книги, въ постановленіяхъ о порядкѣ исполненія договоровъ, заключенныхъ казною съ частными людьми, намъ не удалось найти ни одной статьи, которая прямо или косвенно устанавливала бы отвѣтственность казны передъ ея контрагентами за убытки, причиненные этимъ послѣднимъ должностными лицами.

Напротивъ того, единственная статья этой книги X тома, говорящая объ убыткахъ, понесенныхъ контрагентами казны отъ неправильныхъ дѣйствій чиновниковъ, возлагаетъ эту отвѣтственность не на казну, а на виновныхъ должностныхъ лицъ. Это статья 1685 т. X ч. I изд. 1842 г. Она гласитъ: „Въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, казенныя мѣста и лица, производящія исполненіе по договору на счетъ неисправнаго подрядчика или поставщика, могутъ дѣлать покупку или наемъ выше справочныхъ цѣнъ и безъ утвержденія Гражданскаго Губернатора, но должны представлять начальству о причинахъ, къ сему ихъ побудившихъ; и буде начальство найдетъ оныя неумажительными, то виновные подвергаются взысканію всѣхъ убытковъ, частному лицу черезъ то нанесенныхъ“.

Въ Книгѣ V „о производствѣ дѣлъ безспорныхъ“, въ Главѣ III Раздѣла II „о притязаніяхъ частныхъ лицъ на казнѣ“, имѣется нѣсколько статей, говорящихъ объ убыткахъ, понесенныхъ частными лицами на казнѣ по неисполненію договоровъ. Всѣ эти статьи ¹⁾— 2162, 2166, 2167 и 2168,—опять таки ничего не говорятъ объ отвѣтственности самой казны.

Согласно статьѣ 2162, „если казна, обязавшись преподать поставщику, подрядчику или содержателю оброчныхъ статей какія либо пособія людьми, матерьялами, или задаточными деньгами, промедлить или совсѣмъ не исполнить постановленнаго о семъ въ договорѣ: то лице сіе при невозможности, единственно отъ неокazanія пособій казенныхъ, выполнить договора, имѣетъ право просить объ освобожденіи отъ отвѣтственности за неисполненіе онаго, и даже искать вознаграж-

¹⁾ Пока мы опускаемъ тѣ изъ нихъ, которыя относятся къ убыткамъ, понесеннымъ вслѣдствіе промедленія уплатою денегъ, уже назначенныхъ къ выдачѣ, или такихъ, срокъ уплаты коихъ уже наступилъ. Правила эти въ виду ихъ совершенно своеобразнаго характера слѣдуетъ рассмотретьъ особо.

денія убытковъ, которые по разсмотрѣнію обращаются на виновныхъ“.

Статья 2166 постановляетъ: „Если частному лицу, вступившему въ обязательство съ казною, сдѣлано будетъ при исполненіи онаго въ чемъ либо притѣсненіе, какъ-то: въ приемъ денегъ, въ освидѣтельствованіи работъ, въ выдачѣ квитанцій, въ приемъ вещей, припасовъ и матеріаловъ (ср. ст. 1679): то обиженному предоставляется въ подобныхъ случаяхъ право приносить жалобы по начальству, но не далѣе, какъ въ восьмидневный срокъ; а гдѣ того начальства нѣтъ, то мѣстному, которое и обязано справедливость жалобы засвидѣтельствовать“¹⁾.
Статья 2167 продолжаетъ: „Жалобы сего рода разсматриваются неукоснительно; обиженному доставляется удовлетвореніе, а съ виновнымъ поступается по всей строгости законовъ“.

Наконецъ, согласно статьѣ 2168, „Когда казна, принявъ на себя выполненіе по договору на счетъ неисправнаго подрядчика, поставщика или содержателя оброчныхъ статей, объявить письменно отказъ или неуваженіе на сдѣланныя неисправнымъ подрядчикомъ, поставщикомъ или его повѣренными предложенія къ выгоднѣйшему продолженію договора (ст. 1684): то на таковой отказъ²⁾ жалоба имѣетъ быть приносима начальству того мѣста, отъ коего оный послѣдовалъ, но не долѣе, какъ въ теченіе мѣсяца. Пропустившій этотъ срокъ лишается права на жалобу и на удовлетвореніе на счетъ виновныхъ, когда бы жалоба его оказалась основательною, а неприятіе указанныхъ имъ способовъ причинило ему какіе либо убытки“³⁾.

Такимъ образомъ, по смыслу ст. 1685, если казна за неисправностью подрядчика сама исполняетъ данный подрядъ за его счетъ,

¹⁾ Ст. 1679: „Строго запрещается казеннымъ чиновникамъ дѣлать притѣсненіе частному лицу въ приемъ вещей или въ освидѣтельствованіи работъ; равнымъ образомъ строго запрещается неправильно отвергать вещи, припасы и матерьялы, сходные съ договорными условіями или образцами, и задерживать выдачу квитанцій“.

²⁾ Статья 1684: „Когда казна принимаетъ на себя выполненіе по договору на счетъ неисправнаго должника, то при сихъ распоряженіяхъ означенное лицо можетъ находиться лично само или имѣть своего повѣреннаго, и въ правѣ предлагать способы къ выгоднѣйшему выполненію договора; отказъ же или неуваженіе сихъ предложеній объявляются ему письменно“.

³⁾ Всѣ приведенныя статьи Свода имѣютъ своимъ источникомъ Высочайше утвержденное 17 октября 1830 г. „Положеніе объ обязательствахъ, заключаемыхъ съ торговъ между казною и частными лицами по подрядамъ, поставкамъ, по содержанію оброчныхъ статей и по продажѣ казенныхъ движимыхъ имуществъ“ (П. С. З. № 4007). Въ разсматриваемомъ отношеніи это Положеніе ничего не измѣнило въ до того дѣйствовавшемъ законодательствѣ. Ср. Сенатскій указъ 10 марта 1804 г., П. С. З. № 21206, въ которомъ Сенатъ предоставляетъ гр. Зубову, буде онъ отъ неправильныхъ дѣйствій Казенной Палаты при отдачѣ содержавшейся имъ казенной оброчной статьи понесъ какіе убытки, „просить на Казенную Палату“.

и если подлежащее мѣсто казеннаго управленія совершенно неправильно признаеть, что та или иная операція не терпять отлагательства, и на этомъ основаніи сдѣлаеть какую либо покупку за счетъ подрядчика по несообразно высокимъ цѣнамъ, то убытки, отъ того понесенные подрядчикомъ, могутъ быть взыскиваемы имъ не съ казны, съ которою онъ вступалъ въ договоръ, а съ тѣхъ должностныхъ лицъ, которымъ казна поручила исполненіе даннаго подряда.

Если при исполненіи мѣстомъ казеннаго управленія подряда какого либо неисправнаго подрядчика это казенное мѣсто будетъ производить неосновательные расходы и будетъ оставлять безъ уваженія предложенія, сдѣланныя ему на основаніи ст. 1684, то подрядчикъ, согласно ст. 2168, въ случаѣ подачи жалобы въ мѣсячный срокъ, получаетъ право на вознагражденіе на счетъ виновныхъ, т. е. на счетъ должностныхъ лицъ, а не на счетъ казны.

Послѣднее постановленіе представляется намъ особенно существеннымъ. Во всѣхъ предыдущихъ говорилось объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, безъ прямого указанія на то, передъ кѣмъ они отвѣчаютъ. Можетъ возникнуть предположеніе, что такъ какъ и при отвѣтственности казны передъ ея контрагентомъ чиновники должны отвѣчать передъ казною, что ввели ее въ необходимость возмѣщать ея контрагенту понесенный имъ по винѣ чиновниковъ ущербъ, то приведенныя статьи, ничего не говоря объ отвѣтственности казны, которая регулирована въ какомъ либо другомъ мѣстѣ Свода, опредѣляютъ только случаи отвѣтственности чиновниковъ передъ казною.

Но не говоря уже о томъ, что предположеніе, будто существовало въ какомъ либо мѣстѣ Свода какое то постановленіе, устанавливавшее отвѣтственность казны, безусловно не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, и поэтому ни въ какомъ постановленіи объ отвѣтственности чиновниковъ передъ казною, объ обязанности ихъ возмѣщать казнѣ то, что та выплатила потерпѣвшимъ, не было и нужды,—приведенное постановленіе статьи 2168 Зак. Гражд. 1842 г. явно говоритъ о томъ, что потерпѣвшій, если и имѣлъ право на вознагражденіе, то только на счетъ виновныхъ, но не на счетъ казны.

Старая практика Сената, нами выше ¹⁾ приведенная, оказывается такимъ образомъ вполне согласною съ буквою и духомъ нашего законодательства того времени: всякій разъ, устанавливая отвѣтственность должностныхъ лицъ тамъ, гдѣ мы думали бы встрѣтить отвѣтственность казны, эта практика опиралась на то, что въ нашемъ законодательствѣ не существовало ни какого либо общаго положенія объ отвѣтственности за чужія дѣйствія, такого положенія, изъ котораго можно было бы вывести отвѣтственность казны за дѣйствія должностныхъ лицъ казенныхъ управленій, ни какого либо спеціальнаго по-

¹⁾ Ср., стр. 120 и сл.

становленія объ отвѣтственности казны. вмѣстѣ съ тѣмъ существовать рядъ статей, устанавливавшихъ непосредственную денежную отвѣтственность должностныхъ лицъ передъ контрагентами казны за убытки, которые этимъ контрагентамъ могли быть причинены неправильными дѣйствіями чиновниковъ.

При этомъ стоитъ обратить вниманіе на то, что всѣ приведенныя рѣшенія состоялись по общему Собранію Первыхъ Трехъ Деп-товъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената, т. е. по тому Общему Собранію, куда поступаютъ дѣла изъ I-го Д-та.

И дѣйствительно, во всѣхъ тѣхъ немногихъ дѣлахъ, гдѣ имѣется указаніе на то, въ какомъ Д-тѣ Сената данное дѣло первоначально разсматривалось, и откуда поступило въ Общее Собраніе, мы неизмѣнно видимъ, что это I-ый Д-тъ. Слѣдовательно, когда возникалъ вопросъ объ отвѣтственности за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, вопросъ этотъ разрѣшался Сенатомъ въ качествѣ начальства, которому принесена жалоба на чиновника, и такимъ образомъ вопросъ получалъ постановку, явно и не предполагавшую возможности того, чтобы могъ возникнуть вопросъ объ отвѣтственности казны.

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ.

Суррогаты ответственности казны въ нашемъ дореформенномъ правѣ.

Описанное положеніе вещей практически приводило къ самымъ вопіющимъ несправедливостямъ. Какъ нибудь надо было помочь дѣлу.

Признать казну отвѣтственной повидимому тогда не представлялось возможнымъ.

Дореформенное наше законодательство и старая судебная практика изобрѣли два компромиса.

Первымъ изъ этихъ компромисовъ является принципъ ¹⁾ безусловной обязательности для казны договоровъ, заключенныхъ должностными лицами отъ имени казны. Принципъ этотъ выраженъ въ статьѣ 1537 дѣйствующихъ Законовъ Гражданскихъ: „Присутственныя мѣста и должностныя лица, заключившія съ частными людьми договоры, не должны оныхъ нарушать какимъ бы то образомъ ни было, но содержать въ такой силѣ и твердости, какъ бы сіи контракты были за собственноручнымъ подписаніемъ Императорскаго Величества. Если же правительственное мѣсто или лицо заключить контрактъ съ ущербомъ казеннымъ, то хотя таковой договоръ для сохраненія народнаго довѣрія не нарушается, но за казенный убытокъ отвѣчаетъ то мѣсто или лицо, которое сіе допустило“.

Итакъ, самый контрактъ, выгодный или невыгодный, для казны обязательенъ ²⁾, и должностныя лица ни коимъ образомъ не должны

¹⁾ Установленный Петромъ I въ регламентъ Гос. Камеръ Коллегіи 11 декабря 1719 г., П. С. З. № 3466. Подтвержденъ Наставленіемъ 1776 г. о подрядахъ и откупахъ и „Положеніемъ объ обязательствахъ, заключаемыхъ съ торговъ между казною и частными лицами..“ 17 окт. 1830 г., П. С. З. № 4007, ст. 145, нынѣ вошедшая въ ст. 178 Пол. Каз. Подр. изд. 1900 г.

Тотъ же принципъ по отношенію къ торгамъ на исполненіе земскихъ повинностей установленъ закономъ 13 іюля 1851 г., П. С. З. № 25398, ст. 103, нынѣ Уст. Зем. ов. изд. 1899 г., ст. 239.

²⁾ Примѣромъ исполненія казною договора, хотя бы и явно для нея невыгоднаго, можетъ служить въ старой сенатской практикѣ рѣшеніе О. С. I — III департаментовъ и Департамента Г. 24 авг. 1838 г. по дѣлу Плахова С борникъ 1864 г., томъ I, стр. 40, № 36.

Принципъ вѣрности договорамъ впрочемъ не всегда соблюдался русскимъ

нарушать заключенные контракты. Если же такое нарушение имѣло мѣсто, то по жалобѣ потерпѣвшаго дѣйствіе контракта восстанавливалось, хотя бы это и было невыгодно для казны: своими выгодами казна поступалась въ пользу принципа неизблемости казенныхъ договоровъ, и этимъ какъ бы брала на себя имущественную отвѣтственность за ущербъ, понесенный контрагентомъ казны.

Старая сенатская практика представляетъ любопытные примѣры такого восстановленія дѣйствія договора, нарушеннаго администраціей. Нѣкоторые изъ нихъ уже были нами приведены выше: это дѣло крестьянина Лимарева, который снялъ на 10 лѣтъ въ аренду мельницу въ 1832 г.; мельница эта въ 1834 г. была у него отобрана, и контрактъ съ нимъ былъ нарушенъ. По его жалобѣ сенатъ въ 1846 г. постановилъ восстановить дѣйствіе контракта и вернуть Лимареву мельницу, тѣмъ временемъ пришедшую въ полный упадокъ и уже не дѣйствовавшую ¹⁾.

Вполнѣ аналогично дѣло купца Собры Могундасова. Онъ арендовалъ на Каспійскомъ морѣ рыбные промыслы, на 10 лѣтъ съ 1 января 1825 г., но въ теченіе 1826 и 1827 гг. нѣкоторое время не могъ ими пользоваться по причинѣ военныхъ дѣйствій съ Персією. Въ арендномъ договорѣ была предусмотрѣна обязанность казны вознаградить арендатора, если военныя дѣйствія помѣшаютъ лову. Согласно этому, Выс. утв. положеніемъ Комитета Министровъ 29 ноября 1832 постановлено было предоставить Могундасову промыслы на столько времени, сколько онъ ими по договору не пользовался. Когда въ 1839 г. это Высочайшее повелѣніе начали приводить въ исполненіе, то оказалось, что М. уже умеръ, а предоставленіе промысловъ его наследникамъ вызываетъ существенныя затрудненія ²⁾.

Другимъ средствомъ уменьшенія тѣхъ потерь, которыя контрагенты казны могли понести отъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, былъ отказъ казны отъ той прибыли или отъ части той прибыли, которую казна извлекла изъ этихъ неправильныхъ дѣйствій, при чемъ сумма эта

правительствомъ въ дореформенное время. Д. Б. Мертваго въ своихъ „Запискахъ“ (Русскій Архивъ 1867 г. № 8—9) сообщаетъ, что „гр. Аракчеевъ при вступленіи въ Министры исходатайствовалъ именной указъ не платить долговъ, до 1808 г. накопившихся“. (стр. 282).

¹⁾ Ср. выше, стр. 120—121. С б о р н и к ъ 1864 г., томъ I, стр. 223 и 344. Такъ же рѣшилъ дѣло Сенатъ и въ приведенномъ выше дѣлѣ мѣщанина Мальцова, арендовавшаго въ началѣ 40-хъ годовъ Ахтубинскую степь: Казенною Палатою договоръ съ нимъ былъ противозаконно нарушенъ, Сенатъ полагалъ Мальцова „допустить нынѣ же къ оброчному владѣнію А. степью на столько времени, на сколько онъ ею по контракту не пользовался“. Ср. выше, стр. 120. Ср. С б о р н и к ъ 1864 г., томъ I, стр. 219, опредѣленіе № 224. Ср. аналогичное дѣло Кузнецовой, тамъ же, стр. 768, опред. 10 іюня 1857 г. № 568.

²⁾ С б о р н и к ъ 1864 г., томъ I, стр. 438—445, № 395, опред. 28 іюня 1851 г.

опредѣлялась безъ установленія аточнаго соотношенія того, отъ чего отказывается казна, съ тѣми убытками, которые понесъ ея контрагентъ: работа казны какъ бы сводилась къ тому, чтобы не поступиться ничѣмъ сверхъ того, что по данной статьѣ въ нее поступило.

Такъ напр. въ только что приведенномъ дѣлѣ Могундасова, когда оказалось, что вознаградить его наслѣдниковъ предоставленіемъ имъ самыхъ промысловъ неудобно, то въ 1851 г. рѣшено было при окончательномъ расчетѣ съ его наслѣдниками, что они въ вознагражденіе за непользованіе промыслами имѣютъ право на полученіе суммы, какую по расчету за 15 мѣсяцевъ и 13 дней выручило казенное управленіе, въ которое впослѣдствіи поступили арендованные Могундасовымъ промыслы ¹⁾).

Крестьянинъ Дѣдовъ, арендовавшій казенныя рыбныя ловли на Невѣ, просилъ о вознагражденіи за убытки, причиненные ему работами по расчисткѣ фарватера. Сенатъ, принявъ во вниманіе, что по показаніямъ чиновниковъ, производившихъ по сему дѣлу разслѣдованіе, „можно полагать, что крестьянинъ сей могъ понести нѣкоторые убытки“, положилъ: сложить съ Д. числящуюся на немъ недоимку и вернуть внесенныя имъ за эти ловли деньги: „Симъ образомъ Д., имѣвъ пользованіе тонями, безъ всякаго платежа въ казну оброка, не можетъ по сей причинѣ простираеть къ казнѣ никакихъ претензій“ ²⁾).

Бывшая Грузинская казенная экспедиція въ удовлетвореніе какого то казеннаго взысканія продала въ 1834 г. домъ, принадлежавшій не должнику казны, а третьему лицу. Это третье лицо жаловалось. IV Д-тъ Сената нашель, что за убытки отвѣчать должны члены бывшей Грузинской каз. экспедиціи. Собственница дома принесла всеподданнѣйшую жалобу, прося о томъ, чтобы ее удовлетворили изъ казны. Общее Собраніе Сената, „принимая въ уваженіе, что вырученныя продажею дома... деньги поступили въ казну единственно по неправильнымъ дѣйствіямъ чиновниковъ“, полагало: „означенныя деньги, какъ неправильно въ казну обращенныя, возвратить по принадлежности“, а затѣмъ деньги, уплаченныя казною, взыскать съ должностныхъ лицъ, виновныхъ въ неправильной продажѣ дома ³⁾).

Вопроса, соотвѣтствуетъ ли сумма, полученная казною, дѣйствительной стоимости дома и понесеннымъ его собственникомъ убыткамъ, Сенатъ не касается вовсе, но повидимому считаетъ, что всякія претензіи этого собственника вполне ликвидированы, ибо говоритъ

¹⁾ См. выше, стр. 131.

²⁾ Сборникъ 1864 г., томъ II, стр. 243—244, № 226. Определеніе Общаго Собр. IV, V и Межевого Департаментовъ Пр. Сената 23 янв. 1841 г.

³⁾ Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 160 (первая изъ двухъ 160-хъ страницъ въ этомъ томѣ), № 155, определеніе О. С. I—III и Департамента Герольдіи 23 янв. 1845 г.

уже о взысканіи съ виновныхъ чиновниковъ не убытковъ собственника, какіе могутъ оказаться за уплатою ему той суммы, которая ассигнована казною, а лишь о взысканіи съ этихъ чиновниковъ въ пользу казны того, что казною выплачено просителю ¹⁾).

Довольно позднимъ примѣненіемъ того же принципа ответственности казны только въ размѣрѣ той выгоды, которая ею извлечена изъ данныхъ неправильныхъ дѣйствій чиновниковъ, можетъ служить законъ 9 іюня 1873 г. ²⁾).

Согласно ст. 2 этого закона, „если по спору постороннихъ лицъ о казенныхъ земляхъ, вошедшихъ по владѣннымъ записямъ въ надѣль крестьянъ-собственниковъ изъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ, судебнымъ рѣшеніемъ будетъ признано за постороннимъ лицомъ право на спорную землю, то земля сія остается во владѣніи крестьянъ-собственниковъ, а постороннему лицу выдается изъ казны вознагражденіе въ размѣрѣ суммы, исчисленной по капитализаціи изъ пяти процентовъ количества государственной оброчной подати, на означенную землю причитающейся“.

Само собою понятно, что капитализированная государственная оброчная подать можетъ не состоять ни въ какомъ соотвѣтствіи съ тѣми убытками, которые дѣйствительно причинены данному землевладѣльцу отобраніемъ у него его земли для отвода государственнымъ крестьянамъ. Но казна вознаграждаетъ этого землевладѣльца только тѣмъ, что сама получаетъ за эту чужую для нея землю.

¹⁾ Точно такъ же казна поступалась частью слѣдовавшихъ ей денегъ по тому же договору, въ рѣшеніяхъ: по дѣлу Кондырева (Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 190, № 188, опред. 24 окт. 1845 г.) и по дѣлу Свирщевского. Въ этомъ послѣднемъ дѣлѣ Сенатъ призналъ, что у С., какъ арендатора казеннаго имѣнія, неправильно было отобрано имущество за арендную недоимку, что имущество это подлежитъ возвращенію въ томъ составѣ, въ какомъ было отобрано, и что такъ какъ часть этого имущества утратилась во время казеннаго завѣдыванія, то онъ имѣетъ право на вознагражденіе „въ счетъ доходовъ имѣнія“, по которому образовалась арендная недоимка. (Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 832, № 602, опред. 11 авг. 1858 г.).

²⁾ П. С. З. № 52364. Онъ вошелъ въ Приложение къ ст. 37 (прим. 2) Общ. Пол. Крест. Особое Прил. къ IX тому Св. Зак. изд. 1876 г. Въ изданіи 1902 г. этотъ законъ разбитъ по разнымъ книгамъ Особого Приложения къ IX тому: ср. ст. 23 книги I и статьи 58, 59 и 92 книги V.

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ.

Постановленія дѣйствующаго русскаго законодательства по вопросу объ ответственности казны за убытки, причиненные чиновниками, какъ представителями казны по ея имущественнымъ сдѣлкамъ.

Такое положеніе вещей очевидно не могло быть признано нормальнымъ. Контрагентъ казны, вступая съ нею въ договорныя отношенія и обезпечивая свой подрядъ солиднѣйшими залогами, имѣлъ полное право требовать, чтобы и исполненіе обязательствъ, принятыхъ на себя казною, было въ равной степени обезпечено.

Если подрядчикъ бралъ на себя работу подъ условіемъ, чтобы казна доставила ему нужные матерьялы, и если онъ со своей стороны понесъ значительные расходы по заготовкѣ рабочихъ, инженеровъ, машинъ, то имѣлъ полное право рассчитывать, что казна или поставитъ ему къ сроку потребные матерьялы, или возмѣститъ убытки, обусловленные отсутствіемъ возможности производить работы. Нашъ дореформенный законъ, какъ мы видѣли, постановлялъ, что въ случаѣ неисполненія казною постановленнаго въ договорѣ убытки падаютъ на виновныхъ должностныхъ лицъ,—всего имущества которыхъ можетъ не хватить на покрытіе и сотою доли понесенныхъ убытковъ.

Какъ извѣстно, въ настоящее время казна отвѣчаетъ за убытки, причиненные ея контрагентамъ ея чиновниками.

Посмотримъ, какимъ путемъ установился этотъ новый и несомнѣнно гораздо болѣе рациональный и справедливый порядокъ вещей.

Никакихъ спеціальныхъ законовъ, которые устанавливали бы отвѣтственность казны за убытки, причиненные контрагентамъ казны должностными лицами мѣстъ казеннаго управленія,—на сколько намъ извѣстно, не существуетъ. По крайней мѣрѣ такихъ законовъ намъ самимъ отыскать не удалось, и до сихъ поръ на существованіе подобнаго закона никто не указывалъ.

Поэтому измѣненіе порядка отвѣтственности, т. е., точнѣе говоря, замѣна отвѣтственности должностныхъ лицъ отвѣтственностью самой казны, могло оказаться результатомъ лишь измѣненія общей постановки въ нашемъ законодательствѣ или вопроса объ отвѣтственности

за вредъ и убытки, или вопроса о казнѣ, какъ субъектъ гражданскихъ правъ.

Наше общее законодательство объ отвѣтственности за вредъ и убытки было существеннымъ образомъ улучшено, развито и дополнено закономъ 21 марта 1851 г. ¹⁾, и по сейчасъ остающимся главнымъ источникомъ дѣйствующаго права по этому вопросу.

Какъ ни странно покажется съ перваго взгляда, и какъ это при болѣе внимательномъ отношеніи къ дѣлу покажется вполне естественнымъ,—этотъ законъ вовсе не касался отвѣтственности казны и ни въ чемъ не отмѣнялъ прежняго принципа полной ея безотвѣтственности и непосредственной отвѣтственности должностныхъ лицъ казеннаго управленія передъ контрагентами казны.

Такой пробѣлъ разсматриваемаго закона долженъ быть признанъ вполне естественнымъ въ виду того, что законъ этотъ носилъ чисто гражданскій характеръ, имѣлъ цѣлью восполнить пробѣлы нашего гражданского, частнаго права, а отношенія казны къ ея контрагентамъ въ области обязательственныхъ, договорныхъ отношеній въ тѣ времена, хотя бы въ силу одного своего безусловнаго изъятія изъ вѣдѣнія судебныхъ мѣстъ, носили не столько гражданскій, сколько административный характеръ.

Цѣльный рядъ существенныхъ реформъ, въ томъ числѣ и административнаго характера, былъ попутно совершенъ авторами Судебныхъ Уставовъ Императора Александра II.

Разрабатывая по преимуществу вопросы процессуальнаго, судебного права, Судебные Уставы ввели и не мало нормъ права матерьяльнаго, и при томъ не только права гражданского, но и права административнаго. Напомнимъ напр. ст. 1316 Уст. Гражд. Суд.

Если гдѣ либо можно думать найти поворотный пунктъ въ нашемъ законодательствѣ по вопросу объ отвѣтственности казны, то конечно въ Судебныхъ Уставахъ.

Посмотримъ поэтому, каково было отношеніе Комиссіи, составлявшей Судебные Уставы, къ вопросу объ отвѣтственности казны.

Если мы обратимся къ Объяснительной Запискѣ къ проекту VI Книги Устава Гражданскаго Судопроизводства, то увидимъ, что на вопросъ объ отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ, хотя бы и въ области отношеній по имуществамъ, Комиссія вовсе не останавливалась ²⁾, и ни въ разсужденіяхъ Комиссіи, ни въ самыхъ постановленіяхъ Проекта нельзя найти ни малѣйшаго указанія на то, чтобы Комиссія имѣла въ виду расширить или въ чемъ бы то ни

¹⁾ П. С. З. № 25055.

²⁾ Комиссія затронула и подвергла обсужденію лишь вопросъ о возможности предъявленія къ казнѣ судебнымъ порядкомъ исковъ, возникающихъ изъ договорныхъ отношеній съ казною, и разрѣшила этотъ вопросъ, какъ это уже было нами указано выше, въ утвердительномъ смыслѣ (см. выше, стр. 116—119).

было измѣнить матерьяльно-правовыя нормы по вопросу объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами контрагентамъ казны.

Если обратиться къ сужденіямъ той же Комиссіи, высказаннымъ ею по другому поводу, а именно по поводу вопроса о порядкѣ взысканія убытковъ съ должностныхъ лицъ, то мы увидимъ, что по мнѣнію Комиссіи ¹⁾, личная отвѣтственность чиновниковъ передъ обывателями, отвѣтственность, исключаящая отвѣтственность казны, не ограничивается областью публично-правовыхъ отношеній, но что о личной отвѣтственности чиновниковъ Комиссія говоритъ, перебирая „всѣ статьи казеннаго управления по различнымъ вѣдомствамъ“. Далѣе, Комиссія, говоря о той же отвѣтственности должностныхъ лицъ, упоминаетъ о томъ, что „государство остается заводчикомъ, фабрикантомъ и т. п., удерживая правительственную, административную организацію заводскаго управления“, и противопоставляетъ Россію западной Европѣ, гдѣ государство можетъ дѣйствовать, „оставаясь въ качествѣ юридическаго лица по отношенію къ гражданамъ“ ²⁾.

Во всѣхъ этихъ видахъ государственной дѣятельности, гдѣ по нашимъ современнымъ взглядамъ должна была бы отвѣчать казна, въ глазахъ Комиссіи, составившей Судебные Уставы 1864 г., отвѣтственность передъ частнымъ лицомъ, контрагентомъ казны, падаетъ не на казну, а непосредственно на тотъ ея органъ, который своимъ нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью причинилъ частному лицу какой либо убытокъ ³⁾.

При этомъ стоитъ обратить вниманіе на то, что постановленія о взысканіи убытковъ съ должностныхъ лицъ помѣщены въ проектѣ Судебныхъ Уставовъ среди постановленій объ искахъ по дѣламъ казеннаго управления. ⁴⁾

Такимъ образомъ, авторы Судебныхъ Уставовъ не только не

¹⁾ Объяснительная Записка къ проекту VI книги Уст. Гр. Суд., стр. 37—39.

²⁾ Тамъ же, стр. 34.

³⁾ Повидимому первоначально такъ это и понималось. По крайней мѣрѣ изрѣшенія Гр. Касс. Д-та 1869 г. № 238 видно, что въ одномъ дѣлѣ, гдѣ вопросъ шелъ объ убыткахъ, причиненныхъ казною несоблюденіемъ условій торговъ, искъ былъ предъявленъ должностному лицу, на основаніи ст. 1317 Уст. Гр. Суд. — Судебная Палата и Сенатъ разсматривали это дѣло по вопросу о томъ, куда долженъ быть предъявленъ искъ, въ Палату ли или въ Окружный Судъ, но вопроса о томъ, правильно ли предъявленіе по такого рода дѣлу иска къ должностному лицу, у нихъ и не воэникло.

⁴⁾ Проектъ Книги VI объ особыхъ родахъ гражданскаго судопроизводства: Глава I. О дѣлахъ казеннаго управления. Отдѣленіе I. Общія правила. Отдѣленіе II. О производствѣ дѣлъ, возникающихъ изъ договоровъ подряда, поставки и отдачи въ арендное содержаніе оброчныхъ статей. Отдѣленіе III. О взысканіи вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями или дѣйствіями должностныхъ лицъ. Отдѣленіе IV. О порядкѣ производства дѣлъ въ случаѣ завладѣнія имуществомъ или нарушенія владѣнія.

отмѣняли тѣхъ постановленій дѣйствовавшихъ тогда законовъ, которыя въ области договорныхъ отношеній казны устанавливали отвѣтственность должностныхъ лицъ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы мы ждали отвѣтственности самой казны, но и ни однимъ словомъ не обмолвились противъ этихъ законовъ, и именно къ этой отвѣтственности должностныхъ лицъ и приспособляли свой проектъ.

Соединенные Департаменты Государственнаго Совѣта, разсматривая проекты Судебныхъ Уставовъ, останавливались какъ на постановленіяхъ о производствѣ дѣлъ, возникающихъ изъ подряда, поставки и отдачи въ оброчное содержаніе оброчныхъ статей ¹⁾, такъ и на постановленіяхъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ ²⁾, и не нашли ничего возразить противъ существовавшихъ тогда и не затронутыхъ проектами правилъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, а не казны, передъ контрагентами послѣдней.

Если мы обратимся къ самимъ Судебнымъ Устамъ, къ имѣющимъ отношеніе къ настоящему вопросу статьямъ 1282 — 1330 Уст. Гр. Суд., то въ нихъ мы напрасно станемъ искать постановленія, которое бы отмѣнило существовавшую ранѣе отвѣтственность должностныхъ лицъ въ области гражданскихъ сдѣлокъ казны, и которое могло бы служить основаніемъ къ установленному Сенатомъ различію отвѣтственности казны и должностныхъ лицъ, смотря по тому, въ области какихъ отношеній были нарушены права обывателя, — въ области ли договорныхъ отношеній съ казною, или въ области, гдѣ государство является публичною властью.

По крайней мѣрѣ самъ Сенатъ въ обоснованіе своей теоріи, на сколько намъ извѣстно, на статьи 1282 — 1330 никогда не ссылался.

Посмотримъ, что же случилось съ тѣми статьями X тома изданія 1842 г., которыя говорили о непосредственной отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ контрагентами казны за причиненные имъ убытки. Когда были отмѣнены эти статьи? Чѣмъ замѣнены ихъ постановленія?

Задавшись этимъ вопросомъ и произведя надлежащія изысканія по Своду Законовъ послѣдняго изданія, мы къ глубокому нашему удивленію найдемъ эти архаическія статьи, столь рѣзко противорѣчащія дѣйствующему русскому праву, неизмѣнно сохранившими свою силу и свою старую редакцію.

Статья 1685 Зак. Гражд. изд. 1842 г., возлагавшая отвѣтственность на чиновниковъ, которые, произведя исполненіе по договору за счетъ неисправнаго подрядчика, безъ особой въ томъ нужды

¹⁾ Журналь Соединенныхъ Департаментовъ Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ. По Отдѣленію Законовъ. 4, 11, 14, 18, 21 и 28 марта, 1, 4, 8, 11, 22 и 27 апрѣля, 2, 6, 9 и 13 мая и 1 іюля 1864 г. № 44.—Стр. 112—115.

²⁾ Тотъ же Журналь, стр. 115 и сл.

произведуть по купку или наемъ по цѣнамъ выше справочныхъ,—въ настоящее время входитъ въ Положеніе о Казенныхъ Поставкахъ и Подрядахъ (ст. 197) и сохранила почти ту же редакцію, какую имѣла въ изданіи 1842 г. ¹⁾.

Статья 2162 Зак. Гражд. изд. 1842 г., согласно которой „если казна, обязавшись преподать подрядчику... какія либо пособія... не исполнить постановленнаго въ договорѣ, то убытки... по разсмотрѣнію обращаются на счетъ виновныхъ“, и по сей часъ сохранила свою силу, войдя въ положеніе о Взысканіяхъ Гражданскихъ, изданія 1892 года. ²⁾

Даже та статья Свода 1842 г., которая окончательно разрѣшала всякія могущія возникнуть сомнѣнія по вопросу о томъ, передъ казною или передъ контрагентомъ (заслоняя казну) отвѣчаютъ должностныя лица ³⁾, а именно статья 2168 Зак. Гражд., и та сохранена въ дѣйствующемъ Сводѣ, сохранена въ той же самой редакціи, которую имѣла въ 1842 году, и говоритъ о правѣ потерпѣвшаго подрядчика или поставщика на удовлетвореніе „на счетъ виновныхъ“ ⁴⁾.

Мало того, что до сего времени въ Сводѣ Законовъ сохранились

¹⁾ Пол. Каз. Подр. и Пост. изд. 1900 г., ст. 197: „Въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, казенныя мѣста и лица, производяція исполненіе по договору на счетъ неисправнаго подрядчика или поставщика, могутъ дѣлать по купку и наемъ выше справочныхъ цѣвъ и безъ утвержденія Губернатора, но должны представлять начальству о причинахъ, къ сему ихъ побудившихъ; и буде начальство найдетъ оныя не уважительными, то виновные подвергаются взысканію всѣхъ убытковъ, частному лицу черезъ то нанесенныхъ“. Все отличіе отъ редакціи 1842 г. состоитъ въ томъ, что теперь говорится просто о Губернаторѣ, а тогда говорилось о Гражданскомъ Губернаторѣ.

²⁾ Пол. Взыск. Гражд. Томъ XVI ч. 2 изд. 1892 г. ст. 456: „Если казна, обязавшись преподать поставщику, подрядчику или содержателю оброчныхъ статей какія либо пособія людьми, матеріалами или задаточными деньгами, промедлитъ или совсѣмъ не исполнить постановленнаго о семъ въ договорѣ, то лицо сіе при невозможности, единственно отъ неокazanія пособій казенныхъ, выполнить договора, имѣетъ право просить освобожденія отъ отвѣтственности за неисполненіе онаго, и даже искать вознагражденія убытковъ, которые, по разсмотрѣнію, обращаются на виновныхъ“.

³⁾ См. выше, стр. 128.

⁴⁾ Пол. Взыск. Гражд. Томъ XVI ч. 2 изд. 1892 г. Стр. 462: „Когда казна, принявъ на себя выполненіе по договору на счетъ неисправнаго подрядчика, поставщика или содержателя оброчныхъ статей, объявитъ письменно отказъ или неуваженіе на сдѣланный неисправнымъ подрядчикомъ, поставщикомъ или его повѣреннымъ предложенія къ выгоднѣйшему выполненію договора (ср. Пол. Казен. Подр. изд. 1887 г., ст. 196), то на таковой отказъ жалоба имѣетъ быть приносима начальству того мѣста, отъ коего оный послѣдовалъ, но не далѣе какъ въ теченіе мѣсяца. Пропустившій сей срокъ лишается права на жалобу и удовлетворенія на счетъ виновныхъ, когда бы жалоба его оказалась основательною, а непринятіе указанныхъ имъ способовъ причинило ему какіе либо убытки“.

постановленія Свода 1842 г., устанавливающія отвѣтственность должностныхъ лицъ передъ частными лицами за убытки, причиненные имъ, какъ контрагентамъ казны,—въ дѣйствующемъ Сводѣ появились и новыя постановленія того же содержания.

Такова напр. ст. 199 дѣйствующаго изданія Пол. Каз. Подр. и Пост. Согласно ст. 198 того же Пол., „во всѣхъ случаяхъ, гдѣ обязанности частнаго лица, заключившаго договоръ съ казною, могутъ перейти къ наслѣдникамъ его ¹⁾, залогодержателямъ или поручителямъ, они извѣщаются о томъ непосредственно, буде извѣстно мѣсто ихъ пребыванія, или черезъ публичныя вѣдомости, съ тѣмъ, что въ теченіе четырехъ мѣсяцевъ могутъ просить оставить за ними подрядъ“. Статья 199 Пол. Каз. Подр. и Пост. продолжаетъ: „Въ случаѣ неисполненія предписаннаго въ прошедшей (198) статьѣ правила, касательно извѣщенія залогодателей о несостоятельности подрядчика, залогодатели могутъ послѣдовавшіе имъ отъ того убытки отыскивать *на общемъ основаніи*, съ представленіемъ доказательствъ о количествѣ тѣхъ убытковъ, съ виновныхъ въ означенномъ упущеніи должностныхъ лицъ“ ²⁾

Такимъ образомъ повидимому и нынѣ дѣйствующій законъ предполагаетъ, что на „общемъ основаніи“ за убытки, причиненные органами казны ея контрагентамъ, передъ этими контрагентами лично и имущественно отвѣчаютъ эти самые органы, и что на казнѣ никакой отвѣтственности за ея слугъ и повѣренныхъ не лежитъ, что бы тамъ ни постановляла статья 687 Зак. Гражд. ³⁾

¹⁾ Это бываетъ, когда контрагентъ казны „подвергнется естественной смерти или лишенію правъ состоянія по судебному приговору“ (ст. 194 Пол. Каз. Подр. и Пост.), или же „задержанію“ (аресту,—ст. 195 того же Пол.).

²⁾ Эта статья Свода основана главнымъ образомъ на сенатскомъ указѣ 11 іюля 1846 г. (П. С. З. № 20225), состоявшемся вслѣдствіе Высочайшаго повелѣнія: „опубликовать повсемѣстно, что въ случаѣ неисполненія предписаннаго въ 1686 ст. Зак. Гражд. (т. X) правила, касательно извѣщенія залогодателей о несостоятельности подрядчика, залогодатели могутъ послѣдовавшіе имъ отъ того убытки отыскивать, на общемъ основаніи, съ представленіемъ узаконенныхъ доказательствъ, съ виновныхъ въ означенномъ упущеніи должностныхъ лицъ, которыя независимо отъ сего подлежатъ и законной отвѣтственности за нарушеніе служебныхъ обязанностей, но при семъ самые залогодатели, въ обезпеченіе заключенныхъ съ казною договоровъ представленные, отъ упадающаго на нихъ при неисправности контрагента взысканія по точной силѣ ст. 1359 тѣхъ же Зак. Гражд. не освобождаются, и казна сохраняетъ свое право дѣйствовать на счетъ оныхъ“.

³⁾ Случаи предьявленія къ должностнымъ лицамъ, а не къ самой казнѣ исковъ объ убыткахъ, понесенныхъ истцомъ при исполненіи казеннаго подряда, встрѣчаются и послѣ введенія судебной реформы: въ кассационной практикѣ можно указать на рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1869 г. № 226, гдѣ искъ былъ предьявленъ къ бывшему командиру Тульского Оружейнаго Завода за изготовленные по нарядамъ 1863 г. винтовочные стволы, и рѣшеніе, присудившее искъ, было оставлено Сенатомъ въ силѣ.

ГЛАВА ШЕСТНАДЦАТАЯ.

Соображенія, приводимыя Гражд. Кассационнымъ Департаментомъ Пр. Сената въ пользу отвѣтственности казны за чиновниковъ, какъ представителей казны по ея имуществамъ.

На какихъ же соображеніяхъ Гражданскій Кассационный Департаментъ Пр. Сената основываетъ свою современную практику объ отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ въ области ея имущественныхъ сдѣлокъ?

Для того, чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, обратимся къ непосредственному разсмотрѣнію тѣхъ доводовъ, которыми Сенатъ подкрѣпляетъ свою теорію.

Всякій разъ, что Пр. Сенатъ проводитъ то ученіе, что въ области хозяйственнаго управленія казеннымъ имуществомъ за вредъ, причиненный чиновникомъ, казна отвѣчаетъ, а за вредъ, причиненный тѣми же чиновниками въ дѣлахъ, гдѣ они являются органами государственной власти, не отвѣчаетъ,—онъ строитъ свои рассужденія по той же схемѣ.

Сенатъ начинается съ того, что устанавливаетъ двоякаго рода порядокъ разсмотрѣнія дѣлъ по нарушенію правъ частныхъ лицъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ. По его словамъ, каждое правительственное учрежденіе, имѣя опредѣленный кругъ власти и соединенныхъ съ нею обязанностей, имѣетъ двоякій характеръ; главное его назначеніе—служить общественнымъ цѣлямъ управленія, но въ то-же время оно есть и юридическое лицо, владѣющее и распоряжающееся извѣстнымъ имуществомъ, и въ этомъ послѣднемъ качествѣ оно можетъ вступать въ имущественныя и денежныя сдѣлки съ частными лицами. Споры, возникающіе изъ отношеній между частными лицами и правительственнымъ установленіемъ, какъ защитникомъ имущественныхъ интересовъ казны, не могутъ быть разрѣшаемы иначе, какъ судомъ. Но этого невозможно допустить во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда правительственное учрежденіе дѣйствуетъ въ предѣлахъ предоставленной ему дѣятельности по управленію правительственными дѣлами. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ частныя

лица, считающія, что ихъ гражданскіе интересы нарушены распоряженіями правительственнаго учрежденія, могутъ требовать возстановленія своихъ правъ не иначе, какъ путемъ жалобъ, въ установленномъ порядкѣ постепенности административныхъ инстанцій. ¹⁾

Установивъ это различіе двухъ родовъ административныхъ дѣлъ—дѣлъ по управленію казеннымъ имуществомъ и дѣлъ, въ которыхъ должностное лицо является органомъ публичной власти,—и сообразно съ этимъ, установивъ различіе въ порядкѣ разсмотрѣнія споровъ, возникающихъ по вопросу о нарушеніи чиновниками правъ частныхъ лицъ, Сенатъ продолжаетъ: „Сообразно съ этимъ должна быть опредѣлена и отвѣтственность должностныхъ лицъ: когда они являются уполномоченными казны по ея имуществамъ, — отвѣтственность за дѣйствія ихъ съ цѣлью защиты имущественныхъ интересовъ казны опредѣляется сообразно съ общимъ закономъ, въ силу коего вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ повѣренными при исполненіи ихъ порученій, согласно даннымъ имъ уполномочіямъ; а въ тѣхъ случаяхъ, когда они являются представителями государственной власти, они лично отвѣтствуютъ за дѣйствія, совершаемые ими во вредъ частнымъ лицамъ, и требованіе о вознагражденіи за причиненные этими дѣйствіями вредъ и убытки можетъ быть предъявлено только тѣмъ должностнымъ лицамъ, которыя неосмотрительностью, нерадѣніемъ или медленностью виновны въ причиненіи убытка“ ²⁾.

Не будемъ останавливаться на вопросѣ о правильности по существу того, во всякомъ случаѣ крайне неудачно формулированнаго Сенатомъ положенія, что споры, возникающіе по поводу нарушенія должностными лицами правъ обывателей, подлежатъ разрѣшенію или въ судебномъ порядкѣ, или въ порядкѣ постепенности административныхъ инстанцій, смотря по тому, являлось ли должностное лицо, „защитникомъ имущественныхъ интересовъ казны“ или же „дѣйствовало въ предѣлахъ предоставленной ему дѣятельности“.—Несомнѣнно, что административный или судебный *порядокъ* разсмотрѣнія дѣлъ того или иного рода самъ по себѣ не долженъ предрѣшать того, на комъ, на казнѣ или на чиновникѣ; лежитъ обязанность возмѣстить убытокъ, понесенный частнымъ лицомъ. И обязанность казны, и обязанность чиновника несомнѣнно могутъ быть установлены и административнымъ установленіемъ, и судомъ.

Тотъ фактъ, что данное дѣло подлежитъ разрѣшенію въ административномъ порядкѣ, отнюдь не исключаетъ юридической возможности того, чтобы казна была признана обязанною уплатить ту или другую сумму. Напротивъ того, напр. по ученію, весьма распростра-

¹⁾ См. напр. рѣш. Гр. Касс. Д-та 1872 г. № 321, 1887 г. № 14.

²⁾ См. только что приведенныя кассац. рѣшенія, а также рѣш. Гр. Касс. Д-та 1875 г. № 490.

ненному среди французских юристов, признать государство обязанным къ чему либо, „déclarer l'État débiteur“, можетъ только административная власть ¹⁾.

Поэтому выставленное Сенатомъ положеніе, что сообразно съ двумя порядками разсмотрѣнія дѣлъ по нарушенію правъ обывателей должностными лицами должна быть установлена отвѣтственность или казны, или самихъ должностныхъ лицъ, представляется совершенно произвольнымъ и по существу невѣрнымъ.

И этотъ приводимый Сенатомъ доводъ въ пользу устанавливаемого имъ противоположенія отвѣтственности казны въ дѣлахъ хозяйственнаго управленія и безотвѣтственности ея въ дѣлахъ, гдѣ чиновники выступаютъ въ качествѣ органовъ публичной власти,—долженъ быть безусловно отвергнутъ.

Въ другихъ рѣшеніяхъ Сената помимо приведеннаго выше соображенія, приводятся еще и нѣкоторыя другія. Остановимся на нихъ.

Въ одномъ рѣшеніи ²⁾ Пр. Сенатъ, установивъ различіе тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ должностныя лица являются представителями власти, отъ дѣлъ, гдѣ должностныя лица являются защитниками интересовъ казны по ея имуществамъ, при чемъ обязанности ихъ не соединены съ какою либо властью въ отношеніи къ частнымъ лицамъ ³⁾, нашель, что „въ первомъ случаѣ какъ обязанности должностныхъ лицъ, такъ и степень предоставленной имъ власти въ отношеніи къ частнымъ лицамъ опредѣляются подлежащими уставами казеннаго управленія, а во вторыхъ—уполномоченные казны, какъ собственники и владѣльцы тѣхъ или другихъ имуществъ, въ отношеніи къ частнымъ лицамъ являются представителями казны, какъ субъекта частныхъ правъ, для котораго обязательны постановленія гражданскихъ законовъ“. Затѣмъ, въ рѣшеніи 1889 года № 69 Сенатъ прямо говоритъ, что „когда должностныя лица являются представителями казны, какъ субъекта гражданского права, для котораго обязательны постановленія гражданскихъ законовъ, статья 687 т. X ч. I примѣняется и къ казнѣ“.

Такимъ образомъ, основаніе неответственности казны по тѣмъ дѣламъ, гдѣ чиновники казеннаго управленія являются органами власти, и основаніе къ отвѣтственности ея въ дѣлахъ по управленію казеннымъ имуществомъ Сенатъ повидимому усматриваетъ въ томъ, что уставы казеннаго управленія нигдѣ не устанавливаютъ въ видѣ общаго положенія отвѣтственности казны за чиновниковъ, а въ нѣкоторыхъ статьяхъ и прямо говорятъ о личной отвѣтственности должно-

¹⁾ Лаферриэръ, томъ I, стр. 433 и сл.

²⁾ Рѣш. Гр. Касс. Д-та 1875 г. № 490.

³⁾ Тутъ Пр. Сенатъ говоритъ почему то о „власти въ отношеніи къ частнымъ лицамъ по илз состолнію“. Смыслъ этихъ послѣднихъ словъ представляется намъ совершенно непонятнымъ.

стныхъ лицъ, тогда какъ ст. 687 Зак. Гражданскихъ должна имѣть примѣненіе и къ казнѣ, какъ субъекту частныхъ правъ, „для котораго обязательны постановленія гражданскихъ законовъ“.

Что уставы казеннаго управленія не содержатъ общаго постановленія объ обязанности казны отвѣчать за вредъ и убытки, причиненные должностными лицами, это фактъ, спору не подлежащій. Въ Законахъ Гражданскихъ есть статья 687, согласно которой, „господа и вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ слугами и повѣренными“... Это тоже фактъ. Несомнѣнно также, что на казну въ области ея хозяйственныхъ отношеній по имуществу распространяется дѣйствіе законовъ гражданскихъ.

Это все такъ, но отсюда до вывода, дѣлаемаго Сенатомъ, цѣлая пропасть.

Примѣненіе къ вопросу отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ ст. 687 Зак. Гражд. могло-бы быть допущено лишь въ томъ случаѣ, еслибы казна вообще могла-бы быть признана въ дѣлахъ по управленію казеннымъ имуществомъ „господиномъ и вѣрителемъ“ въ томъ смыслѣ, какой присвоивается этимъ терминамъ гражданскими законами, и еслибы должностныя лица, вступая съ обывателями отъ имени казны въ гражданскія сдѣлки, превращались въ тѣхъ „слугъ и повѣренныхъ“, отношенія которыхъ къ ихъ господамъ и вѣрителямъ, а также къ ихъ контрагентамъ, опредѣляются постановленіями 1 части X тома Свода Зак. ¹⁾

Но изъ того туманнаго и по самому существу своему нуждающагося въ существеннѣйшихъ оговоркахъ положенія, что казна въ ея отношеніяхъ по имуществамъ является юридическимъ лицомъ и подчиняется гражданскому праву, нельзя выводить, что для государства, какъ казны, всѣ нормы публичнаго права замѣняются соответственными нормами гражданскихъ законовъ; что напр. отношеніе государства къ должностнымъ лицамъ для казны, какъ юридическаго лица гражданскаго права, претворяется въ отношеніе вѣрителя и повѣреннаго ²⁾.

Поэтому основаніе отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ нельзя видѣть, какъ это дѣлаетъ Сенатъ, въ ст. 687 Зак. Гражд. Нельзя потому, что безусловно должно быть отвергнуто то единственное предположеніе, при которомъ примѣненіе къ отвѣтственности

¹⁾ Вопросъ, имѣлась-ли въ виду отвѣтственность казны, когда создавалась нынѣшняя ст. 687 Зак. Гражд., можно оставить въ сторонѣ: нерѣдко редакция, которую получилъ законъ, заставляетъ примѣнять его къ такого рода объектамъ и правоотношеніямъ, возможность подведенія которыхъ подъ данный законъ составителямъ его и не снилась.

По первоначальному своему смыслу, на сколько объ этомъ можно судить по тому закону, изъ котораго навлечена эта статья (III отдѣлъ закона 21 марта 1851 года); статья 687 несомнѣнно имѣла въ виду лишь частныхъ лицъ.

²⁾ По поводу этого см. выше. стр. 90—1.

казны за должностныхъ лицъ ст. 687 было бы возможно, а именно, что должностныя лица, являясь представителями казны по принадлежащимъ ей имуществамъ, являются не органами государственной власти, а слугами и повѣренными казны.

Мы конечно не желаемъ сказать, чтобы статья 687 Законовъ Гражд. вообще ни въ какихъ случаяхъ не была примѣнима къ казнѣ. Отнюдь нѣтъ. Казна, въ качествѣ напр. собственницы дома, можетъ имѣть въ немъ дворниковъ и другихъ слугъ, можетъ имѣть повѣренныхъ, которые бы защищали ея интересы, связанные съ этимъ домомъ. Отношенія казны къ этимъ слугамъ и повѣреннымъ, отношенія этихъ слугъ къ третьимъ лицамъ, а равно и взаимныя отношенія третьихъ лицъ къ казнѣ по поводу дѣйствій, совершенныхъ этими слугами и повѣренными, будутъ регулироваться законами гражданскими. За этихъ слугъ и повѣренныхъ казна несомнѣнно должна отвѣчать по статьѣ 687. Но нельзя говорить, что и всѣ должностныя лица, чиновники, занимающіе штатныя должности, какъ только вступаютъ въ гражданскія сдѣлки по поводу казеннаго имущества, перестаютъ быть чиновниками и становятся слугами и повѣренными, и что казна *потому* должна отвѣчать за нихъ, что господа и вѣрители отвѣчаютъ за слугъ своихъ и повѣренныхъ.

Такимъ образомъ подведеніе казны и должностныхъ лицъ, заключающихъ отъ ея имени частно-правовые договоры съ обывателями, съ одной стороны подъ понятіе господина и вѣрителя, а съ другой подъ понятіе слугъ и повѣренныхъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ они употреблены въ ст. 687 Зак. Гражд., не соотвѣтствуетъ существу взаимныхъ отношеній казны, должностныхъ лицъ и обывателей, вступающихъ въ гражданскія сдѣлки съ казною. Поэтому прямое подведеніе вопроса объ отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ подъ статью 687 Зак. Гражд. является несомнѣннымъ нарушеніемъ точнаго смысла этой статьи.

Но, можетъ быть, Сенатъ правъ въ томъ отношеніи, что хотя штатные чиновники и казна прямо и не подходятъ подъ статью 687, но эту статью можно на нихъ распространить по аналогіи.

Противъ этого говоритъ однако то весьма серьезное соображеніе, что ст. 687 устанавливаетъ изъятія изъ того основнаго положенія, что каждый отвѣчаетъ только за *свою* вину. Въ качествѣ закона, устанавливающаго исключеніе, эта статья, какъ то вполне правильно категорично признаетъ и самъ Сенатъ ¹⁾, не допускаетъ распространительнаго толкованія и примѣненія по аналогіи.

Такимъ образомъ, и ссылка Пр. Сената на то, что въ уставахъ казеннаго управленія нѣтъ статьи, устанавливающей отвѣтственность казны, и что въ Законахъ Гражданскихъ есть статья 687, само по себѣ

¹⁾ Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1899 г. № 102.

ни въ коемъ случаѣ не можетъ служить оправданіемъ проводимой Пр. Сенатомъ теоріи, что казна не отвѣчаетъ за чиновниковъ по дѣламъ, гдѣ они являются органами власти, и что она отвѣчаетъ за нихъ по дѣламъ хозяйственнаго управленія казеннымъ имуществомъ: статьи, устанавливающей отвѣтственность казны за чиновниковъ, нѣтъ ни въ уставахъ казеннаго управленія, ни въ Законахъ Гражданскихъ.

Чтобы исчерпать всѣ доводы, приводимые Сенатомъ въ подкрѣпленіе его теоріи отвѣтственности казны, упомянемъ, что въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Сенатъ, устанавливая обязанность должностныхъ лицъ лично нести отвѣтственность за вредъ, причиненный ихъ неправильными дѣйствіями при осуществленіи функций публичной власти, и отвѣтственность казны за должностныхъ лицъ въ области отношеній казны, какъ собственницы имущества, говоритъ: „въ тѣхъ случаяхъ, когда они (должностныя лица) являются представителями государственной власти, *обязанными примѣнять ее со строгимъ соблюденіемъ закона*, они лично отвѣтствуютъ за дѣйствія, совершенныя ими во вредъ частнымъ лицамъ; напротивъ того, когда они являются уполномоченными казны по имуществамъ, отвѣтственность за дѣйствія ихъ, совершенныя съ цѣлью защиты имущественныхъ интересовъ казны во вредъ частнымъ лицамъ, опредѣляется сообразно съ общимъ закономъ, въ силу котораго вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ повѣренными при исполненіи ихъ порученій, сообразно съ данными имъ полномочіями (ст. 687 т. X ч. 1)“¹⁾.

Но вѣдь и тѣ чиновники, которые завѣдуютъ хозяйственными, имущественными дѣлами казенныхъ управленій, дѣлами, въ которыхъ они подчинены не только публичному праву, но въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ и общимъ нормамъ гражданского права, обязаны дѣйствовать „со строгимъ соблюденіемъ законовъ“,—и мы твердо убѣждены, что Сенатъ никогда не рѣшится высказать противоположное мнѣніе.

Поэтому то требованіе, которое Сенатъ предъявляетъ должностнымъ лицамъ, какъ представителямъ государственной власти, а именно, чтобы они „примѣняли ее со строгимъ соблюденіемъ закона“, отнюдь не является какою либо особенностью публично-правовыхъ дѣлъ. Въ этомъ отношеніи дѣла, гдѣ чиновники являются органами государственной власти, ни въ коемъ случаѣ не могутъ противопоставляться дѣламъ по управленію казенными имуществами. И обязанность соблюдать законы, въ равной мѣрѣ лежащая на чиновникахъ и какъ на органахъ власти, и какъ на органахъ хозяйственнаго управленія казеннымъ имуществомъ, очевидно никакъ не можетъ сама по себѣ обуславливать примѣненіе совершенно иныхъ принциповъ отвѣтственности за убытки въ дѣлахъ того и другого рода.

¹⁾ Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1875 г. № 490, 1878 г. № 162.

Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ ¹⁾ выдвигается еще новое соображеніе: „Въ тѣхъ случаяхъ, когда они (должностныя лица) являются представителями государственной власти... они лично отвѣчаютъ за дѣйствія, совершенныя ими во вредъ частнымъ лицамъ... *А такъ какъ каждый отвѣчаетъ только за свои собственныя дѣйствія, то и требованіе о вознагражденіи за причиненные сими дѣйствіями вредъ и убытки можетъ быть предъявлено только къ тѣмъ должностнымъ лицамъ, которыя нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью виновны въ причиненіи убытка.* Напротивъ того, когда они являются представителями казны по имуществамъ,—отвѣтственность за дѣйствія ихъ съ цѣлью защиты имущественныхъ интересовъ казны опредѣляется сообразно съ общимъ закономъ, въ силу котораго вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ повѣренными при исполненіи порученій, согласно даннымъ имъ уполномочіямъ (Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 687)“.

Но и это противоположеніе дѣлъ публично-правовыхъ дѣламъ по управленію казеннымъ имуществомъ только въ томъ случаѣ было бы правильнымъ, еслибы ст. 687 зак. гражданскихъ, на которую есылается Сенатъ, могла бы быть примѣнена къ отношеніямъ казны и штатныхъ чиновниковъ. Но разъ, какъ мы уже видѣли, примѣненіе этой статьи къ должностнымъ лицамъ представляется невозможнымъ, то у противоположенія, проводимаго Сенатомъ, ускользаетъ изъ подъ ногъ всякая почва; и Пр. Сенату, отрицающему всякую отвѣтственность казны въ области публично-правовыхъ отношеній, не удалось найти въ дѣйствующихъ законахъ ни одного постановленія, которое оправдывало бы отвѣтственность казны въ дѣлахъ, гдѣ эти чиновники вступаютъ съ обывателями отъ имени казны въ договоры по поводу казеннаго имущества.

У всей этой теоріи Сената въ сущности нѣтъ другого основанія, кромѣ того общаго и совершенно невѣрнаго представленія, что государство, коль скоро оно вступаетъ въ обязательственныя отношенія по имуществамъ, настолько подчиняется гражданскимъ законамъ, что его должностныя лица магически обращаются въ слугъ и повѣренныхъ частнаго права, и что отношеніе государства къ этимъ должностнымъ лицамъ подчиняется дѣйствію гражданскихъ законовъ.

Такимъ образомъ, тѣ доводы, которыми Сенатъ стремится доказать отвѣтственность казны за чиновниковъ въ дѣлахъ по хозяйственному управленію казеннымъ имуществомъ, въ дѣйствительности этой отвѣтственности не доказываютъ.

¹⁾ Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1878 г. № 162.

ГЛАВА СЕМНАДЦАТАЯ.

Какимъ образомъ въ Россіи установилась отвѣтственность казны за убытки, причиненные должностными лицами, какъ представителями казны по ея имуществамъ.

Но если это такъ, если до сихъ поръ сохранили силу законы, въ которыхъ вполне ясно выражено то начало, что и въ области договорныхъ отношеній казны за убытки, причиненные ея контрагентамъ органами казеннаго управленія, отвѣчаютъ лично чиновники, но никакъ не казна,— если никакимъ общимъ закономъ отвѣтственность казны не установлена, и если Сенатъ не приводитъ въ пользу созданной имъ доктрины никакихъ дѣйствительно вѣскихъ соображеній, то не слѣдуетъ ли признать, что современная сенатская практика прямо противозаконна, идетъ въ разрѣзъ съ основными началами нашего права?

Не слѣдуетъ ли признать, что законъ,—*durā lex, sed lex*, — требуетъ того, чтобы казна не отвѣчала, и чтобы за убытки, причиненные ея контрагентамъ, отвѣчали исключительно должностныя лица?

Однако такое возвращеніе къ старой сенатской практикѣ, при всемъ ея согласіи со Сводомъ 1842 года и съ нѣкоторыми постановленіями Свода позднѣйшихъ изданій, невозможно.

Нынѣшніе контрагенты казны вступали съ нею въ договорныя отношенія въ расчетѣ, что въ случаѣ какихъ либо убытковъ отъ неправильныхъ дѣйствій чиновниковъ, они будутъ имѣть возможность взыскать эти убытки съ самой казны, въ платежеспособности которой сомнѣнія нѣтъ. Въ какомъ же положеніи окажутся всѣ эти казенные поставщики и подрядчики, если имъ предложить взыскивать свои, быть можетъ, миллионные убытки съ ничего не имѣющихъ чиновниковъ?

Но не только это практическое соображеніе заставляеть держаться установившейся практики Сената: въ пользу ея говорятъ и слѣдующія чисто правовыя соображенія.

Хотя законъ и является самымъ существеннымъ источникомъ права, но отождествлять право и законъ нельзя.

Нѣтъ такой области права, въ особенности права публичнаго, гдѣ бы закону удалось точно, а главное исчерпывающимъ образомъ формулировать сущность какого либо юридическаго института. Цѣлый рядъ основныхъ юридическихъ нормъ вовсе не находятъ себѣ выраженія въ законѣ просто потому, что онѣ представляются очевидными, не нуждающимися ни въ какихъ разъясненіяхъ и подтвержденіяхъ.

Если мы прѣсмотримъ напр. подстатейныя ссылки подъ 1 и 2 статьями Основныхъ Законовъ, выражающими существо самодержавной власти русскихъ государей, то увидимъ, что ссылки эти притянуты самымъ искусственнымъ образомъ ¹⁾. Оно и понятно: до составителей Свода, почувствовавшихъ въ томъ нужду въ виду архитектурическихъ соображеній при составленіи систематическаго свода законовъ, — никто не нуждался въ законодательномъ подтвержденіи того факта, что власть русскихъ императоровъ есть власть неограниченная.

Къ числу такихъ нигдѣ прямо не выраженныхъ, но тѣмъ не менѣе основныхъ принциповъ нашего законодательства можно отнести слѣдующій: казна не есть юридическое лицо гражданскаго права; общія постановленія гражданскаго права о юридическихъ лицахъ безъ прямого о томъ постановленія закона распространены на нее быть не могутъ.

Этотъ принципъ проявлялся въ цѣломъ рядѣ постановленій.

Таковы прежде всего постановленія объ отвѣтственности должностныхъ лицъ—органовъ казны: тамъ, гдѣ по общему праву наступала отвѣтственность юридическихъ лицъ за ихъ органы, тамъ, если только въ законѣ не было установлено для казны спеціальнаго изъятія, казна предполагалась неотвѣтственною.

Проявленіе той же природы фиска, по существу своему отличной отъ природы частно-правовыхъ юридическихъ лицъ, надо видѣть и въ статьѣ 421 Зак. Гражд., согласно которой „отъ права частной собственности различается право собственности государственной, состоящее въ верховномъ обладаніи государственными имуществами...“

И если мы остановимся на тѣхъ старыхъ рѣшеніяхъ Сената, въ которыхъ по договорнымъ отношеніямъ съ казною онъ признавалъ отвѣтственность не казны, а должностныхъ лицъ, какъ ея органовъ, то во всѣхъ этихъ рѣшеніяхъ мы не найдемъ ссылки на тѣ приведенныя нами статьи закона, въ которыхъ устанавливалась отвѣтственность этихъ должностныхъ лицъ: въ глазахъ Сената неотвѣт-

¹⁾ Н. М. Коркуновъ, Русское Государственное Право, томъ 1, 1892, стр. 152—155.

ственность казны отнюдь не представлялась юридическимъ послѣдствіемъ тѣхъ немногихъ статей закона, которыя говорили объ отвѣтственности чиновниковъ ¹⁾. Это было основнымъ началомъ стараго нашего права, не нуждавшимся въ подтвержденіи особымъ закономъ.

Но это начало приводило къ ряду явныхъ несправедливостей и практическихъ несообразностей ²⁾. Поэтому давно уже наблюдается стремленіе подчинить казну общему праву, приблизить ее къ положенію юридическаго лица гражданскаго права.

Это вызывалось и насущнѣйшими потребностями практической жизни, которыя вопіющимъ образомъ нарушались экзорбитантными привилегіями казны, это вызывалось и развившимся правовымъ чувствомъ, это наконецъ являлось и постулатомъ дѣйствовавшаго права, оставлявшаго для сдѣлокъ казны массу пробѣловъ, которые восполнить можно было только, распространивъ на казну общее гражданское право, т. е. признавъ казну юридическимъ лицомъ.

Если бы казна какимъ либо законодательнымъ актомъ по какому либо поводу была приравнена юридическому лицу, если бы какимъ либо закономъ на нее было распространено общее право, то этого было бы достаточно, чтобы за это ухватились и замѣнили отвѣтственностью казны отвѣтственность должностныхъ лицъ.

Распространеніе на казну общаго права явилось результатомъ именно Судебныхъ Уставовъ.

Какъ мы уже указывали выше ³⁾, авторы Судебныхъ Уставовъ не предполагали вносить въ вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ и самой казны въ области договорныхъ отношеній ничего новаго съ точки зрѣнія матерьяльнаго права. Они имѣли дѣло съ законодательствомъ, которое возлагало на виновныхъ чиновниковъ денежную отвѣтственность за убытки, причиненные нарушеніемъ казною

¹⁾ Достоинно вниманія, что во всѣхъ статьяхъ, устанавливающихъ отвѣтственность чиновниковъ передъ контрагентами казны, объ этой отвѣтственности говорится въ придаточныхъ предложеніяхъ, какъ о чемъ то второстепенномъ, само собою разумѣющемся. Во всякомъ случаѣ подобнаго рода основной принципъ не могъ бы быть установленъ такимъ образомъ.

²⁾ При отрицаніи частно-правовой личности фиска получалось во первыхъ, что всѣ гражданскія сдѣлки, которыя онъ заключалъ съ обывателями, оставались безусловно нерегулированными закономъ (ибо по общему правилу гражданскіе законы не должны были бы быть обязательны для казны.) Для поставокъ и подрядовъ, какъ наиболѣе часто встрѣчающихся казенныхъ сдѣлокъ, были установлены особыя правила. Но въ остальномъ волей неволей, если не руководиться голымъ усмотрѣніемъ, къ казнѣ приходилось примѣнять нормы общаго гражданскаго права. Другою несообразностью было неравенство права двухъ сторонъ того же правоотношенія: одна сторона, обыватель, подчинялась общему гражданскому праву, а другая сторона, казна, какому-то другому.

³⁾ См. стр. 136.

договора, и къ этому они и приноровляли создаваемые ими процесуальные законы.

Объ отвѣтственности казны, согласно дѣйствовавшему матерьяльному законодательству, ни одна статья проекта Судебныхъ Уставовъ не говорила, по крайней мѣрѣ проектъ этотъ не имѣлъ ни одной статьи, которая должна была бы толковаться, какъ говорящая объ отвѣтственности казны.

Правда, въ проектѣ книги VI была статья 8, въ той же редакціи вошедшая въ нынѣ дѣйствующій Уст. Гр. Суд. въ видѣ его статьи 1288, гдѣ говорится между прочимъ, что иски частныхъ лицъ на казенныя управленія предъявляются „...или по мѣсту, гдѣ нанесены частному лицу убытки“ ¹⁾.

Въ настоящее время это постановленіе закона не можетъ быть толкуемо иначе, какъ въ томъ смыслѣ, что оно относится къ предъявленію исковъ къ казнѣ объ убыткахъ.

Но пока это постановленіе находилось въ проектѣ Судебныхъ Уставовъ, оно могло, а слѣдовательно и должно было толковаться иначе.

Его *можно* было толковать такъ, что оно имѣетъ въ виду иски объ убыткахъ, предъявляемые не къ казнѣ, а къ должностнымъ лицамъ.

Проектъ Судебныхъ Уставовъ относилъ къ дѣламъ казеннаго управленія три категоріи дѣлъ: 1, дѣла, возникающія изъ договоровъ подряда, поставки и отдачи въ арендное содержаніе оброчныхъ статей, 2, дѣла о взысканіи вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные дѣйствіями должностныхъ лицъ, и 3, дѣла о нарушеніи владѣнія ²⁾. Такимъ образомъ, иски объ убыткахъ, предъявляемые къ должностнымъ лицамъ, по смыслу проекта относились къ дѣламъ казеннаго управленія. Въ Отдѣленіи III главы I книги VI Уст. Гр. Суд., которое говорило объ искахъ къ должностнымъ лицамъ, вопросъ о мѣстной подсудности вовсе не былъ затронутъ, равно какъ и въ Отдѣленіи II, говорившемъ о подрядныхъ дѣлахъ, или въ Отдѣленіи IV, говорившемъ о нарушеніи владѣнія. Этотъ вопросъ о мѣстной подсудности разрѣшался для всѣхъ трехъ категорій дѣлъ казеннаго управленія въ Отдѣленіи I разсматриваемой главы, въ „Положеніяхъ Общихъ“. Тамъ и было помѣщено постановленіе, соответствующее нынѣшней статьѣ 1288 Уст. Гр. Суд.

Поэтому статья 1288, пока она находилась въ проектѣ Судебныхъ Уставовъ, могла толковаться и въ томъ смыслѣ, что ею опредѣляется

¹⁾ „Иски частныхъ лицъ на казенныя управленія предъявляются, на общемъ основаніи, или по мѣсту нахождения спорнаго имущества, или по мѣсту, гдѣ нанесены частному лицу убытки, или по мѣсту нахождения того присутственнаго мѣста или должностнаго лица, которое представляетъ на судѣ казенное управленіе“.

²⁾ См. выш. стр. 136 и выноску 4 на той же стр.

подсудность дѣлъ по искамъ къ должностнымъ лицамъ объ убыткахъ. Но если эта статья могла толковаться въ этомъ смыслѣ, то она не могла уже толковаться ни въ какомъ иномъ.

Относить эту статью къ искамъ къ казнѣ нельзя было потому, что это была и есть норма процессуальная: она могла опредѣлять порядокъ осуществленія права, предоставленнаго какою либо нормою матерьяльнаго права. Если бы существовали законы объ отвѣтственности казны, то эта статья, конечно, опредѣляла бы порядокъ и мѣсто предьявленія исковъ къ казнѣ. Но какъ мы видѣли, такого постановленія закона, которое разрѣшало бы предьявлять къ казнѣ иски объ убыткахъ, причиненныхъ должностными лицами, органами казны по имуществамъ, тогда не существовало.

Конечно, если бы въ данной статьѣ Судебныхъ Уставовъ говорилось о порядкѣ предьявленія какихъ либо опредѣленныхъ исковъ, то хотя бы наши Законы Гражданскіе этихъ исковъ до того времени не знали, все таки слѣдовало бы считать эти иски закономъ признанными, и статья Судебныхъ Уставовъ должна была бы разсматриваться не только какъ процессуальная норма, но и какъ норма матерьяльнаго права.

Но такое превращеніе процессуальныхъ законовъ въ законы матерьяльно-правовые возможно только въ томъ случаѣ, если иначе данная статья процессуальнаго закона оказывается лишеною всякаго значенія и смысла, если она не допускаетъ иного толкованія.

Поэтому, если бы въ томъ контекстѣ, въ какомъ она была въ Проектѣ Судебныхъ Уставовъ, статья 1288 не допускала иного толкованія, какъ то, что ею предполагается возможность предьявленія къ казнѣ исковъ объ убыткахъ, то ее такъ понимать можно было бы; но коль скоро статья эта въ томъ контекстѣ допускала иное толкованіе (то толкованіе, что она относится къ искамъ къ должностнымъ лицамъ), то этимъ другимъ толкованіемъ и слѣдовало ограничиться, и нужно было отказаться видѣть въ этой статьѣ Проекта новую матерьяльно-правовую норму, устанавливающую возможность исковъ къ казнѣ объ убыткахъ.

Предполагаемое нами толкованіе не есть простое буквоѣдство. Мы убѣждены, что авторы Судебныхъ Уставовъ дѣйствительно ни въ чемъ не выразили желанія распространить отвѣтственность за убытки, причиненные должностными дѣйствіями, и на казну, и что разсматриваемая ст. 1288 въ Проектѣ относилась только къ должностнымъ лицамъ, а отнюдь не къ казнѣ.

Мы уже имѣли случай указать выше, что первоначальный Проектъ Судебныхъ Уставовъ подвергся въ Государственномъ Совѣтѣ имъ измѣненіямъ.

Для насъ существенно прежде всего, что согласно замѣчанію

Министра Юстиціи ¹⁾), постановленія объ отвѣтственности должностныхъ лицъ были исключены изъ главы I Раздѣла I книги VI Проекта Уст. Гр. Суд., изъ главы, говорящей объ дѣлахъ казеннаго управленія, и отнесены въ Раздѣлъ II той же (нынѣ III) книги.

Это перемѣщеніе оказалось чреватымъ послѣдствіями, которыхъ тогда конечно не предвидѣли: постановленіе статьи 8-й I Главы проекта, нынѣ статьи 1288 Уст. Гр. Суд., совершенно измѣнило свой смыслъ. Прежде эту статью, какъ мы видѣли, можно и нужно было толковать въ томъ смыслѣ, что упоминаемые въ ней иски объ убыткахъ суть иски къ должностнымъ лицамъ.

Съ отнесеніемъ исковъ къ должностнымъ лицамъ въ другой Раздѣлъ Устава, то Отдѣленіе, въ которомъ помѣщалась эта статья (по теперешней системѣ, та его глава), говоритъ только о такихъ искахъ, гдѣ отвѣтчикомъ является казна. Слѣдовательно, если въ ст. 1288 теперь говорится о взысканіи убытковъ, которые „нанесены частному лицу“, то теперь это не можетъ значить ничего другого, какъ взысканія этихъ убытковъ съ казны.

Затѣмъ, Государственный Совѣтъ положилъ „изложить подлежащія статьи, для большей опредѣленности ихъ, въ томъ смыслѣ, что жалобы могутъ быть предъявляемы частными лицами не только на послѣдовавшія распоряженія казенныхъ управленій, но и на отказъ въ сдѣланіи того или другого распоряженія, на медленность, бездѣйствіе и т. п.“ ²⁾).

На основаніи этого, въ достаточной степени неопредѣленнаго, мнѣнія Государственнаго Совѣта, изъ статьи 31 Проекта VI книги Устава: „Контрагентъ, недовольный объявленнымъ ему окончательнымъ расчетомъ по подряду или поставкѣ, можетъ жаловаться по начальству или предъявить искъ къ казенному управленію порядкомъ судебнымъ“, получило постановленіе дѣйствующей статьи 1302 Уст. Гр. Суд.: „Послѣ выдачи окончательнаго расчета, на неправильное составленіе онаго, а равно и на всѣ дѣйствія мѣсть и лицъ казеннаго управленія, какъ во время исполненія договора, такъ и по окончаніи онаго, контрагенту предоставляется или жаловаться по начальству въ порядкѣ, указанномъ предшедшею (1301) статьею ³⁾), или предъявить казнѣ судебнымъ порядкомъ искъ, какъ о выдачѣ суммъ или документовъ, считаемыхъ имъ за казною, такъ и объ убыткахъ, причиненныхъ ему неправильными дѣйствіями, медленностью или бездѣйствіемъ тѣхъ мѣсть и лицъ“.

¹⁾ Замѣчанія Министра Юстиціи на Проектъ Устава гражд. суд., стр. 262.

²⁾ Журналъ Соединенныхъ Д-товъ Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ. По Отдѣленію Законовъ. 4, 11, 14, 18, 21 и 28 марта, 1, 4, 8, 11, 22, 25 и 29 апрѣля, 2, 6, 9 и 13 мая и 1 іюля 1864 г. № 44. Стр. 113.

³⁾ Т. е. въ порядкѣ административномъ.

Въ этой статьѣ, редактированной повидимому Государственною Канцеляріей, уже прямо говорилось, что контрагентъ казны можетъ „предъявить казнѣ судебнымъ порядкомъ искъ... объ убыткахъ, причиненныхъ ему неправильными дѣйствіями, медленностью или бездѣйствіемъ тѣхъ мѣстъ и лицъ“, т. е. мѣстъ и лицъ казеннаго управления.

При наличности такого постановленія возможность предъявленія къ казнѣ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, уже не подлежала ни малѣйшему сомнѣнію.

Статья 1302 является несомнѣнно нормою матерьяльнаго права, и при томъ нормою, введившею въ наше законодательство существовавшее, принципиальное новшество: ею узаконялись иски къ казнѣ объ убыткахъ, на казну возлагалась отвѣтственность за такого рода убытки, за которые раньше отвѣчали только лично чиновники.

Такимъ образомъ въ Судебныхъ Уставахъ, въ томъ видѣ, въ какомъ они получили законодательное утвержденіе, оказались двѣ статьи, говорящія объ искахъ къ казнѣ объ убыткахъ: статья 1288 и ст. 1302.

Статьи эти только говорили объ искахъ къ казнѣ, не опредѣляя ближайшимъ образомъ матерьяльно-правовыхъ условій этой новой отвѣтственности казны. Оно и понятно: статья 1288 оказалась говорящею объ искахъ къ казнѣ въ силу простого законодательнаго недосмотра ¹⁾, статья же 1302 въ ея современномъ видѣ, говорящемъ объ отвѣтственности казны, появилась въ Уставахъ, такъ сказать, въ послѣднюю минуту; ее вставили, исполняя общее и неопредѣленное пожеланіе Соединенныхъ Д-товъ Гос. Совѣта, которые при этомъ не считались съ тѣмъ, имѣлось ли вообще что либо въ нашемъ законодательствѣ по вопросу объ отвѣтственности казны, да и вообще въ томъ сужденіи Государственнаго Совѣта, на основаніи котораго появилась эта статья 1302, трудно даже и усмотрѣть прямое указаніе на иски объ убыткахъ: тамъ говорится о жалобахъ въ судъ на медленность, на бездѣйствіе, на отказъ въ сдѣланіи того или другого распоряженія. Это не есть непременно искъ объ убыткахъ. Что редакторы статьи и сами такъ понимали это мѣсто журнала Гос. Совѣта, это видно и изъ текста статьи: въ ней между прочимъ говорится объ искахъ къ казнѣ о „выдачѣ документовъ“.

Какъ бы то ни было, но въ Судебныхъ Уставахъ нынѣ имѣются статьи, прямо говорящія о возможности исковъ къ казнѣ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, а въ Законахъ Гражданскихъ возможность такихъ исковъ не пред-

¹⁾ См. выше, стр. 152.

усмотрѣна; въ нихъ говорится только объ отвѣтственности самихъ чиновниковъ.

Какъ норма матерьяльнаго права, разсматриваемыя статьи были явно недостаточны: въ нихъ ничего не говорилось ни о томъ, при какихъ условіяхъ наступаетъ отвѣтственность казны, ни о томъ, по какимъ дѣламъ она возможна, ни въ какихъ она возможна предѣлахъ.

По всѣмъ этимъ вопросамъ въ законѣ оказался пробѣлъ.

Намъ кажется, что именно благодаря этому случайно оказавшемуся пробѣлу, казна въ Россіи обратилась въ юридическое лицо гражданскаго права, подчиненное общему праву.

Это напоминаетъ конечно сказаніе о той копѣчной свѣчкѣ, отъ которой сгорѣла Москва. Но если отъ одной свѣчи могла сгорѣть цѣлая Москва, то только потому, что тамъ оказалось очень много горючаго матеріалу, и очень мало людей, готовыхъ тушить пожаръ.

Такъ и здѣсь: недосказанность относительно того, какъ и при какихъ условіяхъ возможна отвѣтственность казны, могла повести къ тому, что это постановленіе осталось бы мертвою буквою, еслибы правосознаніе времени было настроено противъ этой отвѣтственности.

Но на дѣлѣ правосознаніе не могло не требовать, чтобы казна отвѣчала по договорамъ и обязательствамъ. Поэтому достаточно было малѣйшаго основанія въ законѣ, чтобы суды начали признавать отвѣтственность казны. И именно тотъ фактъ, что отвѣтственность эта съ матерьяльно-правовой точки зрѣнія оставлена была безъ какого бы то ни было опредѣленія, именно этотъ пробѣлъ въ законѣ и позволилъ совершиться тому, въ чемъ давно уже чувствовалась потребность, и чего, быть можетъ, было бы совсѣмъ не легко добиться отъ прямого постановленія закона.

Старый Сенатъ неоднократно подходилъ къ сознанію юридической обязанности казны нести отвѣтственность передъ своими контрагентами за убытки, причиненные имъ нарушеніемъ заключенныхъ съ ними договоровъ. Но подойдя къ этой отвѣтственности, Сенатъ отходилъ отъ нея, ссылаясь на то, что подобныя убытки, падая на казну, „составятъ неисчислимыя суммы“, или, что „снисхожденіе, оказанное одному..., могло бы возбудить множество новыхъ, настоящему подобныя домогательства“¹⁾.

Вѣдь всѣ тѣ практическія возраженія, которыя нынѣ дѣлаются противъ установленія отвѣтственности казны въ области отношеній публично-правовыхъ, столь же легко могутъ или могли дѣлаться противъ отвѣтственности въ дѣлахъ частно-правового характера: и тутъ, и тамъ одинаково возможно подвести казну какими либо дутыми или искусственно вызванными убытками.

¹⁾ Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 236, № 248 и томъ II того же Сборника, стр. 2, № 2.

И мы не сомнѣваемся, да врядь ли вообще кто либо станетъ сомнѣваться въ томъ, что еслибы законодательнымъ учрежденіямъ былъ категорично поставленъ вопросъ, считаютъ ли они практически возможнымъ установить отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ въ области отношеній по имуществамъ, то ни одно изъ тѣхъ учреждений, которыя теперь не считаютъ возможнымъ установить эту отвѣтственность въ области публичной, не могло бы, не совершая крупнѣйшей, въ глаза бьющей непослѣдовательности, установить отвѣтственность казны и въ дѣлахъ частно-правового характера.

Практикѣ предстоялъ выборъ между двумя способами выйти изъ того затрудненія, что законъ говоритъ объ отвѣтственности казны, не опредѣляя условій этой отвѣтственности: или признать, что этой отвѣтственности нельзя осуществлять, пока она не будетъ регулирована закономъ,—отвѣтъ равно противорѣчащій и потребностямъ практической жизни, и ст. 9 Уст. Гр. Суд.,—или же распространить на казну общія положенія объ отвѣтственности юридическихъ лицъ, по скольку для казны не сдѣлано какого либо изъятія; но такъ какъ законъ объ установленіи отвѣтственности казны собственно не думалъ, и она явилась результатомъ болѣе или менѣе случайнымъ, то таковыхъ изъятій матерьяльно-правового характера въ законѣ не оказалось. И на казну просто распространилось общее право, она стала юридическимъ лицомъ гражданскаго права, пользующимся нѣкоторыми процессуальными привилегіями, но въ матерьяльно-правовомъ отношеніи, по крайней мѣрѣ по вопросу объ отвѣтственности за дѣйствія своихъ органовъ, равноправнымъ съ другими юридическими лицами.

При этомъ надо признать въ высшей степени существеннымъ то обстоятельство, что указанный нами пробѣлъ въ законѣ пришлось толковать и восполнять именно судамъ.

Суды привыкли имѣть дѣло съ юридическими лицами. Установленныя для нихъ правила естественно должны казаться судамъ нормальнымъ правомъ, которое примѣняется, если оно не исключено прямымъ постановленіемъ закона. Общіе суды и для казны не имѣютъ другой мѣрки и другихъ трафаретовъ, кромѣ понятія юридическаго лица. Администрація другое дѣло: она привыкла трактовать себя, государство, казну, какъ нѣчто, стоящее совершенно особо. Она въ своей правоспособности не сомнѣвается и не нуждается для обоснованія ея въ томъ, чтобы подводить себя подъ какую либо частно-правовую категорію, хотя бы подъ категорію юридическаго лица. Администрація прекрасно уживается и безъ того. Постановленія гражданскаго права, въ томъ числѣ и постановленія объ отвѣтственности юридическихъ лицъ, администрація стала бы примѣнять къ государству только въ томъ случаѣ, еслибы на это имѣлось прямое указаніе въ законѣ. А такъ какъ его не было, то администрація, еслибы это было предоставлено ей, конечно рѣшила бы, что постановленія гражданскаго права объ

отвѣтственности юридическихъ лицъ, никакимъ закономъ на казну не распространенныя, къ казнѣ примѣняемы быть не могутъ.

Но коль скоро суды начали признавать казну отвѣтственной передъ ея контрагентами, администраціи оставалось только подчиниться этому.

Безотвѣтственность казны, фактическая возможность того, что она безнаказанно не исполнитъ принятыхъ ею на себя обязательствъ и прикроется тѣмъ, что предоставитъ потерпѣвшему отыскивать убытки съ виновныхъ, которыхъ онъ обыкновенно не можетъ указать, и съ которыхъ въ лучшемъ случаѣ нечего взять, возмущали не только одно отвлеченное правовое чувство. Подобный порядокъ существеннымъ образомъ нарушалъ и матерьяльные интересы самой казны.

Когда Аракчеевъ исходатайствовалъ именной указъ не платить казенныхъ долговъ, до 1808 г. накопившихся, то, по свидѣтельству Д. Мертваго, „многіе люди отъ того раззорились, подрывъ кредиту на столько возвысилъ цѣну и затруднилъ дѣйствія, что въ одинъ годъ переплатили денегъ въ излишество болѣе, нежели бы стоилъ весь платежъ долговъ“ ¹⁾.

Невыгодность для самой казны имѣть репутацію контрагента, на котораго нельзя положиться, прекрасно сознавалась и нашими государственными учрежденіями: „отъ сего казна теряетъ кредитъ свой, бывъ черезъ то принуждена контракты заключать дороже“ ²⁾.

Въ 1847 г. I-ое Общее Сената Собраніе по поводу одного дѣла нашло: „напослѣдокъ и самыя выгоды казны требуютъ, чтобы законъ, опредѣляющій удовлетвореніе подрядчиковъ процентами,... былъ въ точности исполняемъ: ибо въ противномъ случаѣ подрядчики, не увѣренныя въ своевременномъ полученіи слѣдующихъ имъ денегъ, при заключеніи новыхъ контрактовъ будутъ возвышать цѣны по разсчетамъ торговымъ“ ³⁾.

Въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ казна обращается къ контрагентамъ, которыхъ она не можетъ принуждать вступать съ собою въ сдѣлки, и которымъ она не можетъ диктовать цѣнъ, но должна выбирать изъ цѣнъ, предлагаемыхъ ими, казнѣ приходится блюсти или даже создавать себѣ репутацію честнаго человѣка и внушать увѣренность, что съ нею можно вести дѣла.

Поэтому, если въ договорныхъ отношеніяхъ суды приговариваютъ казну къ уплатѣ того или другого въ пользу ея контрагента, ей остается только подчиниться.

И казна не можетъ не сознавать, что уплативъ по одному дѣлу убытки контрагента, она только выигрываетъ, и навѣрно гораздо больше выигрываетъ по остальнымъ: правовое чувство, требующее по кон-

¹⁾ Д. Б. Мертваго, Записки. Русскій Архивъ, 1867 г. № 8—9, стр. 283.

²⁾ Выс. утв. 5 Окт. 1818 г. Пол. Ком. Мин., II. С. З. № 27553.

³⁾ Сборникъ 1864 г., томъ I, № 273, стр. 260.

трактнымъ убыткамъ отвѣтственности казны, а не должностныхъ лицъ, соединяется съ выгодами самой казны, которой можетъ не замѣчать лишь совершенно близорукая плюшкинская алчность.

И тотъ фактъ, что суды подводили казну подъ понятіе юридическаго лица и распространяли на нее общее право, несомнѣнно представлялъ администрацію во всѣхъ дѣлахъ, которыя только мѣгли попасть въ судъ, считается съ этою судебною точкою зрѣнія, ибо по состоянію нашего законодательства они не могли ей противопоставить никакой другой.

Такимъ образомъ, на казну распространилось общее право, и въ частности она стала отвѣчать за своихъ чиновниковъ, какъ всѣ юридическія лица отвѣчаютъ за свои органы, не потому, чтобы въ русскомъ законодательствѣ гдѣ-либо было установлено то положеніе, что казна есть юридическое лицо гражданскаго права, или чтобы это положеніе вытекало изъ всей совокупности дѣйствующаго законодательства: этого положенія нигдѣ прямо не установлено, и вся совокупность нашего дореформеннаго законодательства, въ этомъ отношеніи оставшагося неизмѣненнымъ, говоритъ скорѣе противъ признанія казны юридическимъ лицомъ, отвѣчающимъ за свои органы по общимъ началамъ гражданскаго права, чѣмъ въ пользу этого признанія.

Отвѣтственность казны въ области имущественныхъ сдѣлокъ проникла въ наше право благодаря тому, что потребность установленія отвѣтственности государства за убытки, причиненные чиновниками, давно уже сознавалась, и благодаря тому, что нѣкоторыя постановленія Судебныхъ Уставовъ, сами по себѣ не имѣвшія въ виду устанавливать отвѣтственность казны, позволили судамъ разсматривать иски къ казнѣ объ убыткахъ. А въ виду отсутствія въ нашемъ законодательствѣ какихъ либо матерьяльно-правовыхъ нормъ для этихъ исковъ, къ нимъ практически оказалось необходимымъ примѣнять статьи 684 и 687 Зак. Гражд. и другія общія постановленія объ отвѣтственности ¹⁾).

¹⁾ Трудно и до нѣкоторой степени безцѣльно разрѣшать вопросъ, какое направленіе приняло бы развитіе нашего права въ томъ случаѣ, еслибы напр. ст. 1288 и 1302 Уст. Гр. Суд. сохранили тотъ свой смыслъ, который онѣ имѣли въ проектѣ Судебныхъ Уставовъ.—Тотъ путь, которымъ отвѣтственность казны проникла въ наше дѣйствующее право, оказался бы закрытымъ. На то, чтобы эта отвѣтственность была установлена какимъ либо общимъ закономъ, какъ мы указывали, шансовъ было мало. Вѣроятно же всего, что эта отвѣтственность установилась бы путемъ отдѣльныхъ законовъ. По отдѣльнымъ категоріямъ дѣлъ такіе законы дѣйствительно были издаваемы. При этомъ стоитъ отмѣтить, что законы эти касались безразлично какъ области отношеній казны по ея имуществамъ, такъ и области отношеній чисто публичныхъ: въ вопросѣ объ отвѣтственности казны наше законодательство не проводило принципиальнаго различія между этими двумя областями, на практикѣ оказавшимся въ этомъ от-

Такое происхожденіе отвѣтственности казны въ русскомъ правѣ обуславливаетъ собою и предѣлы этой отвѣтственности: казна отвѣчаетъ только по тѣмъ дѣламъ, которыя подсудны гражданскимъ судамъ, или которыя по существу своему могутъ оказаться имъ подсудными ¹⁾. Гдѣ исключена гражданская подсудность, тамъ нѣтъ и отвѣтственности казны, конечно кромѣ тѣхъ немногихъ случаевъ, когда она установлена какимъ либо специальнымъ закономъ.

Но тамъ, гдѣ гражданская подсудность существуетъ, тамъ вопросъ объ отвѣтственности казны за чиновниковъ ставится и разрѣшается совершенно такъ же, какъ и вопросъ объ отвѣтственности всѣхъ вообще юридическихъ лицъ за дѣйствія ихъ органовъ и представителей, и такимъ образомъ на практикѣ пріобрѣтаетъ цѣликомъ характеръ вопроса гражданского права, и, какъ таковой, выходитъ изъ рамокъ настоящаго изслѣдованія.

ношеніи столь противоположными. Гр. напр. законы: 22 апр. 1828 г., П. С. З. № 1979, ст. 152 (за дѣйствія цензоровъ), 14 дек. 1819 г., П. С. З. № 28030 § 548 и 5 ноября 1850 г., П. С. З. № 24598, ст. 513 (за дѣйствія таможенныхъ чиновниковъ), и 17 окт. 1830 г., П. С. З. № 4007, ст. 168 (за дѣйствія чиновниковъ, причинившихъ убытки гражданскимъ контрагентамъ казны).

¹⁾ Вопросъ, какія именно дѣла казеннаго управленія подсудны гражданскимъ судамъ, какія нѣтъ,—это вопросъ, который въ нашемъ законѣ не разрѣшенъ, или правильнѣе сказать, разрѣшенъ статьею, представляющею *petitio principii*. Постановленіе статьи 1 Уст. Гр. Суд., что каждый споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій, по отношенію къ дѣламъ казеннаго управленія какъ бы исходитъ изъ того предположенія, что между гражданскими и публичными дѣлами, между *Justizsachen* и *Verwaltungssachen* имѣется различіе по самому существу ихъ. Такого различія еще никѣмъ не указано. И теперь вопросъ о предѣлахъ подчиненія казны суду долженъ разрѣшаться не теоретическими построеніями, а простою сводкою сенатской практики. По самому существу дѣла другого рѣшенія быть не можетъ.

ГЛАВА ВОСЕМНАДЦАТАЯ.

Особый случай ответственности казны: ответственность за просрочку.

§ 1. 12-ти-процентная неустойка.

Изъ того общаго правила, что казна не считала себя обязанною вознаграждать своихъ контрагентовъ за убытки, которые имъ причинены ея органами и представителями по ея имуществамъ, наше дореформенное законодательство знало одно своеобразное исключеніе.

Повидимому считаясь съ постоянными жалобами казенныхъ подрядчиковъ и поставщиковъ на то, что съ казны никогда не получить денегъ въ установленный въ договорѣ срокъ, Положеніе 17 Октября 1830 г. ¹⁾ ввело въ наше законодательство слѣдующее новое ²⁾ постановленіе:

„Если со стороны казны промедлена выдача исправному подрядчику или поставщику условленной третьей или половиною части, или

¹⁾ Высочайше утвержденное Положеніе объ обязательствахъ, заключаемыхъ съ торговъ между казною и частными лицами по подрядамъ, поставкамъ, по содержанію казенныхъ оброчныхъ статей и по продажѣ казенныхъ движимыхъ имуществъ. П. С. З. № 4007.

²⁾ До того по вопросу объ обязанности казны платить проценты по суммамъ, просроченнымъ ею выдачею, дѣйствовали положенія Комитета М-ровъ: отъ 5 Октября 1818 г. (повидимому оно Высоч. властью утверждено не было, но въ П. С. З. напечатано—№ 27553) и Выс. утв. 22 февр. 1827 г. (въ П. С. З. оно непосредственно не напечатано, но приведено въ сенатскомъ указѣ 17 апр. 1827 г., П. С. З. № 1035). Согласно этимъ узаконеніямъ и разъясненію ихъ въ указѣ Сената отъ 24 Августа 1828 г., П. С. З. № 2252, казна на своевременно невыданныя подрядчикамъ суммы платила имъ по 6%, но съ тою своеобразною особенностью, что „Сенатъ всегда допускалъ замѣнъ неисправности подрядчика въ выполненіи контракта неисправностью казны въ невыдачѣ ему денегъ, или другими словами, замѣнялъ проценты, слѣдующіе съ подрядчика, процентами, слѣдующими ему“, хотя бы размѣръ взаимно зачитываемыхъ такимъ образомъ суммъ и былъ весьма различенъ. См. любопытный примѣръ такого „безрасчетнаго“ по терминологіи того времени зачета въ рѣш. I Общ. Сената Собр. по дѣлу Филатова 15 мая 1842 г. (по договору, заключенному до распубликованія Положенія 1830 г.), С б о р н и к ъ 1864 г., томъ I, № 92, стр. 97.

не выдано послѣ пріема постановленныхъ вещей причитающейся за то суммы черезъ двѣ недѣли послѣ предъявленія квитанцій (въ самомъ же договорѣ не постановленъ на сіе срокъ продолжительнѣйшій): то по жалобамъ на оное опредѣляется въ пользу подрядчика или поставщика по проценту въ мѣсяцъ, какъ въ томъ случаѣ, когда медленность произойдетъ отъ вины казенныхъ мѣстъ и чиновниковъ, такъ и въ томъ, когда она произойдетъ отъ самой казны“ (ст. 168).

Статья 169 того же Положенія продолжала: „Вознагражденіе сіе производится всегда изъ казны, и немедленно, со взысканіемъ потомъ онаго съ казенныхъ мѣстъ и лицъ, если по разсмотрѣніи обстоятельства положительно будетъ обнаружено, что выдача денегъ задержана была по дурному намѣренію или по запущенію дѣлъ“.

Наконецъ, статья 170 постановляла: „Если по одному и тому же договору казна промедлила выдачею слѣдовавшихъ отъ нея денегъ, а частное лицо не выполнило въ срокъ своего обязательства: то взысканіе съ частнаго лица или удовлетвореніе производится по взаимному расчету. Но когда по разсмотрѣніи обстоятельствъ будетъ доказано, что самая неисправность частнаго лица произошла отъ неполученія изъ казны денегъ, то не подвергать его никакой отвѣтственности“.

Эти постановленія сохранили силу по настоящее время и въ буквально той же редакціи вошли въ дѣйствующее изданіе Пол. Взыск. Гражд. (томъ XVI ч. 2 изд. 1892 г.) и составили тамъ ст. 456—458 ¹⁾.

Постановленія этихъ статей вызываютъ рядъ сомнѣній, имѣющихъ особое практическое значеніе въ виду столь высокаго устанавливаемого ими вознагражденія за промедленіе въ выдачѣ денегъ.

I. Прежде всего возникаетъ вопросъ, по всякому ли договору съ казною контрагентъ ея, которому своевременно не выдали слѣдовавшихъ ему денегъ, имѣетъ право на полученіе по нимъ 12%.

Заголовокъ того отдѣленія главы III Раздѣла V Пол. Взыск. Гражд., куда въ настоящее время вошли эти постановленія, а именно „о претензіяхъ частныхъ лицъ къ казнѣ по исполненію договоровъ“, въ связи съ общею редакціею этихъ статей даетъ основаніе къ заключенію, что каждое лицо, что либо поставившее въ казну или произведшее для нея по договору какую либо работу, имѣетъ право на установленное этими статьями вознагражденіе. Между тѣмъ практика Сената отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно. По мнѣнію Сената, право на такое вознагражденіе можетъ имѣть только такой контрагентъ казны, съ которымъ заключенъ формальный дого-

¹⁾ Въ Св. Зак. 1832 г. эти постановленія составляли ст. 1532 — 1534 т. X ч. I; въ Сводѣ 1842 г. — ст. 2163 — 2165 того же тома и той же части; въ Сводѣ изданія 1857 г. — ст. 144—146 т. X ч. 2; въ изданіи X тома 1876 г. — ст. 126 — 128 второй его части.

воръ установленнымъ порядкомъ, по правиламъ, нынѣ входящимъ въ главу II Пол. Каз. Подр. ¹⁾.

Эта практика Пр. Сената представляется намъ вполне правильной: постановленія о 12%-номъ вознагражденіи несомнѣнно являются закономъ спеціальнымъ. То Высочайше утвержденное Положеніе, въ составѣ котораго въ нашемъ законодательствѣ появились постановленія объ этомъ вознагражденіи, относилось не ко всѣмъ договорамъ, заключаемымъ казною съ частными лицами, но лишь къ договорамъ „заключаемымъ съ торговъ по подрядамъ, поставкамъ, по содержанию оброчныхъ статей и по продажѣ казеннаго движимаго имущества“, какъ это видно и изъ заголовка этого закона и изъ его I статьи, въ которой такимъ же образомъ были перечислены тѣ обязательства казны и съ казною, на которыя распространяется дѣйствіе этого Положенія. Кромѣ того, ст. 2 этого Положенія исключила изъ дѣйствія его также нѣкоторые договоры, заключенные съ торговъ, какъ напр. винные откупа ²⁾.

Если это Положеніе является такимъ образомъ закономъ спеціальнымъ для извѣстной, точно въ самомъ же законѣ указанной категоріи договоровъ, то непосредственное подведеніе подъ дѣйствіе этого закона какихъ либо другихъ договоровъ является прямымъ нарушеніемъ явнаго его смысла. Выдачу 12%-наго вознагражденія по какому либо иному обязательству казны можно было бы оправдать

¹⁾ Такъ напр. по дѣлу купца Философова Общ. Собр. 1-хъ 3-хъ Д-товъ и Д-та Гер. нашло, что „Ф., какъ допущенный къ работамъ по смѣтѣ, одобренной вполнѣ Главнымъ Управленіемъ, и окончившій ихъ исправно, имѣлъ несомнѣнное право на полученіе за нихъ условленной платы немедленно по окончаніи работъ; при несвоевременной же выдачѣ слѣдовавшихъ ему денегъ онъ хотя и не имѣетъ права на полученіе опредѣленныхъ въ статьѣ 144 т. X ч. 2 Зак. Гражд. (изд. 1857 г., соответствуетъ ст. 456 т. XVI ч. 2 Пол. Вѣвск. Гражд. изд. 1892 г.) контрактныхъ процентовъ по одному въ мѣсяцъ, такъ какъ дополнительныя работы были имъ произведены безъ заключенія контракта“... (Сборн. и в. к. 1876 г. томъ I. № 27, стр. 225—226. Это рѣшеніе относится къ 1864 г.). — То же самое признаетъ и Гр. Касс. Д-тъ. Ср. напр. рѣшен. 1874 г. № 218: „помѣшеніе этого правила (о 12%-номъ вознагражденіи) въ Отдѣлѣ о претензіяхъ частныхъ лицъ къ казнѣ на исполненіе договоровъ и указаніе въ ономъ на квитанціи въ приѣмѣ предметовъ, поставленныхъ по договору, устраняетъ всякое сомнѣніе въ томъ, что статья 144 (т. X ч. 2 изд. 1857 г.) относится къ постановленіямъ закона объ исполненіи договоровъ частныхъ лицъ съ казною, заключенныхъ на точномъ основаніи правилъ, изложенныхъ въ ст. 1768—1999 т. X ч. I“ (изд. 1857 г.).

²⁾ Что это есть законъ спеціальныи, не допускающій примѣненія къ случаямъ, въ немъ прямо не поименованнымъ, признано между прочимъ Выс. утв. 23 марта 1888 г. мѣншіемъ Гос. Совѣта до дѣлу Смолина. — Обратное мнѣніе Комиссіи по Составленію Гражданскаго Уложенія (Книга V, томъ II, стр. 379) — „Какъ видно изъ самого названія этого законоположенія, оно распространяется не на одни подряды и поставки, но и на всѣ прочіе заключаемые казною договоры“, — представляется просто непонятнымъ недоразумѣніемъ.

не подведеміемъ этого обязательства подъ дѣйствіе той или другой статьи Положенія 1830 г., а распространеніемъ по аналогіи постановленій этого Положенія на случаи, имъ не предусмотрѣнные.

Но для распространенія закона по аналогіи требуется наличность нѣкоторыхъ условій, въ данномъ случаѣ отсутствующихъ.

Прежде всего требуется, чтобы въ законѣ, распространяемомъ по аналогіи, была выражена такого рода норма, которую можно было бы принять за правило, по существу своему могущее имѣть общее примѣненіе, и лишь случайно нашедшее себѣ выраженіе по какому либо частному случаю.

Во вторыхъ требуется, чтобы для тѣхъ случаевъ, на которые мы по аналогіи распространяемъ дѣйствіе даннаго правила, уже не существовало какого либо другого, закономъ установленнаго правила, подъ которое этотъ случай несомнѣнно подходитъ.

Въ третьихъ требуется, чтобы фактическій составъ, предполагаемый тѣмъ закономъ, о распространеніи котораго по аналогіи идетъ рѣчь, имѣлся бы въ наличности и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ его желаютъ примѣнить.

Ни одному изъ этихъ трехъ требованій не удовлетворяло бы распространеніе правилъ о 12%-номъ вознагражденіи на какіе либо договоры, кромѣ предусмотрѣнныхъ въ Положеніи 1830 г.

Во первыхъ вознагражденіе въ размѣрѣ 12% за несвоевременную уплату капитала по своимъ размѣрамъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть признано правиломъ, требующимъ общаго примѣненія: этотъ размѣръ слишкомъ не соотвѣтствуетъ ни рыночной цѣнѣ капитала, ни общимъ правиламъ дѣйствующаго законодательства, всегда предполагающаго это вознагражденіе въ размѣрѣ 6%.

Во вторыхъ для тѣхъ случаевъ, которые прямо не подходятъ подъ постановленія Положенія 1830 г., но на которыя мы желали бы по аналогіи распространить правила о 12%-номъ вознагражденіи, имѣются правила о вознагражденіи въ размѣрѣ 6% ¹⁾.

Наконецъ въ третьихъ, наши законы, устанавливая въ интересахъ казны несомнѣнно стѣснительныя для контрагентовъ казны постановленія о заключеніи договоровъ съ казною посредствомъ торговъ, вмѣстѣ съ тѣмъ въ обезпеченіе интересовъ этихъ контрагентовъ предоставляютъ имъ на случай неисправности казны и вознагражденіе въ усиленномъ размѣрѣ. Распространеніе того же вознагражденія и на случаи напр. работъ, исполняемыхъ хозяйственнымъ способомъ, являлось бы предоставленіемъ особнхъ выгодъ контрагенту казны безъ того, чтобы и выгоды самой казны были достаточнымъ образомъ обезпечены.

Поэтому распространеніе правилъ о 12%-номъ вознагражденіи

¹⁾ Ст. 602 и 2021 Зак. Гражд. и ст. 365 т. XVI ч. 2 Зак. Суд. Гражд. изд. 1892 г.

на какихъ либо другихъ контрагентовъ казны, кромѣ тѣхъ, кто прямо указанъ въ законѣ, т. е. кромѣ заключившихъ съ торговъ договоръ подряда, поставки или содержанія казенныхъ оброчныхъ статей, — представляется намъ неправильнымъ.

II. Далѣе возникаетъ вопросъ, всякій ли контрагентъ казны, заключившій съ нею договоръ; подходящий подъ дѣйствіе Положенія 1830 г., можетъ воспользоваться правомъ на 12%-ное вознагражденіе.

По нашему мнѣнію, не всякій.

По буквальному смыслу ст. 168 Положенія 1830 г.—ст. 457 Пол. Вѣск. Гражд. изд. 1892 г.,—статья эта относится только къ подрядчикамъ и поставщикамъ. Стало быть ни содержатель оброчной статьи, ни покупатель казеннаго движимаго имущества ни при какихъ условіяхъ права на это вознагражденіе не имѣютъ.

Затѣмъ, по точному смыслу ст. 459 Пол. Вѣск. Гражд., согласно которой „если по одному и тому же договору казна промедлила выдачею слѣдовавшихъ отъ нея денегъ, а частное лицо не выполнило въ срокъ своего обязательства: то взысканіе съ частнаго лица или удовлетвореніе его производится по взаимному расчету“, необходимо прійти къ тому выводу, что самая неисправность контрагента даже и по тому же самому договору не лишаетъ его права на полученіе 12%-наго вознагражденія. Это постановленіе можетъ быть согласовано съ требованіемъ ст. 457 объ „исправности“ подрядчика только тѣмъ, чтобы въ той самой части подряда, при расплатѣ за которую казна оказалась въ просрочкѣ, самъ подрядчикъ былъ бы „исправенъ“.

При этомъ, какъ то видно изъ второй части той же ст. 459 ¹⁾, для возможности взаимнаго зачета требованій казны къ подрядчику и требованій послѣдняго о 12%-номъ вознагражденіи вовсе не требуется чтобы причиною неисправности подрядчика была сама казна: зачетъ этихъ требованій, т. е. другими словами право на 12%-ное вознагражденіе за удержаніе платежа по одной части подряда, признается закономъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда неисправность подрядчика въ какихъ либо другихъ частяхъ подряда или поставки не имѣла причиною неисправность самой казны.

Подрядчикъ же, оказавшійся неисправнымъ по причинѣ неоканія пособій казенныхъ, по точному смыслу ст. 459 долженъ быть признанъ подрядчикомъ исправнымъ ²⁾.

III. Правила о 12 %-номъ вознагражденіи примѣняются въ двухъ случаяхъ: I. если казна промедлила выдачею впередъ условленной третей или половинной части, и 2. если казна не уплатила за произведенныя работы или поставленныя вещи.

¹⁾ „Но когда по разсмотрѣннн обстоятельствъ будетъ доказано, что самая неисправность частнаго лица произошла отъ неполученія отъ казны денегъ, то не подвергать его никакой отвѣтственности“.

²⁾ Сборникъ 1864 г., томъ I, опред. Общ. Собр. по дѣлу Шелкова 8 авг. 1858 г. стр. 831—833, № 601.

Несвоевременная выдача каких бы то ни было других суммъ, слѣдующихъ подрядчику или казенному поставщику, уже не подходитъ подъ ст. 456—458 Пол. Взыск. Гражд. и не можетъ дать ему право на получение установленныхъ этими статьями 12% ¹⁾.

IV. Вопросъ, при какихъ именно условіяхъ казна обязана платить 12% на суммы, своевременно не заплаченныя за поставленныя вещи или произведенныя работы, весьма сложенъ и вызвалъ богатую практику Сената, при чемъ цѣлый рядъ дѣлъ восходилъ черезъ Гос. Совѣтъ на Высочайшее разрѣшеніе.

Практикою этою установлено прежде всего то положеніе, что хотя право на получение изъ казны платы за поставленныя вещи или произведенныя работы создается самымъ фактомъ окончанія работъ или поставки, и хотя казна, не уплативъ за нихъ, тѣмъ самымъ впадаетъ въ просрочку,—но тѣмъ не менѣе самый фактъ исполненія контрагентомъ казны принятыхъ имъ на себя обязательствъ еще не даетъ ему права требовать въ случаѣ просрочки казны вознагражденія въ размѣрѣ 12%. Прав. Сенатъ систематически признаетъ, что право на получение 12%-наго вознагражденія имѣетъ только контрагентъ, которому не было уплачено денегъ по предъявленнымъ имъ квитанціямъ. Такимъ образомъ „право подрядчика на получение означенныхъ процентовъ должно быть основано на выданныхъ ему квитанціяхъ, а самые проценты должны быть исчислены не со времени окончанія или освидѣтельствованія работъ, а со времени предъявленія выданныхъ за работы квитанцій“ ²⁾.

По дѣлу Гринченкова Общее Сената Собраніе нашло, что „случай, когда подрядчикъ отыскиваетъ вознагражденія за несвоевременную выдачу денегъ безъ предъявленія квитанцій, не подходитъ подъ буквальный смыслъ ст. 144. Статьѣ 144 невозможно придавать иного смысла, чѣмъ тотъ, который вытекаетъ изъ буквы закона. Квитанція есть тотъ документъ, которымъ удостовѣряется фактъ исправнаго окончанія подряда или поставки. Послѣ полученія квитанціи подрядчикъ очевидно въ правѣ требовать немедленнаго удовлетворенія. Промедленіе въ платежѣ денегъ такому подрядчику, у котораго въ

¹⁾ См. рѣшеніе Общ. Собр. по дѣлу Манеи, принятое ордеромъ М-ра Юст. 12 Февр. 1887 г. (Указатель вопросовъ права, разрѣшенныхъ М-ромъ Ю. по Консультации за время съ конца 1885 г. по 1893 г. С. П. Б. 1895. Стр. 61 и сл.): „Неустоечные проценты, по 1 въ мѣсяць, полагаются ст. 126 только на два рода суммъ, на задаточныя деньги и на контрактныя платежи. Посему, ст. 126, какъ законъ исключительный, т. е. установленный въ изъятіе изъ общихъ законовъ о процентахъ и вслѣдствіе сего не допускающій распространительнаго толкованія, не можетъ быть примѣненъ къ несвоевременной выдачѣ изъ казны подрядчикамъ всякихъ иныхъ суммъ, слѣдовательно и залоговъ“. (Опр. О. С. 31 Мая 1885—27 Февр. 1887 г.)

²⁾ С бор н и къ 1876 г., томъ III. № 469, стр. 294—298, опредѣленіе по дѣлу Варваца.

рукахъ квитанція, составляло бы со стороны казны прямое уклоненіе отъ исполненія ея обязанности и коренное нарушеніе правъ подрядчика. На подобный исключительный случай закономъ установлено вознагражденіе въ пользу подрядчика по проценту въ мѣсяць. Полученіе квитанціи составляетъ для подрядчика обязательную формальность“¹⁾).

Невыдача подрядчику установленной квитанціи возлагаетъ на казну обязанность возмѣстить подрядчику всѣ причиненные ему этимъ убытки²⁾, но только въ случаѣ неплатежа по представленной квитанціи онъ имѣетъ право на полученіе вознагражденія по проценту въ мѣсяць.

Въ одномъ дѣлѣ Общее Собраніе нашло, что „возлагая на казну отвѣтственность за казенныя управленія, законъ вмѣстѣ съ тѣмъ обязываетъ и подрядчика принимать заблаговременно всѣ мѣры прѣтивъ медленности въ его удовлетвореніи, и поѣтому назначаетъ подрядчику срокъ (восьмидневный) на принесеніе жалобы по начальству, если ему будетъ сдѣлано притѣсненіе въ выдачѣ квитанцій. Это постановленіе имѣетъ особую важность въ интересахъ казны, поставляя начальство въ возможность устранить медленность прежде, чѣмъ наступитъ срокъ отвѣтственности за оную. Распространеніе же этой отвѣтственности и на случаи, когда обиженный подрядчикъ добровольно оставляетъ начальство въ неизвѣстности о дѣлаемомъ ему притѣсненіи, давало бы частнымъ лицамъ возможность оставлять свои капиталы въ казенныхъ управленіяхъ на 12⁰/₁₀₀ вопреки желанію казны и къ явному ея ущербу“³⁾).

Фактъ неполученія квитанціи въ случаѣ, если подрядчикомъ на то не было принесено жалобы въ 8-ми дневный срокъ, Сенатъ неизмѣнно разсматривалъ, какъ вину подрядчика, лишаящую его права на вознагражденіе „двойными процентами“. Въ одномъ дѣлѣ, гдѣ вмѣсто квитанцій были выданы „акты освидѣтельствованія работъ“, Сенатъ призналъ, что контрагентъ казны, „подчинившись добровольно неправильному распоряженію о замѣнѣ квитанцій актами объ освидѣтельствованіи работъ... тѣмъ самымъ подчинился и всѣмъ невыгоднымъ послѣдствіямъ этого распоряженія, и, какъ одному изъ нихъ, потерѣ возможности приобрѣсти право на проценты, установленныя ст. 144 т. X ч. 2“⁴⁾).

V. Право на 12⁰/₁₀₀-ное вознагражденіе создается задержкою платежа срокомъ болѣе, чѣмъ на двѣ недѣли по предъявленіи квитанцій. Но что собственно слѣдуетъ считать задержкою или умедленіемъ платежа?

¹⁾ Сборникъ 1876 г., томъ III, № 498, стр. 365—368.

²⁾ То же; рѣшеніе; засимъ рѣш. по дѣлу б. Гершау, напечатанное въ томъ же Сборникѣ, томъ I, № 63, стр. 300—302; рѣш. по дѣлу Федорова, тамъ же томъ V, № 1030, стр. 227—228.

³⁾ Тотъ же Сборникъ, томъ I, № 63, стр. 300—302.

⁴⁾ Тотъ же Сборникъ, томъ III, № 469, стр. 294—298, по дѣлу Варваци. Ср. тамъ же, томъ V, № 1030, стр. 227—228, по дѣлу Федорова.

Законъ предоставляетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ казнѣ право удерживать часть денегъ, слѣдующихъ подрядчику или поставщику.

Такъ напр. согласно ст. 188 Пол. Каз. Подр. при платежѣ по представленнымъ квитанціямъ удерживается соразмѣрная часть на покрытіе задатка; на подрядчикѣ могутъ быть какіе либо казенныя взысканія, на пополненіе которыхъ казна имѣетъ несомнѣнное право удерживать суммы, слѣдующія подрядчику (ст. 220 того же Положенія). Но спорнымъ является вопросъ о правѣ на эти 12 процентовъ, если впослѣдствіи оказывается, что сумма была задержана неправильно, и что ее надо было выдать подрядчику.

Гр. Касс. Д-тъ въ рѣшеніи 1879 г. № 218 далъ на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ. Сенатъ говоритъ: „точный смыслъ сего закона (ст. 144 т. X ч. 2 изд. 1857 г.) заключается въ томъ, что всякое умедленіе въ выдачѣ причитающихся подрядчику денегъ влечетъ за собою опредѣленное въ пользу его вознагражденіе. Но при расчетахъ казны съ подрядчикомъ не всякое удержаніе суммъ происходитъ вслѣдствіе медленности должностныхъ лицъ или казны.“ Если выдача суммъ задержана на какомъ либо законномъ основаніи, то не происходитъ никакой медленности въ расчетахъ съ подрядчикомъ, хотя деньги и не выдаются ему на руки. „Такое удержаніе суммъ можетъ послѣдовать отъ неправильнаго или незаконнаго распоряженія мѣстъ и лицъ, производящихъ расчетъ по договору; распоряженіе это можетъ быть отмѣнено высшею властью, тѣмъ не менѣе сіи мѣста и лица не могутъ быть обвиняемы въ медленной выдачѣ денегъ, а лишь въ неправильныхъ, несогласныхъ съ договоромъ дѣйствіяхъ, которыя могли бы служить подрядчику поводомъ отыскивать понесенныя убытки, но на удовлетвореніе по ст. 144 т. X ч. 2 изд. 1857 года, опредѣленное за медленность въ выдачѣ денегъ, подрядчикъ черезъ это не пріобрѣтаетъ права“.

Общее Сената Собраніе въ рѣшеніи по дѣлу Манези¹⁾ признало, что подъ медленностью можно „имѣть въ виду неуплату, происходящую отъ запозданія распоряженіемъ объ ассигнованіи денегъ или отъ недостатка денегъ въ кассѣ, долженствующей произвести платежъ... Такимъ образомъ подъ промедленіемъ надлежитъ понимать невыдачу денегъ, признанныхъ подлежащими къ уплатѣ, а не удержаніе платежей, не признанныхъ, или хотя и признанныхъ, но обращенныхъ въ обезпеченіе или пополненіе начетовъ на подрядчика. Промедленіе и удержаніе—понятія, существенно различныя между собою: первое есть бездѣйствіе по исполненію обязанности, подлежащее безусловному прекращенію, а второе есть распоряженіе, которое, смотря по обстоятельствамъ, бываетъ правильно или неправильно, а слѣдовательно не всегда подлежитъ прекращенію“.

¹⁾ См. выше, стр. 164, выноску 1.

Повидимому, этот же вопрос был разрешен Выс. утв. 25 июня 1898 г. мѣнѣемъ Гос. Совѣта по дѣлу Гаврилова, гдѣ было признано, что подъ „понятіе промедленія, произошедшаго отъ вины казенныхъ мѣстъ и чиновниковъ или отъ самой казны, можно отнести невыдачу денегъ, признанныхъ подлежащими уплатѣ, но не отказъ въ такихъ требуемыхъ подрядчикомъ выдачахъ, которыя вовсе не признаются казеннымъ управленіемъ обязательными для казны и являются спорными между подрядчикомъ и казною“¹⁾.

Такова повидимому установившаяся практика.

Буквальный смыслъ статьи 457 (144 по изд. 1857 г.), говорящей лишь о медленности казны или должностныхъ лицъ²⁾, пожалуй дастъ для нея извѣстныя основанія. Но прежде всего эта практика стоитъ въ противорѣчьи со ст. 458, говорящею о томъ, что уплаченное изъ казны 12⁰/₀-ное вознагражденіе выскивается потому „съ казенныхъ мѣстъ и лицъ, если будетъ обнаружено, что выдача денегъ была задержана по дурному намѣренію или по запущенію дѣлъ“. Но „дурное намѣреніе“ не есть простая медленность³⁾, и потому намъ кажется, что буквальный смыслъ статей 457 и 458, взятыхъ совокупно, ни въ коемъ случаѣ не можетъ давать основанія для того утвержденія, что на вознагражденіе въ 12⁰/₀ подрядчикъ имѣетъ право только въ томъ случаѣ, если причиною невыдачи денегъ была простая медленность.

Если же мы перейдемъ отъ буквального смысла статей закона къ смыслу самого заключающагося въ нихъ постановленія, то несомнѣнно должны будемъ признать, что разсматриваемое толкованіе Сената лишаетъ постановленіе о 12⁰/₀-номъ вознагражденіи всякаго практическаго смысла. Въ приведенномъ нами рѣшеніи Сенатъ призналъ, что обязанность казны уплатить 12⁰/₀ на своевременно не выданную сумму устраняется ссылкой представителя казны „на такія дѣйствія Правленія Округа, которыя заключали въ себѣ не медленность въ выдачѣ денегъ, а удержаніе на пополненіе казеннаго взисканія, признаннаго впоследствии неправильнымъ“.

¹⁾ Разъясненія I Общаго собранія Пр. Сената и Госуд. Совѣта по дѣламъ бывшимъ въ разсмотрѣніи Консультации, при Мин-вѣ Юст. учрежденной. 1902, стр. 640. См. тамъ же, стр. 633—634.

²⁾ „Если со стороны казны промедлена выдача... то... опредѣляется въ пользу подрядчика или поставщика по проценту въ мѣсяцъ, какъ въ томъ случаѣ, когда медленность произойдетъ отъ вины казенныхъ мѣстъ...“

³⁾ Медленность должностныхъ лицъ, вообще говоря, разсматривается нашимъ законодательствомъ, какъ „неправильное дѣйствіе“ (ср. напр. статью 1316 Уст. Гр. Суд.) и отнюдь не имѣетъ уголовнаго характера, тогда какъ „дурное намѣреніе“, умыселъ, есть нѣчто чисто уголовное.

Но ничто не мѣшаетъ самому ли мѣсту казеннаго управленія, не имѣющему свободныхъ денегъ для расплаты съ подрядчикомъ, или должностному лицу, желающему насолить этому подрядчику, измыслить какое либо несообразное казенное взысканіе и подъ этимъ предлогомъ задержать платежъ.

Но разсматриваемое толкованіе Сената грѣшитъ не только тѣмъ, что открываетъ широкую и ничѣмъ не стѣсняемую возможность обхода закона. Оно неправильно и по существу своему. Это толкованіе противорѣчитъ цѣли и смыслу постановленій о 12^о/_о-номъ вознагражденіи.

Вознагражденіе это установлено въ двойномъ размѣрѣ процентовъ, сравнительно съ „указными“: цѣлью этого вознагражденія является созданіе въ контрагентѣ казны полной увѣренности въ томъ, что въ срокъ деньги будутъ ему заплачены полностью; предполагается, что на этой увѣренности подрядчикъ можетъ строить свои расчеты; на случай, если они не оправдаются, подрядчику дается особенно солидное вознагражденіе. Но затрудненіе, въ которомъ окажется контрагентъ казны, сознающій себя передъ нею вполне чистымъ и тѣмъ не менѣе не получающій отъ нея денегъ подъ предлогомъ пополненія какого то несуществующаго взысканія, ничуть не лучше положенія того контрагента, которому не платятъ „по запущенности дѣлъ“. Если одного вознаграждаютъ (при наличности квитанціи, доказывающей безспорное право на полученіе денегъ) 12-тью процентами, то нѣтъ основанія не вознаграждать другого.

Въ оправданіе того, что казна въ случаѣ неправильнаго начета не обязана платить процентовъ на своевременно невыданную сумму, нельзя привести и того соображенія, что проценты слѣдуютъ только по прекращеніи обязательственныхъ отношеній между казною и подрядчикомъ, а происходящій споръ о начетѣ знаменуетъ, что эти обязательственныя отношенія еще не ликвидны. Такое разсужденіе было бы совершенно неправильно: полученіе подрядчикомъ квитанціи на ту или другую часть подряда служить доказательствомъ, что подрядчикъ въ данной части исполнилъ все, на немъ лежавшее, а со стороны казны исполнено все по приему и освидѣтельствованію поставленнаго и сдѣланнаго. Поэтому, какъ то признавалось и Пр. Сенатомъ ¹⁾, полученіе квитанціи знаменуетъ окончаніе данной части подряда или поставки, прекращеніе обязательственныхъ отношеній между казною и подрядчикомъ, правильнѣе сказать, новацію ихъ въ

¹⁾ Сборникъ 1876 г., томъ III, № 469, стр. 294—298; томъ III, № 498, стр. 365—368; томъ I, № 63, стр. 300—302; томъ V, № 1030, стр. 227—228.

другое, уже одностороннее обязательство казны: уплатить деньги по предъявленіи квитанціи.

Какъ намъ кажется, хотя казна имѣетъ несомнѣнное право обращать суммы, подлежащія выдачѣ ея контрагенту, на пополненіе числящихся на немъ казенныхъ взысканій, и поэтому не подлежитъ никакой отвѣтственности за такое распоряженіе суммами ея контрагентовъ, но для такого устраненія отвѣтственности надо, чтобы на этомъ контрагентѣ дѣйствительно лежали какіе-либо казенные долги. И поэтому, если предположеніе о лежащемъ на контрагентѣ казенномъ взысканіи оказывается ошибочнымъ, то послѣдствія этой ошибки должны падать на допустившую ее казну, а не на ея ни въ чемъ не повиннаго контрагента.

Этому толкованію статьи 457, какъ намъ кажется, не противорѣчить и тезисъ, извлеченный изъ мнѣнія Гос. Совѣта по дѣлу Гаврилова и напечатанный въ изданномъ Мин-вомъ Юстиціи Сборникѣ „Разъясненій“ ¹⁾.

Хотя это положеніе помѣщено въ Сборникѣ подѣ ст. 457 Пол. о Взыск. Гражд., говорящемъ объ умедленіи по винѣ казны или мѣстѣ казеннаго управленія платежа денегъ по представленнымъ подрядчикомъ квитанціямъ, однако ни по самому этому тезису, ни по выдержкѣ изъ мнѣнія Гос. Совѣта, помѣщенной на стр. 633—634 того же Сборника, не видно, чтобы подрядчикъ представилъ квитанціи, и чтобы по нимъ былъ задержанъ платежъ. Напротивъ того, это мнѣніе Гос. Совѣта говоритъ о лицѣ, „недовольномъ заключеніемъ правительственнаго мѣста или лица въ дѣлѣ по обязательству съ казною“, о случаѣ, „когда частнымъ лицомъ подана жалоба на постановленіе мѣста казеннаго управленія“. Такимъ образомъ въ томъ дѣлѣ, по которому состоялось это мнѣніе Гос. Совѣта, самый споръ противъ размѣра суммы, опредѣленной къ выдачѣ подрядчику, былъ возбужденъ имъ самимъ. Отсрочка въ платежѣ, вызванная споромъ самого подрядчика, хотя бы этотъ споръ и оказался безусловно основательнымъ, очевидно не можетъ быть подведена подѣ понятіе промедленія въ смыслѣ ст. 457 Пол. Взыск. Гражд.: статья эта говоритъ о промедленіи платежа по квитанціи, т. е. по документу, не предполагающему никакого дальнѣйшаго спора.

VI. Съ какого срока текутъ эти 12%? Вопросъ этотъ является крайне спорнымъ. Въ практикѣ Кассационныхъ Д-товъ этого вопроса, на сколько намъ извѣстно, не возникало. Что же касается стараго Сената, то въ одномъ дѣлѣ, гдѣ проситель ходатайствовалъ, чтобы проценты были ему выданы со дня окончанія имъ работъ, Первое Общее Собраніе въ 1864 г. нашло, что „проценты должны быть исчисляемы

¹⁾ См. выше стр. 167, вын. 1.

не со времени окончанія или освидѣтельствования работъ, а со времени предъявленія выданныхъ за работы квитанцій¹⁾).

Тотъ же срокъ, „со времени предъявленія квитанцій“, указывается и въ рядѣ другихъ рѣшеній того же Общаго Собранія²⁾, но такое разрѣшеніе вопроса о начальномъ моментѣ теченія этихъ 12% представляется намъ сомнительнымъ.

Прежде всего, законъ не требуетъ, чтобы казна платила по предъявленнымъ квитанціямъ немедленно, въ день ихъ предъявленія, казнь дается срокъ въ двѣ недѣли, если въ самомъ договорѣ не постановленъ на сіе срокъ продолжительнѣйшій³⁾. Само собою разумѣется, что въ теченіе этого срока казна не находится въ состояніи промедленія и потому не можетъ быть признана обязанною платить эти 12%.

Затѣмъ, нельзя не обратить вниманія на то, что законъ вовсе не ставитъ обязанности казны платить эти проценты на задержанныя выдачею деньги въ зависимость непосредственно отъ самого факта умедленія въ платежѣ. Ст. 457 говоритъ, что вознагражденіе за промедленіе назначается „по жалобамъ на оное“. Поэтому намъ кажется, что прямой смыслъ закона требуетъ, чтобы теченіе процентовъ начиналось не ранѣе дня подачи подрядчикомъ жалобы на невыдачу ему денегъ въ теченіе двухъ недѣль со времени представленія квитанціи.

Въ пользу этого толкованія ст. 457 говоритъ еще и слѣдующее соображеніе. Какъ вполне правильно признало I Общее Собраніе Сената, „точный смыслъ сей статьи (ст. 144 т. X ч. 2 изд. 1857 г., соотв. 457 Пол. Вѣск. Гражд.) показываетъ, что законъ, предоставляя подрядчику вознагражденіе за несвоевременную выдачу ему по квитанціямъ, не опредѣляетъ однако срока на обжалованіе самой просрочки, ни на предъявленіе требованія о вознагражденіи процентами“⁴⁾. Такимъ образомъ, какъ это указывается и Пр. Сенатомъ⁵⁾, подрядчикъ, которому задержанъ платежъ денегъ по квитанціямъ, не напоминая о платежѣ, не обжалуя медленности, или даже уклоняясь отъ приѣма денегъ, имѣлъ бы вѣрное для нихъ помѣщеніе изъ 12% годовыхъ, а казна была бы обязана платить столь высокіе проценты на капиталъ, пользованіе которымъ вовсе не входитъ въ ея расчеты⁶⁾.

¹⁾ Сборникъ 1876 г., томъ III, № 469, стр. 294—298, опредѣленіе по дѣлу Варваца.

²⁾ Въ томъ же Сборникѣ, томъ I, № 89, стр. 375—377. — Сборникъ 1864 г. томъ I, стр. 171—172, № 170; стр. 288, № 299; стр. 831—832, № 601; стр. 914—916, № 642. — Въ одномъ рѣшеніи I Общ. Собр. 1848 г. начальнымъ срокомъ теченія этихъ процентовъ признана выдача окончательнаго расчета. Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 288, № 299.

³⁾ Пол. Вѣск. Гражд. ст. 457.

⁴⁾ Сборникъ 1876 г., т. I, стр. 375—376, № 89, опредѣленіе по дѣлу Яновскаго.

⁵⁾ См. выше, стр. 165.

⁶⁾ Сборникъ 1876 г., томъ I, № 63, стр. 300—302.

Что касается несвоевременной выдачи задаточных денег, то по вопросу, съ какого времени текутъ по нимъ эти 12⁰/₀, намъ попалось только одно сенатское рѣшеніе. Въ рѣшеніи этомъ говорится, что проценты текутъ „со времени подачи просьбы о задаточныхъ деньгахъ“ ¹⁾. Это разрѣшеніе вопроса по изложеннымъ нами соображеніямъ представляется намъ вполне правильнымъ и лишь подкрѣпляетъ высказанное нами мнѣніе, что и по деньгамъ, задержаннымъ платежемъ по предъявленнымъ квитанціямъ, проценты точно такъ же должны течь со времени жалобы о задержкѣ денегъ.

§ 2. Проценты по суммамъ, присужденнымъ изъ казны въ пользу частныхъ лицъ.

Какъ мы видѣли, по суммамъ, безспорно слѣдовавшимъ выдачею изъ казны, но замедленнымъ платежемъ, казна платитъ своимъ контрагентамъ по 12⁰/₀ годовыхъ.

По суммамъ спорнымъ, но окончательнымъ рѣшеніемъ (судебнаго или административнаго мѣста) присужденнымъ контрагенту казны, она платитъ по 6⁰/₀ годовыхъ.

Самая обязанность казны платитъ эти проценты никакому сомнѣнію не подлежала, не подлежитъ и въ настоящее время ²⁾. Но по вопросу, съ какого времени текутъ эти проценты, существуетъ, съ

¹⁾ Сборникъ 1864 г., томъ I, стр. 832, № 601.

²⁾ Юридическимъ основаніемъ этой обязанности казны являются: 1) ст. 365 Зак. Суд. Гражд., изд. 1892 г.: „По представленнымъ на законномъ основаніи обязательствамъ, по коимъ не послѣдовало платежа въ определенный срокъ, заимодавецъ, кромѣ суммы, составляющейся изъ остающагося въ долгу капитала, и незаплаченныхъ по день просрочки условленныхъ процентовъ, имѣетъ право получить съ должника, не пришедшаго въ несостоятельность: 1) три процента со всего незаплаченнаго капитала, полагаемые единожды за неустойку въ платежъ на срокъ, и 2) узаконенные проценты (Зак. Гражд. изд. 1887 г. ст. 2021 и 2022), полагаемые ежегодно на сумму, какую составляетъ незаплаченный капиталъ съ оставшимися неуплаченными по день просрочки обязательства условленными процентами и означенною въ пунктѣ первомъ неустойкою. Сіи проценты считаются со дня просрочки обязательства по день платежа по шести процентовъ въ годъ порядкомъ несложнымъ. Если по взиманію былъ споръ, и по оному состоялось судебное рѣшеніе, то со дня, въ который оно состоялось, по день платежа считаются проценты со всей присужденной тѣмъ рѣшеніемъ суммы, со включеніемъ въ оную и наросшихъ по день рѣшенія, согласно сказанному выше въ сей статьѣ, процентовъ“. Статья эта соотвѣтствуетъ статьѣ 2093 Зак. Гражд. т. X ч. I изд. 1842 г. и ст. 72 Зак. о Судопр. и Выск. Гражд. (т. X ч. 2) изданій 1857 и 1876 гг.—2) ст. 626 Зак. Гражд.—и 3) примѣч. къ ст. 364 Зак. Суд. Гражд. изд. 1892 г., сводящееся къ довольно невнятному сообщенію: „Въ 1888 г. Высоч. утвержденнымъ мнѣніемъ Госуд. Совѣта по частному дѣлу, разъясненъ порядокъ исчисленія процентовъ по суммамъ, присужденнымъ отъ казны въ пользу частныхъ лицъ (1888 г. апр. 4 [5126])“.

виду, довольно странное разногласіе между рѣшеніями Гр. Касс. Д-та и Высоч. утв. мнѣніемъ Гос. Совѣта, хотя и состоявшимся по частному дѣлу, но съ Высочайшаго же утвержденія опубликованнымъ во всеобщее извѣстіе, „дабы оно могло служить руководствомъ на будущее время въ подобныхъ настоящему случаяхъ“¹⁾.

Разногласіе это сводится къ слѣдующему:

Мнѣніемъ Госуд. Совѣта признано, что если между контрагентомъ казны и казеннымъ управленіемъ былъ споръ о суммѣ, слѣдовавшей этому контрагенту, то проценты на эту сумму текутъ лишь со времени ея *присужденія*. Въмѣстѣ съ тѣмъ, тѣмъ же мнѣніемъ Гос. Совѣта признано, что статья 72 т. X ч. 2 изд. 1876 г., соотвѣтствующая ст. 365 Зак. Суд. Гражд. изд. 1892 г., „не предрѣшаетъ вопроса объ отвѣтственности казны“ по дѣламъ о процентахъ на своевременно невыданныя суммы.

Что же касается Гр. Касс. Д-та, то онъ и послѣ 1888 г. продолжаетъ примѣнять къ казнѣ статью 365 Зак. Суд. Гражд. изд. 1892 г. или соотвѣтствующую ей статью 72 т. X ч. 2 изд. 1876 г., по дѣламъ, гдѣ возникаетъ вопросъ объ обязанности казны платить проценты на своевременно невыданныя ея суммы, при чемъ взыскиваетъ съ казны эти проценты не со дня присужденія данной суммы, а со времени *просрочки* казною своего обязательства, съ того дня, когда данная сумма по смыслу договора должна была быть уплачена казною ея контрагенту.

Чувствуя, что этотъ выводъ противорѣчитъ положенію, установленному Гос. Совѣтомъ по дѣлу Линде, Гражд. Касс. Д-тъ Сената въ заключеніе своего рѣшенія прибавилъ, что его „выводу отнюдь не препятствуетъ“ это мнѣніе Гос. Совѣта, такъ какъ въ дѣлѣ Линде „вопроса о процентахъ за просрочку и не возникало; притомъ Гос. Совѣтъ въ семь мнѣній вовсе не истолковалъ смысла ст. 72, признавъ лишь, что статья эта не предрѣшаетъ вопроса о характерѣ отвѣтственности казны передъ Линде“²⁾.

Чтобы выяснить себѣ степень и причину разногласія между Кассационнымъ Сенатомъ и Гос. Совѣтомъ, надо прежде всего точно установить смыслъ того общаго правила, которое должно быть выведено изъ мнѣнія Гос. Совѣта по дѣлу Линде. Для этого обратимся къ обстоятельствамъ этого дѣла и къ тѣмъ мотивамъ, на которыхъ основано состоявшееся рѣшеніе.

Обстоятельства дѣла таковы: казенный подрядчикъ Линде требовалъ съ казны уплаты за матерьялы, поставленные имъ въ 1854 г. Въ концѣ концовъ, въ 1877 г., Сенатъ по I Д-ту указомъ 29 ноября при-

¹⁾ Собр. узак. 1888 г. № 92, статья 853. Мнѣніе Госуд. Совѣта по дѣлу Линде. Въ Сводѣ Законовъ имѣется лишь приведенная выше, стр. 171, выноски 2, ссылка на это мнѣніе Гос. Совѣта, само же оно въ Сводѣ не приведено.

²⁾ Рѣш. Гр. Кассац. Д-та 1891 г. № 39 и 1892 года № 57.

зналъ за нимъ право на получение искомой имъ суммы „съ причитающимися по ст. 72 и 524 т. X ч. 2. Зак. Суд. Гражд. изд. 1876 г. процентами“¹⁾).

М-во Путей Сообщенія уплатило ему присужденную сумму съ процентами, рассчитанными со дня восполндованія указа. Расчетъ этотъ Линде обжаловалъ Сенату, „доказывая, что проценты, согласно приведеннымъ статьямъ, подлежатъ исчисленію не со времени присужденія суммы, а со времени приема у него заподряженныхъ вещей“.

При разсмотрѣннн этого дѣла въ I Д-тѣ Пр. Сената въ немъ не составилось узаконеннаго большинства голосовъ, дѣло было передано въ I Общее Сената Собраніе, гдѣ опять послѣдовало разномысліе, и такимъ образомъ дѣло поступило, наконецъ, на уваженіе Государственнаго Совѣта.

Гос. Совѣтъ усмотрѣлъ, что „узаконенные проценты за все вообще время неправильнаго пользованія капиталомъ взыскиваются съ лицъ, владѣвшихъ онимъ недобросовѣстно“ (ст. 641). Рѣшеніе же I-го Д-та Пр. Сената, присудившее Линде искомую имъ сумму, не заключало въ себѣ признанія недобросовѣстности казны, и самыя обстоятельства дѣла были спорными. Въ виду этого Гос. Совѣтъ, ссылаясь на ст. 626 Зак. Гражд., призналъ обязанность казны платить проценты лишь со времени присужденія спорной суммы.

Ссылка Гос. Совѣта на статью 626 Зак. Гражд. для доказательства обязанности казны платить проценты лишь со времени присужденія суммы можетъ показаться просто удивительною: статья эта прямо постановляетъ, что и добросовѣстный владѣлецъ платитъ доходъ съ имущества, коимъ незаконно владѣетъ, съ „объявленія ему установленнымъ порядкомъ объ открытіи спора противъ его владѣнія“. Не менѣе странною можетъ показаться и ссылка на спорность обстоятельствъ дѣла: возбужденіе или поддержаніе спора, оказавшагося неправильнымъ, не можетъ никого освободить отъ лежащихъ на немъ обязанностей.

Столь же страннымъ можетъ показаться и то, что Гос. Совѣтъ отвергъ ссылку просителя на статью 72 т. X. ч. 2.. Гос. Совѣтъ нашелъ, что статья эта содержитъ правило о порядкѣ взысканія присужденныхъ суммъ и „очевидно не предрѣшаетъ вопроса объ отвѣтственности казны передъ Линде“. Между тѣмъ, статья эта, постоянно практикою судебныхъ и административныхъ Д-товъ Сената примѣнявшаяся и къ казнѣ, постановляетъ, что если по обязательству не послѣдовало платежа въ срокъ, то въ пользу кредитора взыскивается 3% единовременной неустойки и по 6% годовыхъ со дня просрочки обязательства.

Для того, чтобы выяснитъ взаимное отношеніе мнѣнія Гос. Со-

¹⁾ По изд. 1902 г. ст. 364 и 365 Зак. Суд. Гражд.

вѣта по дѣлу Линде и приведенныхъ статей закона, надо помнить, что это дѣло разсматривалось въ порядкѣ административномъ, т. е. въ порядкѣ дѣлъ безспорныхъ, не допускающихъ возраженій въ порядкѣ состязательномъ, не допускающихъ „предъявленія спора, основаннаго на доказательствахъ“ ¹⁾.

Статья 1302 Уст. Гр. Суд. предоставляет контрагенту казны выборъ пути: или жаловаться по начальству, или предъявить къ казнѣ искъ судебнымъ порядкомъ. Этому контрагенту предоставляется не только выборъ учрежденія, которое будетъ разсматривать дѣло, или не только выборъ между двумя процессуальными порядками; различіе процессуальныхъ порядковъ страннымъ, но необходимымъ образомъ отражается и на примѣняемомъ ими матерьяльномъ правѣ.

Оно и не удивительно, что эти двѣ разныя процедуры, разныя по тому времени, къ которому относится ихъ установленіе, разныя по тому кругу понятій, по тому государственному и правовому міровозрѣнію, которымъ были проникнуты ихъ авторы, различаются не только процессуальными обрядностями.

Нашему дореформенному времени понятіе казны, подчиненной, когда для нея не сдѣлано исключенія, общимъ правиламъ процессуальнаго гражданскаго права, было совершенно чуждо ²⁾. И, напр., по вопросу о примѣнимости къ казнѣ статьи 72 т. X. ч. 2 изд. 1857 г. (соотвѣтств. статьѣ 72 изданія 1876 г.) Общее Собраніе Сената еще въ 1873 г. находило „что такъ какъ ст. 72 помѣщена въ раздѣлѣ о производствѣ гражданскаго суда въ дѣлахъ безспорныхъ между частными лицами, то и примѣчаніе къ означенной статьѣ имѣетъ обязательное значеніе лишь при рѣшеніи дѣлъ безспорныхъ между частными лицами, къ дѣламъ же о притязаніяхъ частныхъ лицъ къ казнѣ оно можетъ быть примѣнено лишь въ случаѣ сдѣланной въ законахъ, относящихся до производства сихъ дѣлъ, на нее ссылки“ ³⁾.

И вообще, если просматривать старыя сенатскія рѣшенія по дѣламъ казеннаго управленія, то можно только поражаться тѣми стараніями, съ которыми Сенатъ въ дѣлахъ этого рода уклонялся отъ примѣненія къ нимъ напрашивавшихся общихъ гражданскихъ законовъ.

Когда появился Кассационный Сенатъ, то онъ ⁴⁾, безъ прямого на то указанія въ законѣ, призналъ казну юридическимъ лицомъ гражданскаго права и распространилъ на нее общія нормы гражданскихъ законовъ, поскольку для казны не было сдѣлано какихъ либо специальныхъ изъятій.

¹⁾ Томъ X. ч. 2. изд. 1857 и 1876 гг. ст. 2.

²⁾ См. выше, стр. 109—113 и 134—135.

³⁾ Сборникъ 1876 г. томъ V, стр. 220—222, № 1026.

⁴⁾ См. выше, стр. 153—157.

На судъ казна стала юридическимъ лицомъ гражданскаго права. И если дѣло по казенному подряду разсматривается въ судебномъ установленіи, то оно приобретаетъ характеръ спора между двумя въ принципѣ равноправными сторонами. Но въ учрежденіяхъ, дѣйствующихъ по нашимъ дореформеннымъ правиламъ и ими связанныхъ, старое дореформенное отождествленіе правъ казны по имуществамъ съ публичными правами государственной власти по необходимости сохранило свою силу и по настоящее время.

Законъ не устанавливаетъ для жалобъ по дѣламъ о подрядахъ и поставкахъ, приносимыхъ по начальству и въ Первый Департаментъ Сената, никакого отличія, напр., отъ дѣлъ по жалобамъ на неправильное обложеніе какимъ-либо налогомъ или сборомъ. И провѣрка сдѣланнаго министерствомъ расчета той или другой пошлины, и провѣрка окончательнаго расчета, выданнаго казенному поставщику, по смыслу закона ничѣмъ другъ отъ друга не отличаются, и по существу своему одинаково представляютъ одностороннее разсмотрѣніе дѣла, производимое самою администраціею. Возможность спора (въ техническомъ смыслѣ, т. е. спора судебного) въ обоихъ случаяхъ исключена самимъ же закономъ.

Въ случаѣ административной жалобы по начальству или въ I Д-тъ Сената какъ по податнымъ дѣламъ, такъ и по имущественнымъ сдѣлкамъ казны получается такое положеніе вещей, что при нѣкоторомъ, во всякомъ случаѣ, весьма отдаленномъ участіи въ дѣлѣ заинтересованнаго лица, вопросъ о взаимныхъ его расчетахъ съ казною разрѣшается или тѣмъ же самымъ казеннымъ управленіемъ, съ которымъ спорить контрагентъ казны, или какимъ либо высшимъ установленіемъ,—Деп-томъ Сената, Общимъ его Собраніемъ или Гос. Совѣтомъ,—въ которое на правахъ члена входитъ министр-представитель того казеннаго управленія, дѣйствія котораго, въ частности составленный имъ расчетъ, являются предметомъ обсужденія.

Если дѣло слѣдуетъ этимъ путемъ, спора быть не можетъ: происходитъ лишь разъясненіе дѣла самою администраціею. Только по разрѣшеніи вопроса о правильности окончательнаго расчета, выданнаго подрядчику, или о томъ, не взыскана ли пошлина въ излишнемъ количествѣ, взаимныя отношенія казны и ея контрагента или плательщика податей будутъ установлены, долгъ станетъ ликвиднымъ; до того момента долга казны еще не существуетъ: существуетъ лишь обязанность присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ казеннаго управленія выяснить размѣръ суммы, слѣдуемой подрядчику или плательщику налога. И какъ по дѣламъ о возвратѣ излишне взысканныхъ сборовъ казна не платитъ никакихъ процентовъ съ неправильно находящихся въ ея владѣніи суммъ,—не платитъ потому, что не существуетъ закона, который бы возлагалъ на нее эту обязанность,—такъ и въ дѣлахъ по административнымъ жалобамъ казенныхъ постав-

щиковъ и подрядчиковъ казна не должна платить процентовъ на неправильно невыданныя суммы, ибо точно такъ же не существуетъ закона, который бы обязывалъ ее платить эти проценты.

И если Гос. Совѣтъ въ своемъ рѣшеніи по дѣлу Линде сослался на ст. 626 Зак. Гражд. въ обоснованіе обязанности казны платить проценты со времени присужденія Линде суммы, слѣдовавшей ему за постановленныя имъ вещи, то тутъ, конечно, надо видѣть ссылку не на то постановленіе этой статьи, которое говоритъ объ обязанности добросовѣстнаго владѣльца платить проценты (доходы) со дня „объявленія ему установленнымъ порядкомъ объ открытіи спора противъ его владѣнія“, а то постановленіе этой статьи, которое говоритъ объ обязанности платить проценты съ того времени, „когда неправильность его владѣнія сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна“: статья 626, какъ относящаяся къ дореформенному времени, подъ споромъ можетъ разумѣть только судебный споръ, „на доказательствахъ основанный“, и поэтому въ части своей, говорящей объ открытіи спора, не можетъ имѣть примѣненія къ дѣлу, разсматриваемому въ административномъ, безспорномъ порядкѣ. Со времени же состоявшагося рѣшенія I-го Д-та, коимъ отыскивавшаяся Линде сумма была ему присуждена, неправость владѣнія ея этою суммою стала казнѣ съ достовѣрностью извѣстна.

Поэтому, не смотря на кажущееся противорѣчіе вывода Гос. Совѣта 626 статья Зак. Гражд., выводъ этотъ вполне правильно вытекаетъ изъ точнаго смысла этой статьи.

Что же касается того, что Гос. Совѣтъ призналъ статью 72 т. X ч. 2 Зак. Гражд. не предрѣшающею обязанности казны платить проценты по суммамъ, отыскивавшимся Линде, то для выясненія себя этого положенія Гос. Совѣта надо имѣть въ виду, что статья эта по несомнѣвному, прямому ея смыслу устанавливаетъ теченіе процентовъ со дня просрочки долга „по представленнымъ на законномъ основаніи обязательствамъ“, т. е. предполагаетъ, что обязательство, признававшееся по дореформенному нашему законодательству безспорнымъ, представлено въ полицію для взысканія съ должника. По тогдашнему своему смыслу статья эта не могла имѣть примѣненія къ такому случаю, когда должникъ, хотя бы и по истеченіи срока обязательства, самъ чинилъ по нему исполненіе.

Такъ какъ обязательство казны прежде всегда разсматривалось, какъ исполняемое ею добровольно, и ея кредиторы не имѣли права обращаться въ полицію для повужденія казны исполнить принятое ею на себя обязательство, то къ дѣламъ, разсматривавшимся въ безспорномъ, административномъ порядкѣ, статья 72 т. X ч. 2, какъ это въ дѣлѣ Линде, вполне правильно призналъ Гос. Совѣтъ, дѣйствительно никогда не имѣла и не можетъ имѣть примѣненія.

Признавая непримѣнимость къ дѣлу, разсмотрѣнному въ административномъ порядкѣ, статьи 72 т. X ч. 2 изд. 1876 г., Гос. Совѣтъ

только подтвердилъ ранѣе существовавшую практику Общихъ Собраній Пр. Сената. Въ одномъ дѣлѣ, гдѣ II Общее Сената Собрание признало за казеннымъ подрядчикомъ право на получение известной суммы, возникъ вопросъ о начисленіи процентовъ на эту сумму и о томъ, не слѣдуетъ ли проценты эти исчислять по правиламъ ст. 72. Общее Собрание нашло, что хотя ст. 641 т. X ч. 2 (изд. 1857 г.) и говорить, что „при взысканіи суммъ, присужденныхъ частному лицу... окончательнымъ рѣшеніемъ суда, мѣсто, производящее взысканіе, руководствуется правилами, въ ст. 72 сего свода постановленными“, но что статья эта „предусматриваетъ случай, когда расчетъ процентовъ производится мѣстомъ, приводящимъ въ исполненіе судебное рѣшеніе. Слѣдовательно, она къ настоящему дѣлу, имѣющему предметомъ выполнение казною обязательства, примѣнена быть не можетъ“¹⁾.

Итакъ, разсмотрѣніе хотя бы и высшею административною инстанціею, — I-мъ Д-томъ Пр. Сената, — просьбы контрагента казны о признаніи за нимъ права на слѣдующую ему съ казны по договору сумму не есть судебное разсмотрѣніе дѣла и не влечетъ за собою тѣхъ юридическихъ послѣдствій, съ которыми, въ частности по вопросу о процентахъ, связано предъявленіе къ казнѣ судебного иска; и слѣдовательно, проценты на присужденныя суммы могутъ течь лишь со времени воспослѣдованія того рѣшенія, которымъ данная капитальная сумма присуждена контрагенту казны.

Совершенно иначе обстоитъ дѣло въ тѣхъ случаяхъ, когда контрагентъ казны, недовольный объявленнымъ ему окончательнымъ расчетомъ, пользуется правомъ, предоставленнымъ ему статьею 1802

¹⁾ Сборникъ 1876 г. томъ V, № 1026, стр. 220—222 по дѣлу Раппопорта. Можно указать на нѣсколько рѣшеній Общаго Собранія или даже Гос. Совѣта, гдѣ по вопросу объ обязанности казны платить проценты по суммамъ, присужденнымъ административными учрежденіями (въ томъ числѣ и I-мъ Д-томъ Сената), упоминалась въ числѣ основаній обязанности казны платить эти % также и ст. 72 т. X ч. 2. Но въ этихъ дѣлахъ или вопроса о срокѣ, съ котораго текутъ эти %, не возникало вовсе (см. напр., въ Сборникѣ 1876 г. т. I, стр. 257—260, № 42; томъ III, стр. 365—368, № 498), или же, не взирая на ссылку на статью 72-ую, говорящую о томъ, что проценты текутъ со дня просрочки обязательства, проценты присуждаются со дня рѣшенія, — см. въ томъ же Сборникѣ 1876 г. рѣшенія Общ. Собр. томъ I, стр. 833—835, № 251 по дѣлу Корфа; томъ III, стр. 856—859, № 689 по дѣлу Личкуса, а также Выс. утв. 5 февр. 1874 г. мнѣніе Гос. Совѣта по дѣлу Выховскаго и Слонима, въ которомъ категорично признано (со ссылкой на ст. 72), что проценты слѣдуютъ со дня присужденія данной суммы (Сборникъ 1876 г. томъ V, стр. 255—257, № 1043). Ср. въ Сборникѣ 1864 г. рѣш. Общ. Собр. по дѣлу Харлинскаго 5 сентября 1845 г. томъ II, стр. 453—454, № 408. Вообще же Общ. Собранія Сената, повидимому, всегда признавали, что казна по присужденнымъ суммамъ платитъ проценты со дня объявленія просителю о состоявшемся рѣшеніи. См. напр., Сборникъ 1864 г. томъ I, стр. 211, № 212. — Ср. также указъ I Общ. Собр. по дѣлу Брайнинныхъ, 12 апр. 1882 г.

Уст. Гр. Суд. и предъявляет къ казнѣ искъ судебнымъ порядкомъ.

Во-первыхъ, казна, при административномъ порядкѣ разсмотрѣнія дѣла носившая характеръ власти, односторонне разрѣшавшей вопросъ, возбуждающій сомнѣніе, — при судебномъ разсмотрѣніи дѣла оказывается, согласно теоріи, послѣдовательно проводимой Гражд. Касс. Д-томъ, въ положеніи стороны, въ положеніи частно-правового юридическаго лица, подчиненнаго нормамъ матерьяльнаго и процессуальнаго гражданскаго права, поскольку въ законѣ не установлено для него какого либо изъятія.

И именно тотъ фактъ, что въ законѣ не содержится никакихъ специальныхъ постановленій объ обязанности казны платить проценты по своевременно неуплаченнымъ суммамъ, заставляетъ судъ распространять на казну общія правила о процентахъ на суммы, имъ при-суждаемыя.

Во-вторыхъ, дѣло, при административномъ его разсмотрѣніи носившее характеръ безспорнаго, становится въ техническомъ смыслѣ слова спорнымъ. Благодаря этому, оказывается возможнымъ примѣнять къ дѣлу всѣ постановленія законовъ, основанныя на предположеніи спора, происходящаго между сторонами. Это совершенно измѣняетъ примѣненіе къ дѣлу статьи 626 Зак. Гражд. Согласно этой статьѣ, проценты платятся — или со дня, когда владѣльцу сдѣлалась съ достовѣрностью извѣстною неправость его владѣнія, или со дня объявленія ему объ открытіи спора противъ его владѣнія. При административномъ безспорномъ разбирательствѣ дѣла это второе основаніе платежа процентовъ къ казнѣ примѣняться не можетъ, срокъ со дня открытія спора такимъ образомъ отпадаетъ, и казна можетъ быть признана обязанною платить проценты лишь со дня, когда неправость ея владѣнія становится ей достовѣрно извѣстною, т. е. со дня окончательнаго рѣшенія дѣла.

При судебномъ же разсмотрѣніи дѣла, именно въ силу того, что это разсмотрѣніе имѣетъ характеръ спора, судебного спора, казна въ силу ст. 626 Зак. Гражд. должна быть признана обязанною платить проценты со дня предъявленія къ ней иска.

Такимъ образомъ слѣдуетъ (признать вполнѣ согласнымъ съ дѣйствующими законами и мнѣніе Государств. Совѣта, признавашаго, что по суммамъ, своевременно не выплаченнымъ казною, проценты текутъ лишь со времени присужденія данной суммы, и мнѣніе Гражд. Касс. Д-та, признавашаго, что эти же проценты текутъ уже со дня просрочки ¹⁾).

¹⁾ Тутъ возможно другое сомнѣніе: взыскивать ли проценты со дня предъявленія иска по ст. 626 Зак. Гражд., или со дня просрочки обязательства на основаніи ст. 364 и 365 Зак. Суд. Гражд. изд. 1892 г. Мы уже высказывались въ „Правѣ“, 1903 г. № 4, стр. 222—229, въ пользу того, что эти статьи Зак. Суд.

Кажущееся противорѣчіе практики Кассационнаго Сената съ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта разрѣшается тѣмъ, что способъ исчисления процентовъ, установленный въ Выс. утв. мнѣніи Гос. Сов. по дѣлу Линде, примѣняется къ дѣламъ, рассматриваемымъ въ административномъ порядкѣ, а сенатская практика имѣетъ въ виду дѣла, рассматриваемыя судебными мѣстами.

Теоретически положеніе вещей получается весьма любопытное: одно и то же дѣло, въ зависимости отъ того, какой процессуальный порядокъ его рассмотрѣнія изберетъ заинтересованное лицо, получаетъ и должно получать разное разрѣшеніе.

Практическій результатъ получается тоже весьма существенный: оказывается, что если контрагентъ казны предъявляетъ къ ней искъ судебнымъ порядкомъ, то онъ, въ случаѣ признанія его иска правильнымъ, получаетъ проценты на требуемую имъ сумму, начиная съ момента предъявленія иска ²⁾, если же онъ изберетъ жалобу по начальству и въ I Д-тъ Пр. Сената, то получить проценты лишь съ того дня, когда дѣло наконецъ окончательно рѣшится въ его пользу.

При этомъ надо имѣть въ виду ту неправдоподобную медленность, съ которой движутся подрядныя дѣла, рассматриваемыя въ административномъ порядкѣ. Приведенное выше дѣло Линде, начавшееся въ 1854 г. и относительно капитальной суммы разрѣшенное лишь въ 1877 г., отнюдь не представляетъ по медленности своей чего либо выдающагося: недавно у насъ въ рукахъ было дѣло о подрядѣ на постройку какихъ то зданій въ началѣ 1850-хъ годовъ, всего на сумму около 4-хъ тысячъ р., только недавно въ порядкѣ инстанцій дошедшее до Сената и до сихъ поръ еще не разрѣшенное даже еще и въ I Департаментѣ.

Гражд. не могутъ примѣняться къ дѣламъ, рассматриваемымъ судебными установленіями, дѣйствующими на основаніи Судебныхъ Уставовъ Императора Александра II.—Но станемъ ли мы на точку зрѣнія Сената, а именно, что проценты текутъ со времени просрочки обязательства, или же признаемъ, что они текутъ со времени предъявленія иска, въ обоихъ случаяхъ начальный моментъ теченія процентовъ является моментомъ болѣе раннимъ, чѣмъ моментъ, принимаемый Гос. Совѣтомъ: со времени присужденія капитальной суммы.

²⁾ Или даже съ момента выдачи ему окончательнаго расчета, если къ этимъ дѣламъ примѣнять ст. 365 Зак. Суд. Гражд.—Практически это различіе въ дѣлахъ по подрядамъ и поставкамъ не столь существенно: разстояніе между этими двумя сроками, въ виду ст. 1303 Уст. Гражд. Суд. не можетъ быть болѣе полугода.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Такимъ образомъ подчиненіе казны гражданскому праву и гражданскимъ судамъ не есть нѣчто, необходимо вытекающее изъ самой природы государства, нѣчто такое, что теперь признается необходимымъ во всѣхъ странахъ и признавалось таковымъ во всѣ времена.

Напротивъ того, наши представленія по этому вопросу кореннымъ образомъ отличаются отъ тѣхъ принциповъ, которыми было проникнуто римское право, которые господствовали въ Западной Европѣ въ Средніе Вѣка, въ эпоху полицейскаго государства, которые во многихъ государствахъ продолжаютъ господствовать и въ настоящее время.

Претендовать ни на всеобщность, ни на необходимость наши представленія не могутъ. Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ дѣлать того вывода, будто представленія эти надо отбросить, какъ невѣрныя. Вопросы о вѣрности и невѣрности тутъ вообще ставиться не должно и не можетъ: подчиненіе тѣхъ или другихъ отношеній данному закону, предоставленіе ихъ вѣдѣнію того или другого государственнаго учрежденія, судебнаго или административнаго, не есть такого рода вопросъ, который по самой природѣ своей, по самому существу своему допускалъ бы лишь одинъ какой либо отвѣтъ. Именно наоборотъ. Какъ мы видѣли, въ разныхъ законодательствахъ разсматриваемый вопросъ находитъ совершенно разные отвѣты.

И оцѣнка этихъ отвѣтовъ, кромѣ нѣсколько схоластической оцѣнки съ точки зрѣнія послѣдовательности ихъ проведенія въ данномъ законодательствѣ, возможна лишь съ точки зрѣнія цѣлесообразности, практичности ихъ.

Если мы приступимъ къ оцѣнкѣ того, какъ разрѣшается нашею судебною практикою, а отчасти и законодательствомъ вопросъ объ отношеніи казны къ гражданскому праву и къ гражданскимъ судамъ, то должны будемъ признать, что это разрѣшеніе, т. е. признаніе казны юридическимъ лицомъ гражданскаго права, есть разрѣшеніе, при современныхъ условіяхъ могущее дать наибольшую, изъ всѣхъ вообще нынѣ возможныхъ въ Россіи, правовую охрану цѣлой группѣ интересовъ и отношеній, которые иначе были бы почти лишены всякой охраны.

Если во Франціи и въ Англіи дѣла казны могутъ безъ ущерба для твердости правъ вѣдаться приблизительно тѣмъ же порядкомъ, что и дѣла, по нашимъ представленіямъ, чисто административныя, то это обуславливается тѣмъ, что тамъ и отношенія публично-правовыя пользуются вполне достаточною почти судебною или даже чисто судебною охраною.

Въ этомъ отношеніи мы находимся въ совершенно иныхъ условіяхъ. Дѣла административныя изъяты изъ вѣдѣнія общихъ судовъ. Административная юстиція существуетъ у насъ лишь въ такого рода зачаткахъ, что возлагать на нее сколько-нибудь серьезныхъ надеждъ въ смыслѣ охраны правъ во всякомъ случаѣ еще преждевременно.

Если во Франціи выдѣленіе дѣлъ казны въ особую группу и изъятіе ихъ изъ вѣдѣнія администраціи съ передачею ихъ гражданскимъ судамъ знаменовало бы самый незначительный успѣхъ въ смыслѣ гарантіи правъ контрагентовъ казны, то у насъ, наоборотъ, уничтоженіе гражданской подсудности дѣлъ казны равнялось бы замѣнѣ права безконтрольнымъ усмотрѣніемъ администраціи.

Поэтому, пока у насъ охрана правъ въ области публичныхъ отношеній будетъ имѣть современную, столь рудиментарную организацію, приближающую скорѣе къ полицейскому государству Германіи позапрошлаго вѣка, чѣмъ къ современнымъ государствамъ Западной Европы, до тѣхъ поръ выдѣленіе дѣлъ казны въ особую группу, подвѣдомственную общимъ судамъ, будетъ имѣть для насъ то же практическое и то же политическое значеніе, какое оно нѣкогда имѣло въ Германіи.

Въ частности, что касается той формы охраны правъ и интересовъ обывателей, которая дается вознагражденіемъ убытковъ, причиненныхъ дѣйствіями должностныхъ лицъ, въ Россіи основаніемъ примѣненія этой охраны и предѣлами ея примѣненія является именно гражданская подсудность дѣлъ казны.

И мы должны теперь ясно сказать себѣ, что надо дорожить гражданской подсудностью имущественныхъ сдѣлокъ казны, но не во имя выдержанности и послѣдовательности проведенія фикціи „казны“ какъ особаго отъ государства юридическаго лица, а во имя охраны тѣхъ реальныхъ интересовъ, которые у насъ могутъ быть охраняемы только судами, и которые неминуемо начали бы нарушаться, если бы разрѣшеніе этихъ дѣлъ было передано въ руки администраціи.

Таковыми реальными интересами, ради которыхъ слѣдуетъ дорожить гражданской подсудностью казны, являются не только имущественные интересы отдѣльныхъ контрагентовъ казны (они такъ или иначе сумѣютъ обдѣлать свои дѣла, — тутъ скорѣе слѣдовало бы думать объ охраненіи денежныхъ интересовъ самой казны), сколько интересы твердости права, интересы законности.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

ОТВѢТСТВЕННОСТЬ КАЗНЫ ЗА УБЫТКИ, ПРИЧИНЕННЫЕ ДОЛЖНОСТНЫМИ ЛИЦАМИ ВЪ ОБЛАСТИ ОТНОШЕНІЙ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХЪ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Старыя частно-правовыя теоріи.

§ 1. Древнѣйшая исторія вопроса.

Римское право не устанавливало ответственности за вредъ, причиненный обывателю должностнымъ лицомъ, осуществлявшимъ правительственной власти ¹⁾.

Каноническому праву идея подобной ответственности также чужда ²⁾.

Само собою разумѣется, что въ Средніе Вѣка вопроса объ ответственности казны въ области публично-правовыхъ отношеній тоже не могло возникать ³⁾.

Рецепція римскаго права тоже не могла внести ничего новаго

¹⁾ Цахаріэ, стр. 584—586.—Ленингъ, стр. 24.

²⁾ Цахаріэ, стр. 587.

³⁾ Г. А. Цахаріэ, стр. 587.—Подробныя разсужденія Ленинга, стр. 26—33, относительно того, что въ Средніе Вѣка была чрезвычайно развита ответственность всякаго рода союзовъ и юридическихъ лицъ за своихъ членовъ, какъ намъ кажется, не имѣютъ ровно никакого отношенія къ дѣлу: Ленингъ все время исходитъ изъ того положенія, что государство всегда признавалось юридическимъ лицомъ, и что на государство распространялись тѣ же правила ответственности, какія въ каждую данную эпоху были установлены дѣйствующимъ правомъ для юридическихъ лицъ. Положеніе совершенно произвольное, и какъ мы видѣли, противорѣчащее дѣйствительности даже и для дѣлъ частно-правового характера. Крімъ того, изъ устанавливаемого Ленингомъ факта, что разнаго рода союзы (не государства) отвѣчали за своихъ членовъ передъ третьими лицами, вовсе еще не слѣдуетъ, чтобы государство должно было отвѣчать передъ своими членами.

въ разсматриваемый вопросъ уже по той простой причинѣ, что римское право этого вопроса не касается ¹⁾.

Въ Германіи ни имперское законодательство, ни имперская подсудность государей, столько сдѣлавшая для установленія ответственности государства въ области отношеній частно-правовыхъ, не устанавливали ответственности государства въ области отношеній публичныхъ.

Какъ показалъ Цахаріэ ²⁾, ни одинъ имперскій законъ не устанавливалъ ответственности мѣстныхъ государей, какъ таковыхъ. Что же касается подсудности мѣстныхъ государей имперскимъ судамъ, то хотя эта подсудность распространялась одинаково и на область частного, и на область публичнаго права, но, какъ мы старались показать выше ³⁾, по самому состоянію публичнаго права той эпохи установленіе подсудности въ этой послѣдней области не могло повести ни къ какимъ осязательнымъ практическимъ послѣдствіямъ, ибо по неопредѣленности права юридически обосновать искъ въ публичныхъ дѣлахъ почти никогда не представлялось возможнымъ.

Полицейское абсолютное государство XVII и XVIII вѣка какъ во Франціи, такъ и въ Германіи, вообще говоря, было весьма мало склонно перемониться съ публичными правами своихъ подданныхъ. До сознанія неприкосновенности этихъ правъ тогда еще не дошли. Можно безъ особой натяжки сказать, что эти права тогда, какъ права, еще и не сознавались. Самое большее ограниченіе, на которое шла государственная власть того времени, было признаніе неприкосновенности гражданскихъ правъ обывателей ⁴⁾. Гражданское право было единственнымъ правомъ, которое въ то время дѣйствительно понималось, какъ право; администрація руководилась правилами, которыя разсматривались скорѣе, какъ извѣстныя техническія нормы, имѣвшія задачей цѣлесообразно направить дѣятельность слугъ государя, чѣмъ какъ юридическія правила, устанавливающія извѣстные предѣлы полномочій власти и создающія соотвѣтственныя права обывателей по отношенію къ администраціи ⁵⁾.

Такимъ образомъ, до самаго конца XVIII в. вопроса объ отвѣт-

¹⁾ Если Ленингъ въ своей книгѣ посвящаетъ эпоху рецепціи римскаго права особую (четвертую) главу, то это можетъ быть объяснено только тѣмъ, что у Ленинга, по крайней мѣрѣ въ первой половинѣ его книги, подробная разработка вопроса объ отвѣтственности юридическихъ лицъ замѣняетъ собою отсутствующую разработку вопроса объ отвѣтственности государства.

²⁾ Стр. 587—590.

³⁾ См. стр. 21—24.

⁴⁾ Напр. Bossuet. *Politique tirée de l'Écriture*, Bruxelles. 1710, стр. 107—113.

⁵⁾ О. Майеръ (герм.), томъ I, стр. 47, говоритъ про ту эпоху: „ausserhalb des Civilrechts giebt es kein Recht“, или тамъ же, стр. 45: „...der Polizeistaat wohl ein Civilrecht, Strafrecht und Prozessrecht hat, ein Justizrecht mit einem Worte, aber keine Ordnungen für die Verwaltung, die bindend wären für die Obrigkeit, den Unter-

ственности казны въ отношеніяхъ публично-правовыхъ въ положительномъ правѣ и не возникаетъ.

Но въ сознаніи общества публичное право уже начинаетъ пониматься, какъ право. Административный произволъ вызываетъ противъ себя извѣстную реакцію. Нѣкоторыя ограниченія, устанавливаемые закономъ для полномочій хотя бы низшихъ властей, естественно представлялись, какъ правовыя ограниченія этихъ властей, и нарушеніе этихъ ограниченій рано или поздно должно было начать разсматриваться, какъ правонарушеніе, и съ нимъ должны были начать связывать всѣ послѣдствія правонарушеній, въ томъ числѣ и право потерпѣвшаго требовать возмѣщенія убытковъ.

Отсюда уже не такъ далеко и до возникновенія вопроса не только объ отвѣтственности одного того чиновника, который нарушилъ мое право, и о которомъ неизвѣстно, гдѣ его искать, и съ котораго нечего взять, но и объ отвѣтственности государства, назначившаго этого чиновника и сообщившаго ему тѣ полномочія, благодаря коимъ онъ и могъ причинить мнѣ отыскиваемый мною убытокъ.

Въ юридической литературѣ вопросъ объ отвѣтственности казны начинаетъ разрабатываться въ Германіи съ конца XVII в.

Нѣмецкая юридическая литература, останавливаясь на вопросѣ объ отвѣтственности казны ¹⁾, имѣла въ виду главнымъ образомъ ту отвѣтственность государства, которая создалась въ Германіи на почвѣ имперской подсудности германскихъ государей. Какъ мы видѣли, имперскіе законы, установившіе эту подсудность, вовсе не различали вопросовъ гражданскаго права и вопросовъ права публичнаго, но

thanen gegenüber, kein öffentliches Recht". — „Landesherrliche Verordnungen, по словамъ Bessler (Volksrecht und Juristenrecht. 1843, стр. 54), имѣли скорѣе характеръ „Instructionen für die Beamten, als von förmlich publicirten Gesetzen“.

¹⁾ Изложеніе мнѣній писателей этой эпохи по разсматриваемому вопросу можно найти у Г. А. Цахаріа, стр. 589—615, относительно котораго Ленингъ, стр. 43, вын. 1, замѣчаетъ, что свѣдѣнія, сообщаемыя Цахаріа, во многомъ неточны. Краткое изложеніе мнѣній, высказывавшихся по вопросу объ отвѣтств. государства въ промежутокъ времени отъ конца XVII в. по 1828 г., содержится также у Ленинга (стр. 40—46). Наконецъ, та же Dogmengeschichte нашего вопроса находится у Пилоти, стр. 249 и сл. Однако Пилоти располагаетъ излагаемыми имъ мнѣнія по окончательному выводу, къ которому приходитъ данный писатель, по тому, высказывается ли онъ въ пользу отвѣтственности или безответственности казны, въ пользу субсидіарной ли ея отвѣтственности или въ пользу отвѣтственности въ первую голову; но такъ какъ къ тому же выводу нерѣдко приходятъ, исходя изъ совершенно различныхъ основаній, и наоборотъ, исходя изъ аналогичныхъ основаній нерѣдко приходятъ къ разнымъ выводамъ, то у Пилоти оказываются смѣшанными воедино теоріи, по существу своему самыя разнородныя и относящіяся къ разнымъ эпохамъ. Приемъ изложенія врядъ ли правильный и врядъ ли дающій ясное представленіе о поступательномъ движеніи науки по данному вопросу.

на практикѣ могли привести къ установленію извѣстной твердости и обезпеченности правъ лишь въ области частно-правовой.

Точно такъ же и юридическая литература XVII и XVIII в.в. по вопросу объ отвѣтственности казны повидимому вовсе не отличала дѣлъ публично-правовыхъ отъ дѣлъ чисто гражданскихъ и, говоря объ отвѣтственности государства, имѣла въ виду какъ тѣ, такъ и другія дѣла. Но такъ какъ по самому состоянію законодательства той эпохи, по состоянію тогдашней судебной и административной практики отвѣтственность казны была возможна только по дѣламъ частно-правовымъ, и такъ какъ подыскать ей то или другое юридическое основаніе можно было опять таки только въ гражданскомъ правѣ, то и всѣ разсужденія юристовъ того времени по вопросу объ отвѣтственности казны носятъ насквозь цивилистическій характеръ.

Поэтому всѣ теоріи старыхъ германскихъ писателей, вся ихъ мотивировка, всѣ приводимыя ими основанія къ отвѣтственности или къ неотвѣтственности казны не могутъ имѣть для насъ никакого непосредственнаго теоретическаго или догматическаго интереса.

§ 2. *Теорія, строившая отвѣтственность казны на постановленіяхъ гражданского права объ отвѣтственности за представителя.*

Однако, всѣ эти цивилистическія теоріи слишкомъ еще хорошо помнятся современными германскими писателями; отзвуки ихъ еще очень сильны и у позднѣйшихъ юристовъ, которые какъ будто уже и встали на публично-правовую точку зрѣнія. Поэтому для того, чтобы сознательнѣе отнестись къ позднѣйшимъ теоріямъ, надо по крайней мѣрѣ суммарнымъ образомъ обозрѣть тѣ частно-правовыя основанія отвѣтственности государства, которыя выдвигались старыми юристами, и разобрать ихъ догматическое и практическое значеніе.

Тотъ взглядъ, который былъ положенъ въ основу всѣхъ построеній старыхъ германскихъ писателей, сводится къ тому, что въ должностныхъ лицахъ видѣли повѣренныхъ, за которыхъ довѣритель, государство, или, если точнѣе передавать взглядъ тѣхъ старыхъ юристовъ, государь, обязанъ нести денежную отвѣтственность.

Но германскіе юристы строили свои теоріи примѣнительно къ римскому праву, которое въ вопросѣ о гражданской отвѣтственности исходило изъ личной вины и потому крайне скупо устанавливало эту отвѣтственность за чужія дѣйствія; количество исковъ, основаніемъ которыхъ была вина представителя отвѣтчика, было крайне ограничено, и всѣ эти иски носили довольно казуистическій характеръ.

Это были прежде всего знаменитыя *actio institoria* и *actio exercitoria*, иски изъ договора *mandatum*, иски, которые имѣли своимъ основаніемъ *culpa* со стороны довѣрителя, гл. обр. *culpa in eligendo* и

culpa in inspiciendo, и наконецъ иски къ откупщикамъ налоговъ (publicani) по поводу дѣйствій ихъ людей ¹⁾

Позднѣйшіе нѣмецкіе писатели не знаютъ мѣры своему пренебреженію, когда рассказываютъ, что юристы XVII вѣка исходили изъ гражданско-правовыхъ аналогій и примѣняли къ principes'у постановленія источниковъ, имѣющія въ виду сдѣлки, заключаемыя между частными лицами, при чемъ самое отношеніе государя къ чиновнику рассматривали, какъ гражданскій мандатъ, въ то время какъ „чиновникъ не мандатаръ государя, а органъ публичной власти“ ²⁾; столь же пренебрежительное отношеніе вызываетъ къ себѣ и ссылка на culpa in eligendo: если юридическія лица вообще неделиктоспособны, и вообще не могутъ оказываться виновными въ dolus или culpa, то не могутъ быть и въ состояніи culpa или dolus in eligendo; наконецъ, такъ какъ каждое назначеніе должностного лица совершается другимъ должностнымъ лицомъ или государемъ, т. е. какимъ-либо физическимъ лицомъ или коллегіей лицъ, то вообще можно говорить о culpa in eligendo со стороны этого физическаго лица или избирательной коллегіи, но не со стороны самого государства ³⁾.

Конечно, лица, состоящія на государственной службѣ, не являются мандатарами государя, но за конструцію отвѣтственности казны за чиновниковъ, какъ за отвѣтственность ex mandato нельзя особенно винить старнхъ юристовъ: отношенія должностного лица къ государю въ Германіи въ XVII, въ XVIII вѣкѣ на столько подходятъ къ отношеніямъ, возникающимъ изъ личнаго найма и вообще изъ частно-правовыхъ договоровъ, что публично-правовые элементы государственной службы оставались незамѣченными въ германской наукѣ вплоть до начала XIX вѣка ⁴⁾.

По этому въ XVII вѣкѣ, или въ XVIII примѣненіе постановленій гражданскаго права къ отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ

¹⁾ Цахаріэ, стр. 590—600.—Ленингъ, стр. 40—46.—Клевицъ, стр. 68—71.

²⁾ Цахаріэ, стр. 599—596.—Ленингъ, стр. 40—46, особ. стр. 43.—Пилоти, стр. 267. „Für eine analoge Heranziehung privatrechtlicher Grundsätze fehlt die Voraussetzung der paritas rationis juris. Im Gebiete des Privatrechtes kann eine Verpflichtung zur Auswahl eines tüchtigen Vertreters und daher eine culpa in eligendo Platz greifen. Dagegen besteht weder eine privatrechtliche, noch eine öffentlichrechtliche Pflicht des Herrschers, tüchtige Beamte anzustellen, oder irgend einen Grad von Sorgfalt bei der Anstellung zu beobachten“.—Ср. слова Richelmann'a (изъ Magazin für Hannöverisches Recht, 1852 г., Heft II, стр. 343 и сл.), приводимыя Piloty въ той же статьѣ, нѣсколько выше, стр. 258.

³⁾ Ленингъ, стр. 57, 65, 86, 109—110.—Мишу (1895), стр. 409.

⁴⁾ Публично-правовой характеръ государственной службы былъ выясненъ, или по крайней мѣрѣ рѣшительно положенъ въ основаніе этого понятія впервые Gönner'омъ. Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts. Landshut. 1808 г.

являлось вполне согласнымъ съ господствовавшею конструкціею государственной службы ¹⁾).

Что касается неспособности юридическихъ лицъ совершать деликты и быть въ состояніи *culpa* вообще, и въ состояніи *culpa in eligendo* въ частности, то это соображеніе вовсе не касается старыхъ разсматриваемыхъ нами германскихъ юристовъ: мысли о томъ, что государство есть публично-правовое юридическое лицо, у нихъ не было. Да они собственно объ отвѣтственности государства и не говорятъ: по словамъ Г. А. Цахаріа, ²⁾ *Myler de Ehrenbach*, авторъ первой въ германской литературѣ монографіи о должностныхъ лицахъ ³⁾, ставить себѣ вопросъ, *an princeps territorii de negligentia vel dampno sui officialis teneatur*; *S. Struck* пишетъ ⁴⁾ диссертацию на тему „*de obligatione principis ex facto ministri*“.

У нихъ передъ глазами не государство, какъ юридическое лицо, а государь, лицо физическое, и при томъ не императоръ, *qui legibus solutus est*, а германскій *princeps territorii*, подсудный имперскимъ судамъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ скорѣе должностное лицо Имперіи, чѣмъ „самовластный монархъ“ ⁵⁾. Его *culpa* ничего юридически невозможнаго не представляла. Замѣтимъ къ тому же, что въ то время ученіе о деликтоспособности юридическихъ лицъ являлось почти общепризнаннымъ ⁶⁾.

Наконецъ, надо помнить, что всѣ эти германскіе старые писатели говорили объ отвѣтственности государя и въ области отношеній гражданскихъ, и поэтому огульно обвинять ихъ въ примѣненіи гражданского права къ публичнымъ отношеніямъ во всякомъ случаѣ несправедливо ⁷⁾.

¹⁾ Менѣе всего могли бы упрекать въ частно-правовыхъ аналогіяхъ и въ перенесеніи въ область публичнаго права постановленій права частнаго тѣ современные писатели, которые теперь, когда государственнй, публичный характеръ государственной службы окончательно выясненъ, считаютъ, что въ имущественныхъ дѣлахъ чиновники являются повѣренными государства, и на этомъ основаніи признаютъ отвѣтственность казны за ихъ дѣйствія. Ср. выше-стр. 78—92 и стр. 138—145.

²⁾ Цахаріа, стр. 592.

³⁾ *Hyparchologia seu de officialibus, magistratibus et administris liber singularis*. Stuttgart. 1678. Книги этой въ подлинникъ намъ не удалось видѣть.

⁴⁾ Въ 1682 г. И это есть точка арѣнія, которой держатся не только въ XVII, но и въ серединѣ XIX столѣтія: Карлъ Соломонъ Цахаріа въ 1839 г. представляетъ себѣ отвѣтственность казны за должностныхъ лицъ не какъ отвѣтственность государства, а какъ отвѣтственность государя, *des Staatsherrschers*. *Vierzig Bücher vom Staate*. Томъ I, стр. 99.

⁵⁾ Ср. Цахаріа, стр. 612—613.

⁶⁾ Ленингъ, стр. 54—55.

⁷⁾ Въ частности, что касается *culpa in eligendo*, то примѣненіе ея къ отношеніямъ публично-правовымъ само по себѣ не можетъ разсматриваться, какъ недопустимое распространеніе частно-правовыхъ аналогій: эти старые нѣмецкіе

Такимъ образомъ, цивилистическое пониманіе государственной службы, какъ отношенія найма государемъ, отсутствіе представленія о государствѣ, какъ о юридическомъ лицѣ публичнаго права, смѣшеніе дѣлъ частно-правовыхъ и публичныхъ,—вотъ тѣ отличія въ точкѣ зрѣнія старыхъ нѣмецкихъ юристовъ отъ точекъ зрѣнія, намъ современныхъ, которыя вполнѣ оправдываютъ ихъ стремленіе обосновать отвѣтственность государства на постановленіяхъ гражданскаго права. Но вмѣстѣ съ тѣмъ эти же отличія въ точкахъ зрѣнія дѣлаютъ всѣ выводы и всѣ соображенія старыхъ юристовъ по разсматриваемому вопросу непримѣнимыми къ современнымъ отношеніямъ и къ современному положенію вещей.

Государство XIX вѣка по самому существу своему уже не то государство, которое могли имѣть въ виду юристы XVII вѣка; современные чиновники по существу своему уже не тѣ слуги князя, къ которымъ приурочивали свои построенія старые юристы.

И если кто изъ современныхъ юристовъ, повторяя зады, повторяетъ старыя цивилистическія конструкціи XVII и XVIII вѣка, то это является уже непростительною ошибкою, лишающею всѣ выводы, построенные на такомъ основаніи, всякаго научнаго значенія.

Руководящая точка зрѣнія современнаго права, рѣзко противопологающаго въ вопросахъ объ отвѣтственности казны дѣла частно-правовыя дѣламъ публично-правовымъ, повидимому была подмѣчена въ германской юридической литературѣ лишь въ 1827 г. Зюндгеймомъ ¹⁾ и въ 1828 г. Пфейфферомъ ²⁾.

Пфейфферъ, установившій въ вопросахъ отвѣтственности казны ясное противоположеніе области частно-правовой области публичной, утверждалъ, что для первой изъ нихъ отвѣтственность казны вытекаетъ изъ постановленій гражданскаго права, а относительно второй старался вывести эту отвѣтственность, исходя изъ соображеній государственно-правовыхъ.

Но публично-правовая точка зрѣнія, нашедшая себѣ выраженіе въ этихъ работахъ, далеко не сразу получила общее признаніе. Строго говоря, выставленная Пфейфферомъ публично-правовая теорія, помѣщенная среди другихъ его работъ, по преимуществу относящихся къ гражданскому праву, и небольшая книжка Зюндгейма прошли

писатели основывали свои разсужденія на римскомъ правѣ, а въ немъ отвѣтственность за culpa in eligendo была разработана въ публичномъ правѣ не меньше, чѣмъ и въ частномъ. Ср. напр. постановленія римскаго права по вопросу объ отвѣтственности начальствующихъ должностныхъ лицъ за ихъ подчиненныхъ, приведенныя у Ленинга, стр. 24—25.

¹⁾ Sündheim. Ueber Schadensstiftung durch Staatsbeamte und die Haftverbindlichkeit des Staates dafür. Giessen. 1827.

²⁾ Burhard Wilhelm Pfeiffer. Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Hannover. Томъ II. 1828. Стр. 361 и сл.—О немъ см. O. Bähg. Der Rechtsstaat. 1864. Стр. 150—151.

какъ то мало замѣченными въ германской литературѣ государственнаго права ¹⁾, и въ ней еще нѣкоторое время продолжала господствовать прежняя, чисто цивилистическая трактовка вопроса объ отвѣтственности казны по дѣламъ публично-правовымъ ²⁾.

Изъ этихъ частно-правовыхъ конструкцій отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ дольше всего держалась, пожалуй даже и по сейчасъ имѣетъ своихъ сторонниковъ конструкція отвѣтственности казны за чиновниковъ, какъ отвѣтственности государства за его culpa in eligendo или in inspiciendo.

Но такая конструкція была бы возможна, если бы назначеніе чиновниковъ и надзоръ за ихъ дѣятельностью осуществлялись непосредственно самимъ государствомъ ³⁾. Въ патримональномъ государствѣ, гдѣ единственнымъ субъектомъ власти былъ самъ государь, и государство было лишь объектомъ этой власти, такое пониманіе могло бы еще быть допущено. Но къ современному государству оно непримѣнимо. Про современное государство уже нельзя сказать, чтобы назначеніе чиновниковъ и надзоръ за ними производились самимъ государствомъ, хотя бы и воплощеннымъ въ монархѣ. Кое-гдѣ монарха

¹⁾ Цахаріэ, стр. 604, вып. 2.

²⁾ Относительно юристовъ сравнительно позднѣйшаго времени, по просту продолжавшихъ разсматривать вопросъ объ отвѣтственности государства съ чисто гражданской точки зрѣнія, см. Г. А. Цахаріэ, выноска 2 на стр. 604, и Пилоти, стр. 249—254. — На гражданской точкѣ зрѣнія стоитъ также Bluntschli въ докладѣ VI съѣзду германскихъ юристовъ. Verhandlungen des VI. Juristentags. Томъ I, стр. 42—46. Онъ хотя и признаетъ, что отношенія между современнымъ государствомъ и его чиновниками не суть отношенія частно-правовыя, и называетъ эти отношенія публично-правовымъ мандатомъ, но такъ какъ въ законодательствѣ нѣтъ никакихъ указаній по вопросу объ отвѣтственности сторонъ этого юридическаго отношенія другъ за друга, то Блюнчли и ограничивается тѣмъ, что примѣняетъ къ нему постановленія гражданского права о гражданскомъ мандатѣ; такимъ образомъ Блюнчли пришелъ къ отрицанію отвѣтственности казны за чиновниковъ въ области публичныхъ отношеній на основаніи началъ гражданского права, допуская эту отвѣтственность лишь wenn die Staatsgewalt selber sich verschuldet hätte durch die Anstellung einer offenbar unwürdigen oder untauglicher Person, т. е. въ случаѣ culpa in eligendo со стороны самой государственной власти. Ср. также Heffter. Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. 1829, стр. 162. Казна отвѣчаетъ, по скольку чиновники дѣйствуютъ въ предѣлахъ порученія, или если со стороны государства есть culpa in eligendo или in custodiendo.—Budden въ словарѣ Weiske (томъ I изд. 1844 г., стр. 231 и сл.) и Zöpfel. Grundzüge des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, томъ II 1866 г. Стр. 793—795, выводили отвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ изъ постановленій римскаго права объ actio institoria.—Ср. также Клевицъ, стр. 72, вын. 2 и 3.

³⁾ Относительно этого, созданнаго глоссаторами противоположенія universitas ipsa и universitas repraesentata per alios, см. Gierke. Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887, стр. 616 и указанная тамъ (выноска 2) мѣста въ Das deutsche Genossenschaftsrecht.

и вовсе нѣтъ, но и тамъ, гдѣ онъ есть, назначеніе на должности и надзоръ за дѣйствіями чиновниковъ осуществляются не однимъ монархомъ, но и другими органами государства. Такимъ образомъ отрицаніе того, чтобы вина чиновника непосредственно могла обязывать государство возмѣстить причиненный имъ убытокъ, и на ряду съ этимъ стремленіе обосновать отвѣтственность казны за чиновниковъ отвѣтственностью государства за culpa in eligendo или inspiciendo на дѣлѣ сводится къ тому, что вина одного органа государства, такого, за который казна не отвѣчаетъ, замѣняется виною другого. За вину (реальную) исправника казна отвѣчать не можетъ: она можетъ отвѣчать только за culpa in eligendo, т. е. за вину губернатора, этого исправника назначившаго и за нимъ недосмотрѣвшаго. Если убытки причинены дѣйствіями губернатора, то согласно этой теоріи, казна, отвѣчавшая за губернатора, когда провинился исправникъ, уже отвѣчать не можетъ, а можетъ отвѣчать только за то, что въ винѣ губернатора сказалась вина тѣхъ, кто его назначилъ и за нимъ не досмотрѣлъ ¹⁾.

Несообразность явная.

Ученіе о томъ, что отвѣтственность казны можетъ основываться на винѣ самого государства, будь то хотя бы и culpa in eligendo или inspiciendo, наталкивается и на то возраженіе, что современное государство признается стоящимъ надъ правомъ, оно не можетъ совершать ни уголовныхъ, ни гражданскихъ правонарушеній. Быть въ состояніи какой бы то ни было culpa оно по современнымъ взглядамъ не можетъ.

Поэтому попытки обосновать отвѣтственность казны на винѣ государства, на его culpa in eligendo, въ дѣйствительности въ настоящее время никого не могутъ убѣдить въ томъ, чтобы казна въ какомъ бы то ни было случаѣ должна была отвѣчать за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ.

¹⁾ Въ основѣ этого взгляда лежитъ та наивная, но распространенная мысль что государству очевидно нѣтъ резона нести отвѣтственность за дѣйствія низшихъ чиновниковъ, каково нибудь становаго, но что за министра отчего и не отвѣтить, ибо дѣйствія министра суть дѣйствія какъ будто государства. Взглядъ этотъ отразился и на нѣкоторыхъ законахъ первой половины прошлаго вѣка. Такъ напр. Саксенъ-Альтенбургскій законъ 18 Апр. 1831 г. постановляетъ, что искъ къ казнѣ объ убыкахъ разрѣшается въ тѣхъ случаяхъ, wenn der Beamte die Rechtsverletzung innerhalb seiner Amtsbefugnisse bewirkt und die Oberbehörde nicht alsbald auf Aufrufen des Bethelligten annerkannt hat, dass eine Ueberschreitung der Dienstbefugnisse stattgefunden hat.—Ср. по поводу прежнихъ (до 1899 г.) законовъ объ отвѣтственности казны въ Баваріи и въ Пфальцѣ, Штенгель, стр. 486:—въ Баваріи казна отвѣчала только за culpa in eligendo или inspiciendo, а въ Пфальцѣ—если чиновникъ дѣйствовалъ согласно указаніямъ своего начальства.

§ 3. Теорія, выводящая ответственность казны изъ страхового договора.

Въ послѣднее время пользовалась успѣхомъ, или по крайней мѣрѣ останавливала на себѣ вниманіе многихъ писателей новая попытка обосновать отвѣтственность казны на началахъ гражданскаго права. Нѣкоторые писатели стремились вывести юридическую обязанность казны отвѣчать за чиновниковъ изъ страхового договора ¹⁾.

Страховыя преміи, уплата которыхъ требуется самымъ существомъ страхового договора, сторонниками этого мнѣнія предполагаются включенными въ общую сумму налоговъ, уплачиваемыхъ каждымъ обывателемъ ²⁾.

Эта теорія вызываетъ главнымъ образомъ то возраженіе, что подобное страхованіе не установлено никакимъ закономъ и не есть что либо такое, что само по себѣ вытекаетъ изъ самого существа государства. На это главный представитель разсматриваемой точки зрѣнія, Оріу, отвѣчалъ, что дѣло обстоитъ на практикѣ именно такъ, „какъ если бы государство, въ качествѣ юридическаго лица, создавало взаимное страхованіе управляемыхъ отъ административныхъ рисковъ“ ¹⁾. На то, что вознагражденіе, въ тѣхъ случаяхъ, когда госу-

¹⁾ Болѣе подробное изложеніе этой теоріи см. у прив.-доц. Гагена въ статьѣ „Къ вопросу объ отвѣтственности государства за дѣйствія должностныхъ лицъ“. Вѣстникъ Права. 1903 г. Октябрь, стр. 27—29.

²⁾ М. Наугіоу. Статя въ Revue de droit public. 1896 г. II стр. 50—64; а также третье изданіе его Précis de droit public. Ср. цитированную выше (предыдущая выноска) статью В. Гагена, стр. 22, выноска I.— На той же точкѣ зрѣнія стоятъ мотивы къ австрійскому закону, изложенные А. Клевитцъ въ статьѣ Die Entschädigungspflicht des Staates bei unschuldig erlittener Strafhaft im Lichte der neuesten österreichischen Rechtsentwicklung, Archiv für öffentliches Recht, 1892 (томъ VII), стр. 317. Самъ Клевитцъ по поводу отвѣтственности казны говоритъ: „ob freilich der Gesichtspunkt der Assecuranz in dem vorliegenden Verhältniss überhaupt seine innere Rechtfertigung findet, ist eine andere Frage, und zwar eine solche, die sich nach der Meinung des Verfassers schwerlich bejahen lässt“ (стр. 318). По какимъ соображеніямъ г. Гагенъ (названная статья, стр. 6, выноска) находитъ, что „въ этой статьѣ особенно защищается удобопримѣнимость идеи страхованія къ отвѣтственности государства“, намъ не совсемъ ясно.—Изъ аналогичнаго предположенія „d'une sorte d'assurance mutuelle entre les habitants“ исходили и французскія законодательныя собранія при обсужденіи тѣхъ статей закона 5 апр. 1884 г., которыя говорятъ объ отвѣтственности общинъ за убытки, причиненные народными скопищами. Ср. Вель-Дюранъ. Стр. 101.

³⁾ М. Наугіоу, цитированная выше (стр. 191 выноска 2) статья, стр. 50. По его словамъ дѣло обстоитъ такъ, „comme si l'Etat, en sa qualité de personne morale gérait une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs“. Дальнѣйшее развитіе той же мысли на стр. 56—57 той же статьи. Это возраженіе противъ приведеннаго въ текстѣ довода повидимому не кажется очень убѣдительнымъ; по крайней мѣрѣ этотъ доводъ все еще продолжаетъ приводиться противниками теоріи страхованія, какъ юридическаго основанія отвѣтственности казны. Ср. напр. Роже. Стр. 113.

дарство признается обязаннымъ его уплачивать, выдается не только своимъ подданнымъ, но и иностранцамъ, Оріу возражаетъ, что и иностранцы, платя налоги, выплачиваютъ и страховую премію ¹⁾).

Эта точка зрѣнія по нашему мнѣнію ни въ коемъ случаѣ принята быть не можетъ. Прежде всего подобнаго страхового договора на дѣлѣ не заключается. Онъ никакимъ закономъ нигдѣ не установленъ. Но это конечно была бы не бѣда для этой теоріи, еслибы дѣйствительно на практикѣ дѣло обстояло такъ, какъ будто этотъ договоръ заключенъ. Оріу это и утверждаетъ. Но утверженіе это явно неправильно. Главный доводъ Оріу— это, что во Франціи казна отвѣчаетъ въ случаяхъ неосторожной и вообще незначительной вины чиновника, и возлагаетъ имущественную отвѣтственность на него самого въ случаѣ совершенія имъ какого-либо должностнаго преступленія ²⁾. Но это доводъ противъ разсматриваемой теоріи, а не въ пользу ея. Если я страхуюсь отъ кораблекрушенія, отъ пожара, то для отвѣтственности страховщика совершенно безразлично, наступило ли данное несчастіе по чьей-либо неосторожности или вслѣдствіе чьего-либо преступленія. Затѣмъ, существеннымъ моментомъ для наличности обязанности страховщика является уплата страховой преміи. Между тѣмъ, если въ данномъ государствѣ допускается отвѣтственность казны за чиновниковъ передъ иностранцами ³⁾, то, насколько намъ извѣстно, при разсмотрѣніи ихъ права на вознагражденіе ни разу не ставился вопросъ, успѣлъ ли данный иностранецъ что-либо уплатить въ видѣ налога или не успѣлъ. Наконецъ, по общему правилу невзносъ въ назначенный срокъ страховой преміи освобождаетъ страховщика отъ обязанности уплатить вознагражденіе, если несчастіе наступило во время просрочки. По отношенію къ недоимщикамъ нигдѣ не установлено никакихъ изъятій изъ общихъ правилъ отвѣтственности казны ⁴⁾).

¹⁾ Та же статья, стр. 57—58.

²⁾ Названная статья, стр. 64.

³⁾ См. по этому поводу ниже, главу объ отвѣтственности казны передъ иностранцами.

⁴⁾ Не лишено также значенія и слѣдующее соображеніе Ленинга (стр. 131, вын. I): разбирая замѣчаніе Дернбурга (*Preussisches Privatrecht*, изд. 1894 г. стр. 479, вын. I), находившаго аналогію между отвѣтственностью казны за дѣйствія чиновъ ипотечныхъ учрежденій и страхованіемъ (*gewissermassen eine vom Fiskus übernommene Versicherung*) и усматривавшаго дальнѣйшую аналогію между взимаемыми пошлинами и страховыми преміями, Ленингъ говоритъ, что еслибы это было дѣйствительно такъ, то во первыхъ казна отвѣчала бы передъ частными лицами только въ размѣрѣ пошлинъ, уплоченныхъ ипотечнымъ отдѣленіямъ, а не всѣмъ своимъ имуществомъ, а во вторыхъ, еслибы въ пошлинахъ заключалась страховая премія, то отвѣтственность казны существовала бы во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда казна занимаетъ казія либо пошлины, а не исключительно въ дѣлахъ ипотечныхъ, какъ это установлено прусскимъ закономъ.

Несоотвѣтствіе началъ отвѣтственности казны началамъ страхового договора естественно: страховой договоръ есть возмездный договоръ, преслѣдующій имущественныя выгоды двухъ сторонъ. Отвѣтственность государства за чиновниковъ не имѣетъ въ виду „интересной прибыли“ самой казны. Сущность, цѣль возникающихъ отношеній совершенно иныя. Не удивительно, что и юридическая конструкция одного отношенія оказывается непримѣнимой къ другому. Эта теорія опять-таки представляетъ недопустимое примѣненіе частно-правовой конструкции къ отношенію публично-правовому.

Наконецъ, еслибы въ уплатѣ налоговъ можно было видѣть уплату страховой преміи, обязывающей государство возмѣщать обывателямъ тѣ убытки, которые имъ причиняютъ органы государства, эти налоги взимающаго, то эта отвѣтственность уже существовала бы, и нечего было бы отыскивать какое то основаніе для ея установленія. Въдь если до сегодняшняго дня при существующихъ налогахъ казна не признаетъ своей обязанности возмѣщать убытки, и слѣдовательно не усматриваетъ того, чтобы въ этихъ налогахъ заключалась еще и какая то страховая премія, то какъ же доказать, что эта премія уже тамъ заключена? Никакой математической выкладки, которою можно было бы это установить, на сколько намъ извѣстно, до сихъ поръ ни-къмъ не предложено ¹⁾.

¹⁾ Въ послѣднее время самъ Оріу повидимому отказался отъ этой теоріи. По крайней мѣрѣ въ послѣднемъ, пятомъ изданіи своего курса, онъ хотя и упоминаетъ о страхованіи, какъ объ основаніи для отвѣтственности казны (стр. 246), но скорѣе въ качествѣ сравненія. Въ этомъ изданіи курса теорія страхованія уступаетъ мѣсто теоріи административнаго риска.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Необходимость публично-правовой точки зрѣнія.

Цѣлый рядъ писателей, признающихъ отвѣтственность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ, старается вывести эту отвѣтственность изъ общихъ началъ гражданскаго права. По ихъ мнѣнью, всякая отвѣтственность за вредъ и убытки есть отвѣтственность гражданская. Подробно останавливается на этомъ вопросѣ О. Гирке. Онъ говоритъ, что въ случаѣ причиненія кому либо убытковъ неправильнымъ примѣненіемъ полномочій публичной власти вовсе не возникаетъ какой то своеобразной публично-правовой отвѣтственности. Наоборотъ, эта отвѣтственность обуславливается началами гражданскаго права, которыя, пока не установлено противнаго, примѣняются и къ государству. Отвѣтственность возникаетъ вслѣдствіе неправомѣрнаго нарушенія гражданскихъ интересовъ, и лишь поскольку частно-правовой сферѣ нанесенъ вредъ дѣйствиємъ или упущеніемъ, нарушающимъ публичное право. И никто до сихъ поръ не сомнѣвался въ гражданско-правовой природѣ иска къ чиновнику о вознагражденіи за причиненный имъ вредъ. Очевидно, что то же самое основаніе имѣетъ и искъ къ государству, который возникаетъ изъ тѣхъ же самыхъ дѣйствій чиновника ¹⁾.

¹⁾ Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887. Стр. 794—796. При причиненіи убытковъ неправильнымъ употребленіемъ полномочій власти, „handelt es sich keineswegs, wie neuerdings oft behauptet wird, um eine eigenartige „Haftung nach öffentlichem Recht“. Vielmehr ergibt sich diese Haftung aus den im Zweifel auch auf die Gemeinwesen anwendbaren Grundsätzen des Privatrechts. Sie tritt ja eben wegen der rechtswidrigen Verletzung von Privatinteressen und nur insoweit ein, als durch eine zwar dem öffentlichen Leben angehörige, jedoch dem öffentlichen Recht widersprechende Handlung oder Unterlassung eine Privatrechtssphäre geschädigt ist. In der That ist bisher niemals die civilrechtliche Natur der Ersatzklage, welche in solchen Fällen gegen den schuldigen Beamten gegeben wird, in Zweifel gezogen worden. Offenbar aber beruht die gleichzeitig begründete Ersatzklage gegen das vom Beamten dargestellte Gemeinwesen auf einem identischen rechtlichen Fundament. Mit vollem Recht hat daher die gemeinrechtliche Praxis den durch Amtsvergehen öffentlicher Organe Geschädigten die gewöhnliche aquilische Klage gegen den Staat oder die Gemeinde gewährt“. Эта послѣдняя ссылка на практику судовъ, примѣнявшихъ общее, римское, право, не подкрѣпленная у Гирке указаніями на

Эти соображенія Гирке представляются намъ мало убѣдительными ¹⁾. Исходный пунктъ ихъ, что въ случаѣ сомнѣннй, im Zweifel, къ государству примѣняются нормы частнаго права, совершенно произвольны. Если бы это положеніе было правильно, то вопроса объ отвѣтственности казны не существовало бы, и во всякомъ случаѣ не могла бы съ покоемъ вѣка почти повсемѣстно существовать безотвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ на ряду съ отвѣтственностью ея по дѣламъ фиска. Но, и независимо отъ того, какъ можно къ государству, Gemeinwesen, въ случаѣ сомнѣннй примѣнять положенія граж-

какія бы то ни было рѣшенія и потому не допускающая провѣрки, представляется крайне странной, ибо она противорѣчитъ тому положенію, которое до сихъ поръ не подвергалось сомнѣнію, а именно, что за нѣкоторыми, немногими исключеніями, на которыхъ мы остановимся ниже, германская судебная практика не признавала отвѣтственности казны за чиновниковъ въ дѣлахъ публично-правовыхъ.

¹⁾ Какъ кажется, они и въ германской литературѣ не нашли себѣ отклика. Лишь вѣрный послѣдователь Гирке, Гуго Прейссъ повидимому вполнѣ къ нимъ присоединился. Hugo Preuss. Das städtische Amtsrecht in Preussen. 1902. Стр. 480—481. Аналогичную мысль о гражданскомъ, частно-правовомъ характерѣ отвѣтственности, возникающей на почвѣ отношеній публично-правовыхъ, высказывалъ П и л о т и, стр. 245—271. По его мнѣнію, установленіе частно-правовыхъ послѣдствій, вытекающихъ изъ отношеній публичныхъ, равно какъ и изъ отношеній нравственныхъ и отношеній подчиненности дѣтей и родителей или супруговъ между собою, является задачею гражданского права (стр. 260). Но ссылка на задачу гражданского права устанавливать гражданскія послѣдствія нравственныхъ или начальственныхъ отношеній супруговъ и родителей бездоказательна потому, что нравственный характеръ отношеній самъ по себѣ ничего не говоритъ ни въ пользу того, что они могутъ разсматриваться именно гражданскимъ правомъ, ни противъ того, а начальственный характеръ отношеній супруговъ между собою уже потому не исключаетъ возможности примѣненія гражданского права, что сама эта начальственность есть институтъ гражданского, а не какого иного права. Утвержденіе же, что имущественныя послѣдствія отношеній публичныхъ составляютъ предметъ частнаго права,—заключаетъ въ себѣ petitio principii, ибо предполагаетъ доказаннымъ, что всякая денежная отвѣтственность есть непременно вопросъ и институтъ частнаго права. Ср. напр. денежные взыскаціи, полагаемая за нарушеніе Уставовъ Казеннаго Управленія. Не смотря на то, что они имѣютъ характеръ вознагражденія казны за ея убытки, эти штрафы отнюдь не носятъ характера гражданскихъ взысканій.

П и л о т и, становясь на гражданскую точку зрѣннй и допуская только отвѣтственность за вину или отвѣтственность, принятую на себя по договору (стр. 270), не допускаетъ отвѣтственности казны за чиновниковъ въ дѣлахъ публично-правовыхъ (ибо вина лежитъ не на государствѣ, а на чиновникахъ, и закона, который переносилъ бы отвѣтственность на государство, не существуетъ—стр. 270—271), допуская при этомъ отвѣтственность ея въ дѣлахъ частно-правовыхъ. (стр. 246).

Частно-правовой характеръ обязанности казны возмѣстить убытки и въ томъ случаѣ, если они причинены публичными дѣйствіями, признаютъ, безъ подробной мотивировки, повидимому для обоснованія гражданской подсудности этихъ дѣлъ, Linskelmann und Fleck. Das Hannoverische Privatrecht. 1903. Стр. 127, 128.

данскаго права? ¹⁾ Какъ можно напр. вопросы о взаимныхъ отношеніяхъ губернатора и земства, оставленные неразрѣшенными Положеніемъ о Земскихъ Учрежденіяхъ, разрѣшать на основаніи принциповъ гражданскаго права? Это обратило бы отношенія губернатора къ земству изъ публичныхъ въ частно-правовыя, т. е. исказило бы самую природу этихъ отношеній и повело бы къ неразрѣшимымъ противорѣчіямъ.

Гражданскій или публичный характеръ даннаго правоотношенія, необходимость разрѣшенія его на основаніи Положенія о Земскихъ Учр. или на основаніи Законовъ Гражданскихъ обусловливаются самою природою этого отношенія и не зависятъ отъ того, возникло ли у кого нибудь резонное или нерезонное сомнѣніе, Zweifel.

Въ доказательство гражданскаго характера требованій къ государству о возмѣщеніи имъ вреда, причиненнаго должностными лицами, I е л л и н е к ъ указываетъ на то, что „если положительное право предоставляетъ обывателямъ право требовать вознагражденія отъ государства за убытки, причиненные дѣйствіями или упущеніями его чиновниковъ, несогласными съ долгомъ службы, то требованіе это потому носить гражданскій характеръ, что государство отвѣчаетъ не за вмѣняемое ему дѣйствіе его органа, но за проступокъ носителя государственнаго органа, т. е. въ такомъ случаѣ государство отвѣчаетъ за самостоятельное лицо“ ²⁾.

Это разсужденіе было бы правильно, еслибы чиновникъ, посколькѣ онъ совершилъ какое либо неправильное дѣйствіе, былъ частнымъ лицомъ и переставалъ разсматриваться, какъ органъ государства.

Но взгляды этотъ допущенъ быть не можетъ ³⁾, и, что въ данномъ случаѣ страннѣе всего, онъ не допускается и самимъ I е л л и н е к о м ъ.

Еще по поводу того, что называется не „неправильными дѣй-

¹⁾ Нельзя отрицать того факта, что сравнительно менѣ разработанное публичное право на дѣлѣ нерѣдко восполняется чужеродными ему нормами гражданскаго права. Практически такимъ образомъ иногда получается какое ни есть разрѣшеніе вопроса, иначе на законной почвѣ, быть можетъ, неразрѣшимаго. Но для дальнѣйшей разработки публичнаго права, для разработки, вѣрной его основнымъ началамъ, такія позаимствованія изъ чужой области могутъ быть очень вредны, и потому сочувствовать имъ трудно. Надо впрочемъ отмѣтить, что самъ же Гирке въ свое время блестяще возставалъ противъ внесенія Л а б а н д о м ъ въ государственное право частно-правовыхъ конструкций и взглядовъ. Laband's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Schmoller's Jahrbücher. 1883.

²⁾ I е л л и н е к ъ, стр. 233.—Ту же мысль, но болѣе прямолинейно высказываетъ В о г н а к. Preussisches Staatsrecht. Томъ II, 1889; стр. 47.

³⁾ Почему именно, на этомъ вопросѣ мы подробнѣе остановимся ниже, стр. 220 и слѣд.

ствіями“, а нарушеніємъ чиновникомъ предѣловъ вѣдомства, можно спорить, остается ли чиновникъ, совершающій ихъ, органомъ государства, или не остается. Но и по поводу этихъ дѣйствій, нарушающихъ предѣлы вѣдомства, Іеллинекъ самъ на страницѣ, предшествующей той, съ которой позаимствована приведенная выше выдержка, говоритъ: „если говорить строго юридически, то органъ, дѣйствующій съ нарушеніемъ предѣловъ своей компетенціи, вовсе не долженъ разсматриваться, какъ органъ государства. Но этотъ взглядъ строго проводимъ быть не можетъ“¹⁾.

И конечно, если государство принимаетъ на себя отвѣтственность за убытки, причиненные неправильными или преступными дѣйствіями того или другого чиновника, то принимаетъ эту отвѣтственность именно въ виду отношеній, существующихъ между нимъ и чиновникомъ, какъ органомъ государства.

Вѣдь не за cadaго же прохожаго государство станетъ принимать на себя отвѣтственность.

Отношеніе, существующее между государствомъ и чиновникомъ, какъ его органомъ, т. е. отношеніе, являющееся основаніемъ отвѣтственности, носитъ явный и несомнѣнный публичный характеръ. А разъ такимъ образомъ эта отвѣтственность имѣетъ публично-правовое основаніе, то нельзя говорить, что она есть отношеніе частнаго права.

Сторонники того взгляда, что требованія къ казнѣ о возмѣщеніи вреда, причиненнаго неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, носятъ гражданскій характеръ, повидимому придаютъ наибольшее значеніе тому соображенію, что отвѣтственность казны, хотя бы и по поводу отношеній публично-правовыхъ, возможна только въ случаѣ нарушенія гражданскихъ интересовъ и гражданско-правовой сферы потерпѣвшаго.

Дѣйствительно, нормальнымъ видомъ причиненія убытка является лишеніе человѣка какого либо имущества, а каждымъ своимъ имуществомъ человѣкъ владѣетъ, какъ частно-правовою собственностью.

И на какомъ бы основаніи человѣка незаконно ни лишили его рубля,—гражданскимъ ли путемъ, путемъ ли преступленія или путемъ неправильнаго примѣненія полномочій публичной власти,—во всякомъ случаѣ этотъ человѣкъ будетъ имѣть къ своему контрагенту, къ обокравшему его вору или къ должностному лицу гражданскій искъ. Все это наталкиваетъ на тотъ выводъ, что требованіе о вознагражденіи за вредъ и убытки всегда носитъ гражданскій характеръ²⁾.

Однако такой выводъ былъ бы невѣренъ.

¹⁾ Іеллинекъ, стр. 232.

²⁾ Аналогичныя соображенія натолкнули Клевица на сомнѣнія (окончательно имъ не разрѣшаемыя) въ публично-правовомъ характерѣ требованій къ государству о вознагражденіи за вредъ, причиненный неправильнымъ осуществленіемъ публичной власти. Клевицъ, стр. 89.

Тотъ фактъ, что искъ объ убыткахъ, причиненныхъ уголовнымъ преступленіемъ, или искъ къ должностному лицу объ убыткахъ, причиненныхъ его неправильными дѣйствіями по службѣ, предъявляются въ гражданскомъ судѣ, отнюдь не можетъ служить доказательствомъ частно-правовой природы юридическаго основанія даннаго спора: по тѣмъ или другимъ соображеніямъ цѣлесообразности гражданскимъ судамъ сплошь да рядомъ предоставляются на разсмотрѣніе дѣла публично-правовыя ¹⁾.

Именно въ виду этого послѣдняго соображенія, на основаніи одной гражданской ²⁾ подсудности того или другого иска нельзя окончательно разрѣшать вопросъ, какое правоотношеніе лежитъ въ его основѣ, публичное или гражданское.

Для разрѣшенія этого вопроса необходимо проанализировать само данное правоотношеніе.

Можно даже признать, что всякое вообще опредѣленіе размѣра убытковъ есть вопросъ гражданскаго права, ибо тутъ устанавливается размѣръ имущественнаго ущерба. Но это не предрѣшаетъ вопроса о частно-правовомъ характерѣ этихъ дѣлъ. Въ нихъ надо строго различать два вопроса: вопросъ о наличности неправильныхъ дѣйствій, и вопросъ о размѣрѣ причиненнаго ими ущерба. Не сама по себѣ наличность имущественнаго минуса создаетъ право на вознагражденіе, а именно противозаконность причиненія этого минуса.

Пусть размѣръ убытковъ есть вопросъ гражданскій,—это вопросъ второй. Существо дѣла, это вопросъ о правильности или неправильности должностныхъ дѣйствій, а это вопросъ права публичнаго.

Возьмемъ, какъ болѣе ясный, такой случай, когда убытокъ со-

¹⁾ См. напр. постановленія о взысканіи пошлины съ безмяднаго перехода имущества. Уст. пошл. над. 1893 ст. 166. Во французскомъ правѣ такихъ *matières déclassées* особенно много. См. Лаферриеръ, томъ I, стр. 690—708.

²⁾ Замѣтимъ, что для Россіи врядъ ли было бы справедливо утверждать, чтобы подсудность исковъ къ должностнымъ лицамъ была чисто-гражданскою: дѣла эти на основаніи статей 1320, 1321 и 1322 Уст. Гр. Суд. разсматриваются въ особыхъ присутствіяхъ смѣшаннаго состава, куда помимо судей входятъ также и должностныя лица административнаго вѣдомства. Самое существенное, это что основаніемъ этихъ исковъ является, какъ мы увидимъ ниже, не гражданскій законъ, не ст. 684 Зак. Гражд., а специальная норма публичнаго права, статья 1316 Уст. Гр. Суд.

По отношенію же къ нѣкоторымъ государствамъ это соображеніе Г и р к е совершенно падаетъ. Напр. въ Австрію до сихъ поръ сохранилъ силу *Hofdekret* 14 Марта 1806 г. (J. G. S. № 758), согласно которому предъявленіе въ судебныхъ мѣстахъ исковъ къ чиновникамъ по поводу ихъ должностныхъ дѣйствій вовсе запрещено, и съ просьбою о вознагражденіи слѣдуетъ обращаться въ административномъ порядкѣ къ начальству виновнаго должностнаго лица. (Ср. рѣшеніе *des obersten Gerichtshofes* 31 Янв. 1879.—*Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des K.-K. obersten Gerichtshofes*. Изданіе Z. Pfaff, J. v. Scheu und Krupsky. Томъ XXXIV № 496 (стр. 80—82).

стоитъ въ *lucrum cessans*, въ томъ, что я не допущаю мнѣ слѣдующаго. На это слѣдующее я могу имѣть разнаго рода права, и чисто гражданскія, и чисто публичныя. Это можетъ быть долгомъ по какой-либо гражданской сдѣлкѣ; можетъ быть и суммою, ко мнѣ поступить долженствующею, напр. въ видѣ жалованія, выслуженнаго на государственной службѣ. И такого рода неправильное или незаконное дѣйствіе, которое лишило бы меня возможности получить одну изъ этихъ суммъ и вмѣстѣ съ тѣмъ являлось бы одною изъ составныхъ частей процедуры по выдачѣ мнѣ той или другой изъ этихъ суммъ, носило бы въ первомъ случаѣ характеръ нарушенія моего гражданского права, а во второмъ—публичнаго права. И признаніе за мною права на полученіе данной суммы въ первомъ случаѣ зависѣло бы отъ разрѣшенія вопроса гражданского права, а во второмъ отъ разрѣшенія вопроса права публичнаго ¹⁾).

И вопросъ о публичномъ или гражданскомъ характерѣ дѣлъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильнымъ примѣненіемъ полномочій власти, не есть только споръ о словахъ.

Нормы гражданского права не носятъ характера абсолютныхъ положеній, равно пригодныхъ для всѣхъ временъ, для всѣхъ отношеній, какова бы ни была ихъ бытовая жизненная основа ²⁾.

¹⁾ Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, стр. 795, вын. 2, говорить, что еслибы отношеніе, существующее между государствомъ и чиновникомъ, могло отражаться и на юридической природѣ иска къ казнѣ по поводу дѣйствій этого чиновника, то и искъ къ казнѣ по поводу убытковъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями чиновниковъ при заключеніи или исполненіи договоровъ, тоже должны были бы имѣть публично-правовую природу, такъ какъ и при заключеніи гражданскихъ сдѣлокъ отъ имени казны чиновникъ все-таки не является частнымъ повѣреннымъ казны, но органомъ государства. Это соображеніе не вѣрно. Не вѣрно во первыхъ потому, что для опредѣленія юридической природы моего требованія къ государству существенно не столько отношеніе между государствомъ и чиновникомъ, сколько отношеніе между государствомъ и мною. Во вторыхъ, и въ этомъ суть вопроса, и договорныя отношенія съ казною, вообще всѣ отношенія фиска по существу своему могли бы разсматриваться, какъ отношенія публично-правовыя, и лишь практическая потребность государства принимать участіе въ гражданскомъ оборотѣ на правахъ и на условіяхъ частнаго лица заставляеть нѣкоторыя государства отступать отъ строгой послѣдовательности и по возможности во всѣхъ подробностяхъ, которыя могутъ имѣть практическое значеніе для контрагентовъ казны, регулировать свои отношенія съ ними нормами общаго, гражданского права. Ср. выше, стр. 78—92 и 180—181.

²⁾ Это положеніе въ настоящее время врядъ ли подлежитъ спору, хотя оно долго и не высказывалось. Причина, почему общія положенія, выработанныя для гражданского права и на почвѣ гражданского права разсматривались какъ абсолютныя юридическія положенія, безусловно примѣнимыя и къ области отношеній публичныхъ, заключается въ своеобразной постановкѣ юридическаго образованія въ университетахъ Германіи и Франціи. Въ Германіи въ основу юридическаго образованія было положено римское право, и именно гражданское римское право. Во Франціи этотъ характеръ первоосновы юридическаго обра-

Нормы эти устанавливаются и выработаны въ виду извѣстныхъ потребностей и условій гражданского оборота; онѣ имѣютъ своими предпосылками существо и весь складъ взаимныхъ отношеній отдѣльныхъ лицъ въ ихъ, главнымъ образомъ, имущественныхъ сдѣлкахъ¹⁾. Тою цѣлью, которая вообще есть одинъ изъ могущественныхъ факторовъ въ дѣлѣ созданія права, въ гражданскомъ правѣ является организація взаимныхъ отношеній обывателей между собою, какими эти отношенія даются установившимися экономическими и нравственными условіями жизни.

Что не менѣе существенно, въ каждой данной области права отдѣльныя постановленія не стоятъ обособленно другъ отъ друга: они образуютъ извѣстную систему, въ которой части, другъ съ другомъ соприкасающіяся, должны быть другъ съ другомъ согласованы и сообразованы. Каждое отношеніе, принадлежащее по существу своему къ правоотношеніямъ гражданскимъ, должно быть регулируемо такого рода нормою, которая согласована съ духомъ и съ системой дѣйствующаго гражданского права.

Нельзя отрицать факта глубокихъ различій между правомъ публичнымъ и правомъ гражданскимъ. И нормы, регулирующія каждое данное публичное правоотношеніе, должны быть согласованы съ системою и съ общимъ складомъ публичнаго, а не гражданского права.

Когда установлено, что данное правоотношеніе есть правоотношеніе публичнаго права, то этимъ устанавливается, во первыхъ, что его бытовая основа не исчерпывается отношеніемъ двухъ обывателей между собою, что это правоотношеніе не служитъ цѣлямъ имущественнаго оборота между отдѣльными личностями, а имѣетъ иныя задачи, которымъ оно должно служить, и которыя поэтому должны опредѣлять содержаніе и складъ соответствующихъ юридическихъ нормъ. Во вторыхъ этимъ устанавливается, что юридическія нормы, регулирующія данное правоотношеніе, должны считаться именно съ системою дѣйствующаго публичнаго права.

Для сторонниковъ цивилистическихъ конструкцій отвѣтственность

зованія на юридическихъ факультетахъ сохранилъ *code civil*. Всѣ юридическія науки, и что особенно существенно общая теорія права, разрабатывались подъ подавляющимъ вліяніемъ гражданского права, съ цивилистической точки зрѣнія. Установленныя такимъ образомъ понятія примѣнялись и къ публично-правовымъ наукамъ; они примѣнялись потому, что другихъ готовыхъ понятій не было, а кромѣ того потому, что сами юристы долгое время не замѣчали непригодности цивилистическихъ понятій для публичнаго права. Въ дѣлѣ обособленія публичнаго права главная заслуга имѣетъ не университетская наука публичнаго права, а судебная практика французскихъ административныхъ судовъ. Она создала науку французскаго административнаго права, долгое время бывшую въ загонѣ на юридическихъ факультетахъ, но съ теченіемъ времени оказавшую огромное вліяніе и на нѣмецкую науку.

¹⁾ См. по этому поводу уже цитированную выше (стр. 199 вын. 1) рецензію О. Гирке на Лабанда, въ особенности ея страницы 1104—1125.

казны за должностныхъ лицъ можетъ имѣть свое подобіе въ гражданскомъ правѣ лишь въ отвѣтственности господъ и вѣрителей за слугъ и повѣренныхъ.

Эта послѣдняя отвѣтственность очевидно имѣетъ свое юридическое основаніе въ существѣ трехъ группъ правоотношеній: 1) между господиномъ и его слугою, 2) между слугою и контрагентомъ господина (или третьимъ лицомъ), и 3) между господиномъ и его контрагентомъ (третьимъ лицомъ).

Всѣ эти три группы отношеній, цѣликомъ входятъ въ область гражданского права. Естественно, что и отвѣтственность, имѣющая ихъ своею юридическою основою, носить тоже гражданскій характеръ.

Совершенно иное дѣло вопросъ объ отвѣтственности казны за чиновника въ области публичной. Съ разсматриваемой точки зрѣнія эта отвѣтственность имѣла бы своею основою аналогичныя три группы отношеній: 1) между государствомъ и чиновникомъ, 2) между чиновникомъ и обывателемъ, и 3) между государствомъ и обывателемъ. Но въ противоположность отвѣтственности господина и вѣрителя за слугу и повѣреннаго въ случаѣ отвѣтственности казны за чиновника всѣ эти три группы отношеній носятъ несомнѣнный и чистый публичный характеръ. Отношеніе государства къ чиновнику есть отношеніе публичное, объ этомъ никто не споритъ. Отношеніе и чиновника къ обывателю въ дѣлахъ публично-правовыхъ (а дѣло идетъ пока только о нихъ) есть отношеніе тоже публичное. Наконецъ столь же очевидный публичный характеръ носятъ и отношенія обывателя къ государству.

Такимъ образомъ, въ основаніи отвѣтственности казны за чиновниковъ по поводу неправильнаго употребленія ими полномочій публичной власти лежатъ три группы отношеній, всѣ три носящія характеръ отношеній публичныхъ. И вопросъ объ отвѣтственности казны можетъ возникнуть лишь въ видѣ одного изъ звеньевъ цѣпи публичныхъ отношеній; этотъ вопросъ можетъ возникнуть въ такой бытовой, житейской обстановкѣ, которая имѣетъ другое содержаніе, совершенно иной складъ, чѣмъ совокупность тѣхъ отношеній между частными лицами, которая нормируется гражданскимъ правомъ.

Эти три группы юридическихъ отношеній, связывающихъ господина, его слугу и его контрагента, сами по себѣ еще не порождаютъ, съ абсолютною логическою необходимостью, отвѣтственности господина передъ контрагентомъ за слугу и повѣреннаго.

Возможны системы права, въ которыхъ этой общей отвѣтственности не существуетъ. Таково было русское законодательство до 1851 г. ¹⁾.

¹⁾ Въ Сводѣ Законовъ 1832 г. и 1842 г. не существуетъ постановленія, соотвѣтствующаго статьѣ 687 т. X, ч. I изданій 1857 г.—1900 г. Это правило введено въ наше законодательство закономъ 21 Марта 1851 г., П. С. З. № 25055.

таково и прусское Общее Земское Право ¹⁾, таково, наконец, и само римское право ²⁾. Эта ответственность не есть логический вывод из норм, регулирующих отношения повѣреннаго и доверителя: она скорѣе есть порождение извѣстныхъ практическихъ потребностей гражданскаго имущественнаго оборота. Установленіе этой ответственности вызывается складомъ хозяйственныхъ отношений, существующихъ между контрагентами, отношений, которыя дѣлають справедливымъ установленіе того, чтобы своимъ имуществомъ отвѣчалъ и тотъ, кто дѣйствуетъ не самъ, а черезъ слугу своего или повѣреннаго.

Въ области публичной бытовья основы правовыхъ отношений совершенно иныя. Лицо, дѣйствующее черезъ своего слугу или повѣреннаго, дѣйствуетъ въ своемъ личномъ имущественномъ хозяйственномъ интересѣ; поэтому справедливо, чтобы оно и отвѣчало своимъ имуществомъ. Частное лицо въ свои повѣренныя или слуги беретъ того, кого ему заблагоразсудится, хоть ссыльно-поселенца, и даетъ ему инструкціи и наставленія, резонность и правомѣрность которыхъ ничѣмъ не доказаны. Государство въ области публичныхъ отношений, дѣйствуя черезъ чиновника, очень и очень часто никакихъ своихъ имущественныхъ выгодъ не преслѣдуетъ. Органы государства должны удовлетворять извѣстному нравственному и образовательному цензу; выборъ, т. е. назначеніе этихъ органовъ, обставленъ извѣстными гарантіями: онъ предоставленъ лицамъ, пользующимся довѣріемъ правительства; дѣятельность органовъ государства опредѣляется рядомъ постановленій закона; государство не только не предписываетъ своимъ органамъ дѣйствовать, пренебрегая закономъ, но и караетъ за это уголовными наказаніями. Наконецъ, если частное лицо предпринметъ своему повѣренному дѣйствовать такъ или иначе, нарушая чужія права, то въ случаѣ, если это нарушеніе дѣйствительно послѣдуетъ, и повѣренный, и сей „господинъ и вѣритель“ должны нести отвѣтственность за подобное законо-противное нарушеніе чужихъ правъ. Если государство закономъ уполномочиваетъ свое должностное лицо въ тѣхъ или другихъ случаяхъ нарушать извѣстныя права обывателей, то это нарушеніе является уже актомъ законномѣрнымъ, и ни чиновникъ, ни государство за это никакой ответственности подлежать не могутъ.

Поэтому ответственность казны въ области дѣлъ публичныхъ, какъ имѣющая своимъ основаніемъ публичныя отношенія, не можетъ регулироваться нормами гражданскаго права; предѣлы и условія этой ответственности должны быть выведены изъ началъ публичнаго

¹⁾ Allgemeines Landrecht. Оно устанавливаетъ ответственность лишь въ строго опредѣленныхъ случаяхъ. Ср. Dernburg. Preussisches Privatrecht, томъ II, 1899. Стр. 928—930.

²⁾ Ср. напр. Баронъ. Система римскаго гражданскаго права. Переводъ Л. I. Петражицкаго. 1899 г. Выпускъ III, стр. 239 и сл.

права и должны быть сообразованы съ бытовымъ складомъ публичныхъ отношеній.

Это есть та точка зрѣнія, на которой стоитъ громадное большинство представителей французской науки административнаго права, на которой стоитъ практика французскихъ административныхъ судовъ, а съ 1872 г. и практика Кассационнаго Суда ¹⁾. Того же взгляда придерживается и практика саксонскаго Ober-Landes-Gericht'a ²⁾. На той же точкѣ зрѣнія стоятъ и составители Германскаго Гражданскаго Уложенія, и цѣлый рядъ германскихъ ученыхъ ³⁾.

Замѣтимъ также, что каждый публично-правовой или гражданскій институтъ носить на себѣ отраженіе не только тѣхъ или иныхъ чертъ своей юридической природы, но и тѣхъ практическихъ условій, той практической обстановки, въ которой ему приходится осуществляться. Институты гражданскаго права рассчитаны на взаимныя отношенія отдѣльныхъ, самостоятельныхъ другъ отъ друга людей, преслѣдующихъ каждый свои личные интересы, нерѣдко норовящихъ осуществить ихъ на счетъ своего ближняго. Установленіе отвѣтственности за причиняемые убытки нерѣдко играетъ въ этомъ отношеніи роль узды; въ этомъ и состоитъ практическое и социальное значеніе этой отвѣтственности.

Отвѣтственность казны осуществляется при наличности совершенно иныхъ предположеній: тутъ нѣтъ двухъ сторонъ, стремящихся залѣзть другъ другу въ карманъ. Какъ средство удерживать чиновниковъ отъ неправильныхъ дѣйствій и преступленій по службѣ, отвѣтственность казны можетъ имѣть лишь самое ограниченное значеніе.

Такимъ образомъ, въ силу того, что въ основаніи отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ лежатъ правоотношенія не гражданскаго характера, что эта отвѣтственность предполагаетъ совершенно другую бытовую обстановку, чѣмъ какая имѣется въ виду гражданскими законами, и наконецъ въ силу того, что эта отвѣтственность преслѣдуетъ совершенно инья цѣли,—подчиненіе ея нормамъ гражданскаго права невозможно, это такой вопросъ, который можетъ регламентироваться лишь нормами права публичнаго. Эти послѣднія

¹⁾ См. выше, стр. 83—84.

²⁾ См. напр. *Annalen des Kgl. Sächs. Ober-Landes-Gerichts zu Dresden*. Томъ VI. Стр. 536.

³⁾ См. *Motive zum Einführungsgesetz B. G. B.* стр. 186.—Ср. П л а н к ъ, томъ VI, стр. 162.—О. М а й е р ъ (герм.). Томъ II, стр. 345—354.—Докъ, стр. 269.—U n g e r. *Handeln auf eigene Gefahr* 1893, стр. 99.—Г е з н е г, рецензія на *System I е л л и н е к а*, *Grünhut's Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*. Томъ XXI, стр. 189.—К л е в ѣ ц ъ, стр. 20—23.—M a x S e y d e l. *Bayerisches Staatsrecht*. Томъ II, 1896. Стр. 371.

въ томъ или другомъ пунктѣ могутъ совпадать ¹⁾ съ постановленіями гражданскихъ законовъ, могутъ по тому или другому частному вопросу содержать и общую ссылку на нихъ, могутъ даже и вообще отсылать по этому вопросу къ постановленіямъ законовъ гражданскихъ объ отвѣтственности ²⁾. Но для того, чтобы подобное распространеніе гражданскихъ законовъ было сдѣлано не зря, необходимо, чтобы предварительно была произведена провѣрка, во первыхъ, того, на сколько жизненныя, бытовья отношенія, лежащія въ основѣ даннаго публичнаго отношенія, тождественны съ тѣми бытовыми явленіями, въ виду которыхъ установлено рассматриваемое правило гражданского права, а во вторыхъ, провѣрка того, на сколько эта норма гражданского права согласуема съ нормами публичнаго права, регулирующими другія стороны того же отношенія.

Стремленіе распространить на государство, какъ публичную власть, принципы частно-правовой отвѣтственности, помимо вѣры въ безусловную примѣнимость началъ гражданского права ко всѣмъ областямъ права, имѣетъ еще и другую основу, а именно стремленіе подыскать уже готовое, безспорное юридическое основаніе отвѣтственности казны.

Виновники такого насилія надъ научными понятіями, дѣлаемого обыкновенно въ цѣляхъ чисто практическихъ, весьма часто и сами платятся дорогою цѣною, а главное приносятъ не малый вредъ дѣлу.

¹⁾ Тутъ возможно не только простое совпаденіе, но и прямое вліяніе постановленій гражданского права на принципы, опредѣляющіе отвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ. Оно и естественно: общее понятіе убытка, подлежащаго возмѣщенію (напр. по вопросу, слѣдуетъ ли вознаграждать за такъ называемый нравственный, нематерьяльный вредъ), порядокъ доказательства размѣра убытковъ, вопросъ о томъ, какой кругъ лицъ имѣетъ право искать убытковъ въ случаѣ смерти даннаго человѣка, все это вопросы, которые по общему правилу бывають уже такъ или иначе выяснены въ гражданскомъ правѣ къ тому времени, когда начинаютъ говорить объ отвѣтственности казны. Не только вполне естественно, что публичное право даннаго государства заимствуетъ эти общія положенія изъ выработавшаго ихъ гражданского права, но это заимствованіе является и желательнымъ для предупрежденія того, чтобы тождественные вопросы разрѣшались въ томъ же законодательствѣ, но въ разныхъ частяхъ его, совершенно различно.

²⁾ Таковъ напр. Гамбургскій законъ 14 Іюля 1899 г. о депозитахъ, который по вопросу объ отвѣтственности казны за ихъ сохранность заключаетъ въ себѣ общую ссылку на постановленія германскаго гражданского уложенія объ отвѣтственности поклажепринимателя (ср. § 13 этого закона).—Ср. также подробныя соображенія *Rehm'a*, доказывающаго, что по германскому гражданскому уложенію въ тѣхъ случаяхъ, когда установлена отвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ, эта отвѣтственность подчиняется общимъ правиламъ гражданского права. Статья *Fiscus* въ *Stengell's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*. III Ergänzungsband. Стр. 96—97.

... Именно потому, что отвѣтственность казны стремились обосновать такими юридическими соображеніями, которыя исходили изъ предположенія явно иного фактическаго и юридическаго состава, было крайне облегчено положеніе тѣхъ, кто отрицаетъ отвѣтственность казны: имъ приходилось опровергать по существу своему невѣрныя положенія. И что всего существеннѣе, человекъ, который не принимался за самостоятельное, *ab immis fundamentis*, обдумываніе вопроса объ отвѣтственности казны, а ограничивался изученіемъ соображеній, приводимыхъ въ ея пользу ея сторонниками, неминуемо долженъ былъ получать не только то впечатлѣніе, но и то убѣжденіе, будто весь этотъ вопросъ есть порожденіе какихъ то въ корнѣ своемъ недопустимыхъ аналогій, будто весь вопросъ этотъ отъ того только и возникъ, что люди не замѣчали, что государство и частное лицо не одно и то же, и попросту примѣняли къ государству положенія, выработанныя для частныхъ лицъ.

Но если бы даже кто-нибудь самъ и пришелъ къ убѣжденію въ необходимости установить отвѣтственность казны въ области отношеній публично-правовыхъ, то и его частно-правовыя теоріи должны были бы окончательно расхолодить: нельзя сразу же не замѣтить, что примѣненіе къ государству, какъ власти, правилъ, выработанныхъ для отношеній частныхъ лицъ между собою, производится при условіяхъ, при которыхъ аналогія права безусловно недопустима.

Этимъ конечно не устраняется возможность и даже необходимость подчиненія этихъ дѣлъ вѣдѣнію общихъ гражданскихъ судовъ. Какъ мы только что указывали, и гражданскіе суды могутъ разсматривать вопросы публичнаго права.

Въ искахъ къ казнѣ объ убыткахъ, причиненныхъ должностными дѣйствіями, почти всегда возникаетъ вопросъ о наличности или по крайней мѣрѣ о размѣрѣ убытковъ, вопросъ, требующій допроса свидѣтелей, осмотровъ на мѣстѣ, экспертизы и т. п., т. е. такого рода дѣйствій, съ которыми суды справляются, какъ съ дѣломъ, для нихъ обычнымъ, и къ которому административныя учрежденія вовсе не приспособлены. Въ виду этихъ практическихъ соображеній гражданская подсудность этихъ дѣлъ является необходимостью, не смотря на ихъ публичный характеръ ¹⁾.

¹⁾ Что касается Россіи, то для насъ гражданская подсудность всякаго рода исковъ къ казнѣ представляется особенно цѣнною въ виду отсутствія сколько нибудь удовлетворительно организованной административной юстиціи.—См. по поводу губернскихъ присутствій разнаго наименованія, такъ называемаго смѣшаннаго состава, въ которыхъ у насъ думаютъ видѣть учрежденія административной юстиціи, „Право“, 1903 г. стр. 1567—1573.—Во Франціи, наоборотъ, административная подсудность исковъ къ казнѣ, повидимому, въ настоящее время уже не вызываетъ противъ себя прежнихъ нареканій. Взгляды на администра-

Поэтому ни тотъ фактъ, что въ искахъ къ казнѣ объ убыткахъ, причиненныхъ должностными лицами, вопросъ идетъ о правѣ на известную сумму денегъ, ни тотъ фактъ, что эти иски подсудны гражданскимъ судамъ, отнюдь сами по себѣ не говорятъ въ пользу гражданского правооснованія этихъ исковъ.

тивныя суды, какъ на оплотъ административнаго произвола, въ настоящее время вызываетъ чувство удивленія, доказывающаго впрочемъ, что бываютъ люди, которымъ столь же трудно держать въ памяти недавно минувшее, какъ другимъ замѣтить наступившее измѣненіе.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Теоріи, отрицающія отвѣтственность казны, исходя изъ соображеній публично-правовыхъ.

§ 1. Теорія Р. ф. Моля.

Существуетъ рядъ теорій, стремящихся доказать, что по самому существу дѣла на государствѣ не только не лежитъ, но юридически и не можетъ лежать обязанность отвѣчать за убытки, причиненные неправильнымъ осуществленіемъ полномочій публичной власти.

Изъ сторонниковъ этого взгляда можно прежде всего указать на Р. ф. Моля ¹⁾.

Онъ останавливается на вопросѣ объ отвѣтственности казны въ двухъ случаяхъ: если чиновникъ причинилъ кому либо убытки признаннымъ подлежащею властью злоупотребленіемъ своими полномочіями, и если кто либо былъ арестованъ, хотя и безъ достаточныхъ объективныхъ основаній, но при такихъ условіяхъ, при которыхъ должностное лицо обязано было, или по крайней мѣрѣ могло счесть себя обязаннымъ произвести арестъ.

Относительно перваго случая Моля находитъ, что чиновникъ, причинившій кому либо убытокъ своимъ незаконнымъ распоряженіемъ, долженъ отвѣчать личнымъ своимъ имуществомъ, хотя бы оно цѣликомъ и должно было быть на это употреблено ²⁾. Но этого имущества виновнаго чиновника можетъ и не хватить на покрытіе убытковъ. Не должны ли они въ такомъ случаѣ падать на государство? „Въ пользу утвердительнаго отвѣта на этотъ вопросъ“, по мнѣнію Моля, „какъ будто говорить то соображеніе, что государство должно нести отвѣтственность за то, что совершается отъ его имени. Но на дѣлѣ подобное положеніе вещей не можетъ быть принято. Государство конечно должно отвѣчать за истинныя и необходимыя послѣдствія своихъ законовъ и правильнаго ихъ примѣненія; но отклоненіе отъ нихъ происходитъ безъ его порученія, помимо его воли, и поэтому ни въ коемъ случаѣ не можетъ на него падать. Вѣдь государство само является

¹⁾ Robert v. Mohl. System der Praeventivjustiz. I изд. 1834 г. Стр. 554—557.

²⁾ Тамъ же, стр. 553.

(матерьяльно или нравственно) потерпѣвшимъ; откуда же можетъ возникнуть его обязанность вознаградить другого потерпѣвшаго? Если тотъ, кто понесъ убытокъ отъ незаконныхъ дѣйствій чиновника, вслѣдствіе недостаточности его имущества не можетъ получить полного вознагражденія, то это должно разсматриваться, какъ несчастный случай, послѣдствія котораго долженъ нести потерпѣвшій. Возложеніе отвѣтственности на государство было бы перенесеніемъ послѣдствій этого несчастнаго случая на всѣхъ плательщиковъ налоговъ¹⁾.

Самое большее, что въ такихъ случаяхъ допускаетъ Моль,— это выдача потерпѣвшему пособія въ путяхъ монаршаго милосердія²⁾.

Что же касается ареста, казавшагося чиновнику необходимымъ, но оказавшагося на дѣлѣ не вызывавшимся достаточными основаніями, то тутъ Моль высказывается противъ отвѣтственности не только государства, но и чиновника: этотъ послѣдній отвѣчать не можетъ, потому что на немъ нѣтъ никакой вины, а государство не можетъ отвѣчать, во-первыхъ, потому, что „правовая полиція“ (die Rechts-Polizei) по самому существу своему имѣетъ дѣло лишь съ одними подозрительными, съ людьми, которые еще не совершили преступленія, но лишь могутъ или желаютъ его совершить³⁾, и если стѣснить эту дѣятельность государства, то ему вмѣсто предупрежденія преступленій придется ограничиваться караніемъ уже совершенныхъ; во-вторыхъ, государство не должно отвѣчать и потому, что такое стеченіе обстоятельствъ, когда создается вѣроятіе преступленія, и правительство вызывается этимъ на извѣстныя мѣропріятія, должно разсматриваться, какъ простое несчастіе, а за несчастіе никакого вознагражденія слѣдовать не можетъ, ибо вина въ томъ лежитъ не на государствѣ или на его чиновникахъ, но лишь на злополучномъ стеченіи внѣшнихъ обстоятельствъ⁴⁾.

Вторая часть этой аргументаціи Моля, касающаяся невозможности вознагражденія лицъ, невинно подвергнувшихся аресту, въ настоящее время можетъ имѣть значеніе только „исторической любопытности“. Врядъ ли кто теперь и въ реакціонномъ лагерѣ станетъ повторять слова крайняго либерала тридцатыхъ годовъ, что отвѣтственность казны невозможна потому, что она стѣснила бы дѣятельность полиціи по хватанію тѣхъ, кто, по ея мнѣнію, „можетъ или хотеть“ совершить что-либо противозаконное.

Что касается первой части этой аргументаціи — вопроса объ

¹⁾ Тамъ же, стр. 554—555.

²⁾ Тамъ же, стр. 555.

³⁾ Въ 1834 г. это писалъ человѣкъ, стоявшій во главѣ либеральнаго движенія своего времени.

⁴⁾ Тамъ же, стр. 556—557.

отвѣтственности казны за злоупотребленіе чиновникомъ своими полномочіями, то она распадается у Моля на три довода. Первый изъ нихъ состоитъ въ томъ, что, въ случаѣ злоупотребленія чиновникомъ своими полномочіями, государство тоже является матеріально или идеально пострадавшимъ, и что поэтому на немъ не можетъ лежать обязанности вознаградить другого пострадавшаго. Но этого чиновника, злоупотребившаго своими полномочіями, назначило на должность государство, оно предоставило ему эти самыя полномочія. Если государство несетъ идеальный или матеріальный вредъ отъ этого чиновника, то оно терпитъ прямо или косвенно за свои же дѣйствія. Обыватель же не назначалъ того чиновника, который ему причинилъ вредъ, не выбиралъ его, никакихъ полномочій ему не сообщалъ. Если обыватель терпитъ отъ чиновника вредъ, то онъ самъ тутъ ни душой, ни тѣломъ не виноватъ. Поэтому въ отношеніи отвѣтственности ставить государство, какъ идеально терпящее, наравнѣ съ обывателемъ, несущимъ убытки, очевидно, нельзя.

Второй доводъ сводится къ тому, что если у виновнаго въ причиненіи вреда чиновника не хватило имущества, чтобы возмѣстить этотъ вредъ, то это является несчастіемъ, которое долженъ нести потерпѣвшій. Положеніе совершенно произвольное и явно несправедливое: если государство, считая, что за причиняемые ими убытки должны отвѣчать сами чиновники, ввѣряетъ важнѣйшіе имущественные интересы такимъ лицамъ, которыя по своему имущественному положенію не въ состояніи покрыть тѣхъ убытковъ, которые они могутъ причинить, то со стороны государства уже нельзя говорить о простой случайности въ томъ случаѣ, если оказываются невознагражденные чиновникомъ убытки. Государство имѣетъ возможность предупредить такое положеніе вещей: можетъ требовать отъ назначаемыхъ чиновниковъ представленія залоговъ, можетъ улучшить надзоръ за чиновниками, въ рукахъ которыхъ находятся крупные матеріальные интересы обывателей. Обыватель же лишень всѣхъ этихъ способовъ обезпечить свои интересы. Поэтому, по всей справедливости, если кто-либо долженъ нести послѣдствія неоплатности чиновника, то, конечно, государство, а не частное лицо.

Эти два соображенія Моля, приводимыя имъ для доказательства юридической невозможности установленія отвѣтственности казны за чиновниковъ, повидимому, не нашли себѣ сочувствія, и въ позднѣйшей литературѣ по разсматриваемому вопросу не повторяются ¹⁾.

Гораздо большимъ успѣхомъ пользовался и пользуется иногда и по настоящее время третій доводъ Моля: государство, потому не можетъ отвѣчать за противозаконныя дѣйствія чиновниковъ, что

¹⁾ Ср. по этому поводу Цахаріа, стр. 632, вын. I.

эти дѣйствія совершаются не только безъ порученія государства, но и помимо его воли.

Этотъ доводъ въ томъ или другомъ видѣ повторяется многими позднѣйшими писателями. Такъ Л. Ф. Штейнъ говоритъ, что онъ не понимаетъ, почему государство должно принять на себя отвѣтственность за такія дѣйствія чиновниковъ, которыхъ оно отъ нихъ не только не требовало, но которыя оно имъ прямо запретило и объявило наказуемыми ¹⁾.

Та же мысль принимаетъ у Борнгака слѣдующую форму: чиновникъ, по скольку онъ дѣйствуетъ неправомѣрно, перестаетъ быть органомъ государства и перестаетъ вообще состоять въ какихъ-либо юридическихъ отношеніяхъ къ государству ²⁾.

Вообще, этотъ взглядъ, что государство не можетъ отвѣчать за тѣ дѣйствія чиновниковъ, которыхъ оно имъ не приказывало, взглядъ, особенно часто повторявшійся въ германской литературѣ, несомнѣнно коренился въ господствовавшемъ въ средніе вѣка и сохранившемся вплоть до XIX вѣка въ Германіи взглядъ на государственную службу, какъ на отношеніе мандата. Довѣритель не отвѣчаетъ за дѣйствія мандатара, совершенныя вопреки полученному имъ порученію ³⁾.

Еслибы мысль, положенная въ основу этого довода, была правильна, то вообще отвѣтственность за дѣйствія третьихъ лицъ была бы невозможна внѣ случая соучастія, т. е. внѣ того случая, когда эта отвѣтственность обращается въ отвѣтственность за собственные дѣйствія. Еслибы органы юридического лица, дѣйствуя вопреки полученнымъ указаніямъ и вопреки установленнымъ правиламъ, переставали быть его органами и переставали его обязывать, то на имуществомъ отвѣтственность юридическихъ лицъ за что бы то ни было была бы невозможна.

Затѣмъ, если признавать правильность этихъ соображеній, то пришлось бы отвергать отвѣтственность казны за чиновниковъ и въ области отношеній фискальныхъ. А на это въ настоящее время конечно никто не пойдетъ. Между тѣмъ всѣ указанные доводы противъ отвѣт-

¹⁾ Verwaltungslehre, томъ I ч. 1 изд. II, стр. 369: „Es ist nicht einzusehen, weshalb der Staat die Haftung für die Handlungen seiner Beamten übernehmen sollte, welche er nicht nur befohlen oder veranlasst, sondern welche er direkt verboten und strafbar erklärt hat“.

²⁾ Borngk. Preussisches Staatsrecht. Томъ II. 1889 стр. 47.

³⁾ Ср. приводимое Ленингомъ, стр. 38, выноска 2, и стр. 41, выноска 5, мнѣніе Bartolus „universitas non verum mandasse officiali, quod delinquat“... и Besold'a „non enim ad delinquendum constituti sunt, sed ad rite administrandum“.—Относительно конструкторія государственной службы, какъ частно-правового мандата см. выше, стр. 187—189.

ственности казны за чиновниковъ въ равной мѣрѣ примѣними какъ въ области отношеній властныхъ, такъ и въ области отношеній фискальныхъ.

§ 2. Теорія Е. Ленинга.

Нельзя сказать, чтобы по своимъ внутреннимъ достоинствамъ, но во всякомъ случаѣ потому, что она предложена авторомъ, быть можетъ, самой пространной монографіи по вопросу объ отвѣтственности казны ¹⁾, особаго вниманія заслуживаетъ во всякомъ случаѣ оригинальная теорія Ленинга. Этотъ писатель приходитъ къ тому убѣжденію, что не только положительное право Германіи не знаетъ отвѣтственности казны за чиновниковъ въ области отношеній публично-правовыхъ, но что этой отвѣтственности не требуютъ и соображенія справедливости, и что необходимость этой отвѣтственности не можетъ быть логически выведена изъ понятій государства, чиновника и изъ отношеній подданныхъ къ государству ²⁾.

Мотивируетъ Ленингъ свою мысль такъ:

Если чиновникъ издаетъ незаконный приказъ, то нѣтъ никакого основанія, чтобы государство отвѣчало за убытки, причиненные исполненіемъ этого приказа, ибо никто не обязанъ исполнять незаконныя требованія, и германское уголовное право никогда не карало простого неповиновенія незаконнымъ приказамъ ³⁾.

Если чиновникъ не только издалъ незаконный приказъ, но и самъ привелъ его въ исполненіе, пользуясь тою матерьяльною властью, которую предоставило ему государство, то и изъ этого все-таки не вытекаетъ, чтобы государство могло быть признано отвѣтственнымъ за причиненный вредъ, ибо уголовное уложеніе допускаетъ и сопротивленіе чиновнику, не находящемуся при законномъ исполненіи своихъ обязанностей, рассматривая это, какъ необходимую оборону ⁴⁾.

Наконецъ, если убытки причинены тѣмъ, что чиновникъ не исполнилъ лежавшей на немъ обязанности, то и тутъ у обывателя не можетъ быть права на вознагражденіе, такъ какъ у обывателя нѣтъ права требовать, чтобы принятія на себя государствомъ обязанности исполнялись, и чтобы общіе законы, изданные въ общегосударственныхъ интересахъ, приводились въ исполненіе ⁵⁾.

¹⁾ Edgar Löning, ord. Prof. der Rechte a. d. Universität Dorpat. Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. 1879.

²⁾ Тамъ же, стр. 134—135.

³⁾ Тамъ же, стр. 117.

⁴⁾ Тамъ же, стр. 118—119.

⁵⁾ Тамъ же, стр. 126.—Затѣмъ Ленингъ останавливается на вопросѣ

Исходною мыслию теоріи Ленинга является разрѣшенность пассивнаго и активнаго сопротивленія незаконнымъ требованіямъ и дѣйствіямъ властей, вслѣдствіе чего всякій убытокъ, причиненный властями, разсматривается Ленингомъ, какъ результатъ малодушія ¹⁾ обывателя, который предпочелъ подчиниться, чѣмъ на свой страхъ сопротивляться властямъ, и который долженъ самъ и нести послѣдствія своего малодушія ²⁾.

Эта теорія успѣха въ наукѣ не имѣла ³⁾. Оно и не удивительно. Еслибы ее приняло какое либо положительное право, эта теорія привела бы къ постоянному состоянію сопротивленія властямъ, по крайней мѣрѣ населеніе усердно приглашалось бы ⁴⁾ къ этому сопротивленію угрозою, что упустивъ случай оказать сопротивленіе, обыватель лишится права на вознагражденіе; обыватели начали бы оказывать сопротивленіе, власти настаивали бы на своихъ распоряженіяхъ; обыватели бы организовывали свою защиту, созывая друзей-пріятелей, нанимая добровольцевъ для борьбы съ властями, власти призывали бы войска. Словомъ мирное состояніе общества замѣнилось бы состояніемъ непрестанной гражданской войны. Но даже еслибы такого результата и удалось достигнуть, справедливость все таки не восторжествовала бы: не всякій убытокъ отъ незаконнаго дѣйствія властей можно было бы ставить въ вину малодушію того, кто его понесъ. Не противъ всякаго дѣйствія власти сопротивленіе фактически осуществимо. Самъ Ленингъ вынужденъ сдѣлать для нѣкоторыхъ случаевъ оговорку и признать, что тотъ, кто содержится въ тюрьмѣ, задерживается въ ней дольше положеннаго для него срока, фактически лишенъ возможности оказать сопротивленіе тѣмъ, кто его не выпускаетъ ⁵⁾. Кромѣ того, сопротивленіе признается Ленингомъ юридически недопустимымъ въ томъ случаѣ, если приводится въ исполненіе вошедшее въ законную силу судебное рѣшеніе ⁶⁾. Въ этихъ двухъ случаяхъ Ленингъ допускаетъ вознагражденіе со стороны государства.

объ отвѣтственности казны въ нѣкоторыхъ специальныхъ случаяхъ, гдѣ онъ съ тѣми или другими оговорками признаетъ ее. Стр. 128—134.—Этихъ соображеній Ленинга, ничего оригинальнаго не представляющихъ, мы пока касаться не будемъ.

¹⁾ Тамъ же, стр. 114 и 121.

²⁾ Ленингъ, стр. 118.

³⁾ Докъ. Стр. 251.—Клевницъ. Стр. 97—99.—Мишу (1895), ст. 283.

⁴⁾ И несомнѣнно, что и теперь многіе случаи сопротивленія властямъ со всѣми ихъ трагическими послѣдствіями были бы предупреждены, еслибы обыватели имѣли увѣренность въ томъ, что подчинившись незаконному по ихъ мнѣнію распоряженію властей, они со временемъ будутъ имѣть возможность доказать эту неправильность, и что въ такомъ случаѣ понесенные ими убытки будутъ имъ возмѣщены.

⁵⁾ Тамъ же, стр. 123.

⁶⁾ Тамъ же, стр. 125—126.

Въ огромномъ числѣ случаевъ убытки причиняются такимъ дѣйствиємъ власти, противъ котораго никакого ни пассивнаго, ни активнаго сопротивленія оказать нельзя, и вовсе не потому, чтобы оно было прямо запрещено закономъ, какъ сопротивленіе судебному приговору, или было физически невозможно, какъ сопротивленіе того, кого держать въ тюрьмѣ. Цензоръ незаконнымъ образомъ арестовываетъ издаваемую мною газету въ типографіи и беретъ съ владѣльца типографіи подписку, что оно не выпуститъ такого то номера. Какое физическое пассивное или активное сопротивленіе могу я оказать этому цензору? И случаевъ, когда убытки причиняются человѣку такимъ дѣйствиємъ, которое пространственно происходитъ не тамъ, гдѣ въ данный моментъ находится этотъ человѣкъ, и гдѣ онъ въ состояніи оказать свое сопротивленіе, можетъ быть сколько угодно. ¹⁾

Поэтому, та мысль Ленинга, что въ виду возможности сопротивленія властямъ установленіе отвѣтственности казны не только не является требованіемъ справедливости, но и юридически невозможно, въ корнѣ не вѣрна. Конечно, въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда обыватель имѣлъ полную возможность не исполнять незаконнаго требованія власти, предоставлять ему право искать убытковъ съ того ли органа, который предъявилъ ему это незаконное требованіе, или съ государства, было одинаково неправильно. Но такіе случаи возможности чистаго неисполненія предъявленныхъ властями требованій являются несомнѣннымъ исключеніемъ въ общей массѣ тѣхъ дѣйствій властей, которыми причиняются убытки обывателямъ, и на этихъ исключительныхъ случаяхъ нельзя строить разрѣшенія общаго вопроса, должно ли государство отвѣчать за должностныхъ лицъ, или не должно.

У Ленинга есть еще и другой доводъ, приводимый имъ для отрицанія отвѣтственности казны за такого рода убытки, которые причинены неисполненіемъ чиновникомъ своей обязанности (когда сопротивленіе логически немислимо), а именно, что обыватель, который на-

¹⁾ Стоитъ отмѣтить также и то, что вопросъ о допустимости сопротивленія незаконнымъ требованіямъ властей вовсе не такъ простъ, какъ это можетъ казаться съ перваго взгляда. Ср. Н. С. Таганцевъ. Русское Уголовное Право, 1902, стр. 527—531. — Что касается въ частности германскаго права, то самъ Ленингъ (стр. 119—121) прекрасно сознаетъ, что исходитъ изъ такого представленія о допустимости обороны противъ органовъ власти, которое противорѣчитъ тому, что принято въ германской судебной практикѣ: такъ на примѣръ въ ней настойчиво проводится то положеніе, что сопротивленіе незаконно дѣйствующему должностному лицу наказуемо, если только незаконность его дѣйствій основывалась на такой его ошибкѣ, въ которую онъ долженъ былъ впасть при исполнѣнн добросовѣстномъ отношеніи къ своимъ обязанностямъ, или если это должностное лицо обязано было совершить данныя дѣйствія въ силу обязательныхъ для него приказаній начальства. Ср. напр. О. Майеръ (герм.), томъ I, стр. 361 и сл.

ходить въ государствѣ охрану своихъ правъ и условіе своего развитія, долженъ нести и тотъ рискъ, который неразрывно связанъ съ каждымъ государственнымъ устройствомъ ¹⁾. Но это соображеніе во первыхъ фактически невѣрно, а во вторыхъ точно такъ-же, какъ и первое, о сопротивленіи властямъ, доказывало бы не то, что хочется доказать Ленину.

Оно невѣрно потому, что не всякій убытокъ, понесенный мною отъ неисполненія чиновникомъ его обязанности (если даже и допустить, что вообще неисполненіе своихъ обязанностей чиновниками будетъ имѣть мѣсто при всякомъ государственнымъ строѣ) неразрывно связанъ съ самымъ существомъ государства. На отвѣтственные должности могутъ назначаться запойные отставные штыкъ-юнкера, не могущіе понимать важности ввѣренныхъ имъ дѣлъ управленія, могутъ сажаться и люди, вполне культурные, понимающіе смыслъ и значеніе своей должности, люди, съ развитымъ чувствомъ собственной нравственной отвѣтственности. Порядокъ обжалованія можетъ быть установленъ такой, что на каждую жалобу отвѣтъ получается только тогда, когда онъ уже потерялъ всякій практическій смыслъ; но обжалованіе можетъ быть организовано и такъ, что дѣйствительно будетъ предупреждать, по крайней мѣрѣ въ значительномъ большинствѣ случаевъ, возможность наступленія вреда. Чиновникъ, по лѣни, по распущенности не исполняющій законнаго требованія обывателя и тѣмъ причиняющій ему убытки, можетъ быть, при хорошѣ организованной системѣ административной гарантіи, вполне увѣренъ въ своей безнаказанности и будетъ продолжать подобный образъ дѣйствій вплоть до самой своей смерти, а при правильно поставленной дисциплинарной, уголовной и гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ можетъ случиться такъ, что одинъ чиновникъ попробуетъ зря не выдать данной справки, даннаго удостовѣренія, а ужъ впредь и ему самому и другимъ, на него глядя, такъ поступать неповадно будетъ.

Словомъ, организація государственной службы, административныхъ инстанцій, порядокъ назначенія на должности и т. п. могутъ играть въ смыслъ обезпеченія правильности дѣйствій чиновниковъ столь существенное значеніе, что говорить, что всякая допущенная ими неправильность есть рискъ, неразрывно связанный съ самымъ существомъ государства, рѣшительно невозможно. Степень обезпеченности правъ обывателей отъ нарушенія ихъ неправильными дѣйствіями или упущеніями чиновниковъ была различна въ Россіи времени Іоанна Грознаго и Петра В., въ Россіи Петра В. и Александра II, въ Россіи Александра II и въ Пруссіи Вильгельма II.

Значительная часть убытковъ, претерпѣваемыхъ обывателями отъ неправильныхъ дѣйствій и упущеній чиновниковъ, должны объ-

¹⁾ Названное сочиненіе, стр. 126.

ясняться не существомъ государства вообще, а несовершенствомъ даннаго административнаго и государственнаго строя.

И говоритъ, вмѣстѣ съ Ленинымъ, что обыватель потому долженъ безропотно нести эти убытки, какъ рискъ, связанный съ государствомъ, что онъ, обыватель, находитъ въ государствѣ охрану своихъ правъ и условіе своего развитія, совершенно невозможно. Эта точка зрѣнія была бы допустима, еслибы государство и обыватель были двумя субъектами, заключающими между собою договоръ на такихъ условіяхъ: „ты мнѣ обеспечишь охрану моихъ правъ и условія моего развитія, а я за то буду платить тебѣ подати и нести рискъ того, что мои права обезпечены не будутъ“.

Наконецъ ¹⁾, послѣдовательно развивая свои мысли, Ленинъ долженъ былъ бы прійти не только къ отрицанію отвѣтственности казны, но и къ отрицанію отвѣтственности должностныхъ лицъ: если государство потому не можетъ отвѣчать за должностныхъ лицъ, что всякій убытокъ, съ виду причиненный должностнымъ дѣйствіемъ, по существу своему является результатомъ лишь малодушія обывателя, который подчинился требованію власти вмѣсто того, чтобы оказать ему сопротивленіе, то при чемъ же тутъ отвѣтственность чиновника: опять таки не онъ, а малодушіе обывателя, то есть самъ обыватель, причина убытковъ; за что же чиновникъ долженъ отвѣчать за обывателя? Еслибы вредъ отъ неправильныхъ дѣйствій чиновниковъ былъ тѣмъ рискомъ, который безропотно долженъ нести обыватель, то точно такъ же была бы невозможною отвѣтственность не только казны, но и должностныхъ лицъ. А въ пользу того, чтобы устранить отвѣтственность чиновника или сколько нибудь ограничить ее, Ленинъ, вообще въ этомъ вопросѣ стоящій на общераспространенныхъ точкахъ зрѣнія, не обмолвился во всей книгѣ ни однимъ словомъ.

§ 3. *Раздѣльность государства-власти и государства-фиска, какъ основаніе для неотвѣтственности казны.*

Существуетъ ученіе, что отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ при осуществленіи ими полномочій публичной власти, юридически невозможна потому, что въ то время какъ государство, какъ фискъ, есть юридическое лицо, то же самое государство въ области отношеній публично-правовыхъ не есть юридическое лицо, а есть „только тотъ фактъ, что извѣстное число людей на опредѣленной территоріи подчинено одной власти“ ²⁾, или есть только „государственно-правовое понятіе“ ³⁾,

¹⁾ Какъ то замѣтилъ O. Gierke. *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, стр. 767.

²⁾ M. Seydel. *Grundzüge einer allgemeiner Staatslehre*. Стр. 1.

³⁾ Илюти. Стр. 266. „Der Staat tritt als Subjekt von Rechten und Pflichten nur

изъ чего заключаютъ, что постановленія дѣйствующаго права объ отвѣтственности юридическихъ лицъ за дѣйствія ихъ органовъ не могутъ быть примѣняемы къ государству, какъ публичной власти.

Наиболѣе отчетливую формулировку эта точка зрѣнія нашла у Ренне ¹⁾. Онъ находитъ, что государство, какъ власть, никогда не можетъ быть субъектомъ гражданскихъ правъ и обязанностей, и что чиновники, поскольку они являются органами власти, не могутъ возлагать никакихъ обязательствъ на государство, какъ на фискъ, который по отношенію къ нимъ является третьимъ лицомъ. Фискъ можетъ отвѣчать только за дѣйствія своихъ чиновниковъ, а не за дѣйствія чиновниковъ государства, какъ власти ²⁾.

Въ томъ или другомъ видоизмѣненіи эта теорія встрѣчается у цѣлаго ряда писателей ³⁾.

Для дѣйствующаго русскаго права разсматриваемая теорія имѣетъ существенное практическое значеніе, такъ какъ она настойчиво и послѣдовательно проводится гражданскимъ кассационнымъ департаментомъ Пр. Сената ⁴⁾.

Но намъ она представляется безусловно неприемлемою.

Можно вполнѣ допустить, какъ не содержащую внутренняго про-

im Privatrechte aus. Im Uebrigen ist der Staat kein Rechtssubjekt, auch nicht des öffentlichen Rechtes, sondern nur ein staatsrechtlicher Begriff". Ср. тамъ-же, стр. 268. Ср. R ö n n e. Staatsrecht der Preussischen Monarchie 1893. III. Стр. 583.—V a u t h i e r. Etudes sur les personnes morales. 1887. Стр. 301, 322.—L i n g g. Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre. 1890. Стр. 106.

¹⁾ L. v. R ö n n e. Staatsrecht der Preussischen Monarchie. Томъ III. 1883 г.

²⁾ R ö n n e, тамъ же, стр. 584. „a) der Staat als solcher wird durch unerlaubte Handlungen, welche die mit der Regierungsgewalt beauftragten Beamten bei Ausübung ihres Amtes begehen, niemals verbindlich; denn er ist in dieser Gestalt, einem Unterthan gegenüber, gar nicht fähig, eine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen; er kann überall nicht Subjekt von Privatrechten und Verbindlichkeiten sein. b) Der Staat, als Erwerbsgesellschaft (der Fiscus) hingegen muss für allen Schaden haften, welchen seine Beamten bei der Erfüllung einer gegen bestimmte Personen rechtsgültig eingegangenen Verbindlichkeit verursachen“—На той же страницѣ въ выноскѣ (8-ой) та же мысль повторяется въ нѣсколько иной редакціи. „der Staat als solcher kann niemals gegen Privatpersonen Verbindlichkeiten überkommen, und der Fiscus ist auf Beziehung auf die Organe der Staatsgewalt ein Dritter, der noch weniger für deren Handlungen oder Unterlassungen zu haften hat“.

³⁾ Во французскомъ правѣ ученіе о государствѣ, какъ публично-правовомъ юридическомъ лицѣ, относится къ самому послѣднему времени. Мишу. 1897, стр. 56 приписываетъ Наврью и самое выраженіе *personne morale publique*.—Ср. Наврю. *Etude sur la décentralisation*. 1892. стр. 60.

⁴⁾ Ученіе это получило свою формулировку въ рѣш. 1878 г. № 162: „административныя мѣста и лица въ требованіяхъ своихъ къ частному лицу не всегда являются лицомъ юридическимъ, защищающимъ интересы казны, но иногда дѣйствуютъ въ качествѣ представителей власти“... Въ другихъ руководящихъ рѣшеніяхъ Сената (1875 г. № 490, 1882 г. № 32 и 1887 г. № 14) соотвѣтственное мѣсто обыкновенно редактируется такъ: „каждое правитель-

творѣчія (можно находить, что она противорѣчитъ тѣмъ или инымъ фактамъ, но это другой вопросъ), ту теорію, что государство вообще не есть юридическое лицо. Можно находить, что права, которыя мы приписываемъ государству, на дѣлѣ принадлежатъ не ему, а напр. государю; государство же только объектъ властвованія. Въ известной степени культуры и государственнаго развитія этотъ взглядъ можетъ оказаться строго соответствующимъ въ дѣйствительности наблюдаемымъ явленіямъ.

Но въ такомъ случаѣ государство вообще не является юридическимъ лицомъ, и ему, какъ объекту, вообще не можетъ принадлежать никакихъ правъ. У раба, объекта права собственности рабовладѣльца, правъ быть не можетъ. Но если мы вообще признаемъ за государствомъ, какъ фискомъ, возможность быть субъектомъ правъ гражданскихъ, то нѣтъ ни малѣйшихъ основаній не признавать за государствомъ и возможности быть субъектомъ правъ публичныхъ.

Если государство продало въ разсрочку участки земли, и субъектомъ права получать эти платежи является государство, какъ юридическое лицо, то почему субъектомъ права получать, напр., выкупные платежи крестьянъ является не государство, а что-то иное или кто-то иной? А если выкупные платежи получаетъ государство, какъ юридическое лицо, то почему право на полученіе государственнаго поземельнаго налога должно пониматься, какъ принадлежащее не государству, а какому то третьему неизвѣстному субъекту, или какъ право безсубъектное?

Раздѣленіе того-же государства на субъекта (юридическое лицо) и не-субъекта (представителя власти) настолько произвольно и голословно, приводитъ къ такимъ противорѣчіямъ, что строить на немъ теорію о томъ, въ какихъ случаяхъ казна за чиновниковъ отвѣчаетъ, въ какихъ нѣтъ, рѣшительно невозможно.

Въ основѣ разсматриваемой теоріи лежитъ также противоположеніе должностныхъ лицъ государства, какъ власти, должностнымъ лицамъ фиска. Но врядъ ли и это противоположеніе на дѣлѣ можетъ быть проведено сколько нибудь послѣдовательно.

Мировой судья—не фискальный чиновникъ, но, поскольку онъ нанимаетъ помѣщеніе для камеры или покупаетъ бумагу для писанія рѣшеній, онъ обязываетъ фискъ, какъ если бы онъ и былъ фискальнымъ чиновникомъ.

ственное учрежденіе... имѣетъ двойкій характеръ: главное его назначеніе—служить общественнымъ цѣлямъ управленія, но оно въ то же время есть и юридическое лицо, властвующее и распорядящееся известнымъ имуществомъ"... Повидимому лишь въ самое послѣднее время С-нать начинаетъ противопоставлять государство, какъ публичную власть, государству, какъ субъекту имущественныхъ правъ, не называя послѣдняго изъ нихъ въ отличіе отъ перваго юридическимъ лицомъ. Ср. рѣш. Общ. Собр. 1903 г. № 34.

Говорить, что по отношенію къ государству и его органамъ фискъ является третьимъ лицомъ, невозможно, ибо цѣлый рядъ дѣйствій этихъ органовъ непосредственно возлагаетъ на государство денежныя обязательства, т. е. возлагаетъ ихъ на совокупность имуществъ государства, на фискъ ¹⁾.

Напр. если начальникъ учрежденія назначаетъ въ него какого-либо чиновника, то совершаетъ актъ власти, но тѣмъ самымъ возлагаетъ на фискъ обязанность платить этому чиновнику положенное по штату жалованіе.

И нельзя говорить, что фискъ можетъ обязываться только правильными, вполне законными дѣйствіями органовъ власти: если въ предложенномъ нами примѣрѣ начальникъ допустилъ при назначеніи своего подчиненнаго какую-либо неправильность: назначилъ, напр., лицо, не удовлетворяющее требуемому образовательному или иному цензу, то все таки за все то время, пока неправильно назначенный будетъ числиться на должности, фискъ будетъ ему выплачивать жалованіе.

Вообще, самая основа этой теоріи: полная раздѣльность субъектовъ фиска и государства, какъ такового, раздѣльность, мѣшающая имъ отвѣчать одному за другого, на столько произвольна, на столько противорѣчитъ всему дѣйствующему праву и всему современному пониманію государства ²⁾, что дальше останавливаться на разборѣ этой теоріи не представляетъ интереса.

Нерѣдко стараются обосновать невозможность отвѣтственности казны въ дѣлахъ публичныхъ, въ то время какъ она отвѣчаетъ въ дѣлахъ фискальныхъ, тѣмъ, что отношеніе, существующее между государствомъ и чиновникомъ въ этихъ двухъ разныхъ областяхъ, — разное. Въ дѣлахъ фиска чиновникъ — повѣренный юридическаго лица, тогда какъ въ дѣлахъ публичныхъ тотъ же чиновникъ уже не повѣренный, а самостоятельный носитель публичной власти, *Amtsgewalt* ³⁾.

Но допустить подобную двойственность въ положеніи чиновника рѣшительно невозможно.

Казна и въ хозяйственныхъ мѣропріятіяхъ все-таки остается тѣмъ-же самымъ государствомъ, дѣятельность органовъ котораго опредѣляется главнымъ образомъ публичнымъ правомъ. И чиновникъ, представляющій казну въ ея частно-правовыхъ отношеніяхъ съ обывателями, все-таки остается должностнымъ лицомъ, органомъ власти, и не превращается ни въ чьего слугу и повѣреннаго въ томъ смыслѣ, какой придается этимъ словамъ гражданскими законами.

Какъ общій характеръ должности чиновника, заключающаго отъ

¹⁾ Ср. по этому поводу Штенгель, стр. 562—564.

²⁾ Ср. Ленингъ, стр. 108.—Ср. также выше, стр. 79—92.

³⁾ Ср. напр. Stobbe. Deutsches Privatrecht III. 1898 г. Стр. 558.

имени казны договоръ поставки или подряда по правиламъ 1-й части X тома, и вообще отношеніе его къ государству, такъ и взаимныя отношенія этого чиновника и обывателей ни въ коемъ случаѣ не опредѣляются постановленіями гражданскихъ законовъ о личномъ наймѣ или о договорѣ довѣренности.

Отношеніе къ государству у даннаго должностнаго лица, то являющагося органомъ публичной власти, то исполняющаго функціи хозяйственнаго, частно-правового характера, остается безусловно неизмѣннымъ. И напр. министръ, заключающій отъ имени казны договоръ поставки или подряда, все-таки остается органомъ государственной власти, права и обязанности котораго опредѣляются Уставомъ о Службѣ Правительственной, Общимъ Учрежденіемъ Министерствъ, Учр. Правит. Сената и другими законами, носящими несомнѣнно публичный, а не частно-правовой характеръ.

И хотя Пр. Сенатъ въ одномъ рѣшеніи, говоря объ отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ, заключающихъ отъ имени казны договорныя сдѣлки съ частными лицами, и привелъ въ скобкахъ статьи 687 и 2326 ¹⁾ Зак. Гражд., а въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ прямо называетъ казну по отношенію къ чиновникамъ „вѣрителемъ“ ²⁾, но само собою разумѣется, что, напр., отношеніе къ государству министра, утверждающаго договоръ подряда и являющагося при этомъ представителемъ казны по имуществамъ, опредѣляются указанными выше законами публичнаго характера, но никакъ не постановленіями гражданскихъ законовъ о довѣренности или о договорѣ личнаго найма (т. X ч. 1 ст. 2201—2334). Такъ, неправильныя дѣйствія, допущенныя министромъ при заключеніи договоровъ отъ имени казны, должны признаваться нарушеніемъ служебнаго долга, а не нарушеніемъ довѣренности или условій личнаго найма. И между казною и министромъ, заключившимъ договоръ отъ имени казны, не можетъ быть никакого гражданского иска, вытекающаго изъ факта заключенія этого договора.

Вмѣстѣ съ тѣмъ и отношенія къ министру того частнаго лица, которое заключаетъ съ нимъ договоръ казеннаго подряда, ни въ коемъ случаѣ не могутъ разсматриваться, какъ отношенія одного частнаго лица къ другому частному же лицу—повѣренному казны, „для которой обязательны постановленія гражданскихъ законовъ“. Напротивъ того, если публично-правовой характеръ должности ми-

¹⁾ Ст. 2326 Зак. Гражд. помѣщена въ главѣ „о довѣренности и вѣрующихъ письмахъ“ и гласитъ: „Какъ по всякой довѣренности довѣритель изъясняетъ, что онъ во всемъ, что повѣренный его по довѣренности сдѣлаетъ, ему вѣрить и спорить и преклословить не будетъ, то посему все, сдѣланное повѣреннымъ на основаніи данной ему довѣренности, хотя бы то было и ко вреду довѣрителя, остается въ своей силѣ...“

²⁾ Напр., рѣш. Гр. Касс. Д-та. 1875 г. № 490.

министра вообще въ чемъ-либо можетъ отражаться при отношеніяхъ его съ частными лицами, то онъ въ той же самой степени выражается и при заключеніи министромъ частно-правовой сдѣлки отъ имени казны, какъ и при изданіи какого-либо распоряженія, въ которомъ проявляется публичная государственная власть. Этотъ публичный характеръ должности министра въ противоположность, напр., частно-правовому характеру повѣреннаго, дѣйствующаго на основаніи полученной довѣренности, вообще мало въ чемъ можетъ выразиться въ отношеніяхъ съ обывателями ¹⁾. Но, напр., оскорбленіе, нанесенное контрагентомъ казны министру, утверждающему договоръ казеннаго подряда, несомнѣнно должно разсматриваться, какъ оскорбленіе, нанесенное должностному лицу.

Поэтому противоположеніе должностныхъ лицъ, какъ органовъ казны, должностнымъ лицамъ—органамъ власти, какъ лицамъ, стоящимъ къ государству и къ обывателямъ въ совершенно иныхъ юридическихъ отношеніяхъ, должно быть признано не соответствующимъ дѣйствительности. И никакого различія въ порядкѣ и степени отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами какъ той такъ и другой категоріи, или вѣрнѣе между отвѣтственностью за то же самое должностное лицо, поскольку оно является органомъ фиска или органомъ власти, на этомъ несуществующемъ различіи должностныхъ лицъ обосновывать нельзя.

§ 4. *Незаконныя дѣйствія чиновниковъ суть дѣйствія не власти, а частныхъ лицъ.*

Если не у писателей, посвятившихъ отвѣтственности казны спеціальныя монографіи, то во всякомъ случаѣ у многихъ юристовъ, затрогивавшихъ этотъ вопросъ, отрицательный отвѣтъ на него, или же то мнѣніе, что отвѣтственность казны должна опредѣляться началами гражданскаго права, обусловливаются тѣмъ ученіемъ, что неправильныя дѣйствія чиновниковъ являются не дѣйствіями власти, а личными, частными дѣйствіями физическихъ лицъ, занимающихъ тѣ или другія должности ²⁾.

Эта точка зрѣнія ни въ коемъ случаѣ принята быть не можетъ ³⁾. Если судъ приговоритъ кого-либо къ аресту неправильно, незаконно, съ нарушеніемъ предѣловъ своей компетенціи, то этотъ приговоръ все-таки является должностнымъ актомъ, хотя бы и неправильнымъ.

¹⁾ См. аналогичныя соображенія у Л е н и н г а, стр. 106. См., однако, совершенно обратное мнѣніе у того же Л е н и н г а, стр. 55.

²⁾ Ср. приведенныя выше ученія Гирке, Прейсса и Теллинека, (стр. 197—199). Та же точка зрѣнія у Л е н и н г а, стр. 107.

³⁾ Ср. по этому поводу D u g u i t, Etudes de droit public. 1901, II, стр. 637.

но не дѣйствиємъ судьи, какъ частнаго лица. Этотъ приговоръ, въ установленномъ на то порядкѣ, можетъ быть отмѣненъ, но отмѣненъ именно какъ должностное дѣйствіе. И пока онъ не отмѣненъ, онъ имѣетъ всѣ или почти всѣ свойства правильнаго должностнаго дѣйствія: сопротивленіе ему есть сопротивленіе должностному дѣйствію, приведеніе его въ исполненіе есть приведеніе въ исполненіе должностнаго акта, а не распоряженія судьи, какъ частнаго чловѣка.

То-же самое надо сказать и по поводу неправильныхъ административныхъ актовъ или даже такихъ, въ основѣ которыхъ лежитъ преступленіе должности.

Въ одномъ отношеніи неправильные административные акты не имѣютъ свойства актовъ законныхъ: имъ можно оказывать пассивное сопротивленіе, которое не карается уголовнымъ закономъ. Но затѣмъ неправильные административные акты обладаютъ цѣлымъ рядомъ тѣхъ же свойствъ, что и акты вполне законные: исполненіе неправильныхъ административныхъ актовъ какъ обывателями, такъ и подчиненными или даже просто посторонними властями не разсматривается, какъ исполненіе частной воли, и при томъ незаконной воли частнаго лица, а является исполненіемъ приказа или распоряженія власти или подчиненіемъ ему ¹⁾.

Пусть обязательное постановленіе, составленное земствомъ и изданное губернаторомъ, незаконно: пока оно не отмѣнено подлежащею властью, всякій, подчиняющійся ему, дѣйствуетъ законно. И органъ полиціи, настаивающій на исполненіи этого обязательнаго постановленія, незаконнаго, но еще не отмѣненнаго, дѣйствуетъ согласно своимъ обязанностямъ и настаиваетъ на исполненіи акта власти, а не личнаго волеизъявленія губернатора, какъ частнаго лица ²⁾.

Наконецъ, еслибы незаконные административные акты или судебныя рѣшенія юридически были не дѣйствіями органовъ власти, а дѣйствіями частныхъ людей, то незаконныя дѣйствія властей нельзя было бы обжаловать. Начальству не только незачѣмъ было бы разсматривать жалобу на незаконное постановленіе его подчиненнаго, но оно и не имѣло бы права входить въ разсмотрѣніе пра-

¹⁾ Замѣтимъ, что по общему правилу и обжалованіе неправильнаго и противозаконнаго административнаго распоряженія не останавливаетъ его исполненія.

²⁾ Всякое законное требованіе власти, обращенное къ обывателю, создаетъ для него обязанность подчиниться этому требованію. Поскольку это требованіе состоялось въ интересахъ третьяго лица, оно создаетъ для этого послѣдняго право настаивать на томъ, чтобы оно было исполнено. Всякое законное распоряженіе власти создаетъ для другихъ властей обязанность считаться съ нимъ, предоставляетъ имъ право требовать, въ чемъ это до нихъ касаться можетъ, исполненія этого распоряженія.

Всякое незаконное требованіе власти, пока оно не отмѣнено, тоже воз-

вильности этого распоряженія: по скольку распоряженіе чиновника, будучи неправильно, не заключаетъ въ себѣ признаковъ уголовно-наказуемаго дѣянія, оно было бы для начальства юридически вполне безразличнымъ.

Еслибы незаконное распоряженіе губернатора было такимъ же актомъ губернатора, не какъ органа власти, а какъ частнаго чело-вѣка, какъ, напр., назначенный и проигранный имъ шлемъ на безъ-козыряхъ, то на это незаконное распоряженіе такъ же невозможно жаловаться въ Сенатъ или министру вн. дѣлъ, какъ нельзя жало-ваться въ Сенатъ на то, что губернаторъ назначилъ и проигралъ шлемъ на безъ-козыряхъ. И если бы незаконное распоряженіе было не актомъ государственной власти, а актомъ чиновника, какъ частнаго лица, то отмѣна этого акта была бы столь же невозможна, какъ и отмѣна правильнаго или неправильнаго назначенія большого шлема: она была бы и совершенно излишнею, такъ какъ этотъ неправильный административный актъ вовсе не имѣлъ бы государственнаго значе-нія. Единственно, что можно было бы сдѣлать съ этимъ незаконнымъ актомъ, это просто пренебречь имъ: онъ съ самаго начала являлся бы въ государственно-правомъ смыслѣ какъ бы не бывшимъ.

Даже преступленія должности, влекуція за собою для винов-ныхъ послѣдствія уголовныя, поскольку эти преступленія вырази-лись въ актахъ власти, могутъ не терять своего юридическаго зна-ченія, именно какъ должностныхъ актовъ, даже и въ случаѣ осужде-

лагаетъ на обывателей рядъ обязанностей; если не обязанности активнаго исполненія его, то во всякомъ случаѣ обязанности пассивнаго отношенія къ тому, какъ оно другими приводится въ исполненіе. Точно такъ-же и права обывателей могутъ быть основаны и на неправильномъ актѣ власти: непра-вильное постановленіе, предоставляющее мнѣ право пользованія мѣстомъ на городской площади для устройства тамъ балагана, предоставляетъ мнѣ это право и при условіи неправильности своей. Въ случаѣ неправильности этого постановленія мое право пріобрѣтаетъ нѣсколько прекарный характеръ, ибо постановленіе это можетъ быть отмѣнено, но, пока оно не отмѣнено, я моимъ правомъ могу пользоваться, и при томъ именно какъ правомъ, а не только, какъ фактически установившимся положеніемъ.—Для другихъ органовъ власти незаконное распоряженіе тоже не является безразличнымъ, какъ бы не бывшимъ, но имѣетъ значеніе именно акта власти. Назначеніе исправникомъ лица, которое не можетъ состоять на государственной службѣ, не только со-общаетъ ему всѣ полномочія исправника, но и обязываетъ всѣ органы власти, такъ или иначе съ нимъ соприкасающіеся, относиться къ его распоряженіямъ именно какъ къ распоряженіямъ исправника и предъявлять ему всѣ требова-нія, которыя они могутъ предъявлять именно исправнику, и которыя были бы немислимы по отношенію къ частному лицу. Казначейство имѣетъ право вы-плачивать такому неправильно назначенному исправнику, положенное ему по закону содержаніе, и это не будетъ растратою казенныхъ суммъ. Поскольку становые обязаны подчиняться законно назначенному исправнику, они обязаны подчиняться и этому незаконно назначенному.

нія виновныхъ. Судебное рѣшеніе или судебный приговоръ, постановленные за взытку, даже и въ случаѣ осужденія судей за нее, не теряютъ своей силы въ виду самого осужденія судей: это осужденіе даетъ лишь право просить о пересмотрѣ рѣшенія; и пока этого пересмотра не состоялось, прежнее рѣшеніе сохраняетъ свое прежнее значеніе, какъ если бы оно было вполне правильнымъ. Это справедливо не только по отношенію къ судебнымъ рѣшеніямъ, но и по отношенію къ административнымъ актамъ. Если я за взытку получилъ, не имѣя на то права, дозволеніе губернатора на открытіе типографіи, и если это будетъ обнаружено, и губернаторъ за лихоимство будетъ преданъ суду и осужденъ, то меня можно обвинять въ лихоимствѣ, но нельзя обвинять въ открытіи типографіи безъ надлежащаго правительственнаго разрѣшенія.

Если подобное разрѣшеніе было дано вопреки прямому постановленію закона, относящагося къ такъ называемому общественному порядку, напр., если разрѣшеніе открыть въ данномъ городѣ аптеку дано съ нарушеніемъ основныхъ правилъ объ открытіи ихъ, напр. лицу, по закону вовсе не имѣющему права держать аптеку, то оно недействительно, ибо и съ этимъ разрѣшеніемъ, и безъ него это лицо ни въ данномъ городѣ, ни въ другомъ аптеки открыть не можетъ. Но если разрѣшеніе дано такому лицу, которое этимъ разрѣшеніемъ, буде оно выдано правильно, имѣетъ право воспользоваться, то хотя оно и было бы дано за взытку съ нарушеніемъ правъ третьихъ лицъ, напр. изъ двухъ соискателей тому, чьи права хуже, то открывшій аптеку на основаніи подобнаго разрѣшенія не только не могъ бы быть привлеченъ за самовольное открытіе аптеки безъ разрѣшенія, но и сохранилъ бы право держать эту аптеку и послѣ того, какъ чины министерства внутреннихъ дѣлъ, выдавшіе это разрѣшеніе, были бы привлечены къ отвѣтственности за взытку и осуждены за нее.

Подобный результатъ въ особенности ясенъ, если неправильность, допущенная органомъ власти, состояла не въ нарушеніи закона, а въ нарушеніи обязательнаго для него приказа или циркуляра его начальства. Предположимъ, что существуетъ конфиденціальный циркуляръ министра внутреннихъ дѣлъ губернаторамъ, чтобы они не давали разрѣшенія на открытіе типографіи тѣмъ, кто когда-либо состоялъ подъ гласнымъ надзоромъ полиціи. Губернаторъ данной губерніи за взытку далъ такое разрѣшеніе лицу, которое состояло подъ гласнымъ надзоромъ. Въ виду того, что подобный циркуляръ министра внутреннихъ дѣлъ для губернаторовъ обязательенъ, выдача такого разрѣшенія представляется неправильной, а благодаря тѣмъ условіямъ, которыми сопровождалась (взытка), и преступной. Но можно ли закрыть типографію, открытую на основаніи подобнаго разрѣшенія? Отнюдь. Если состояніе подъ надзоромъ полиціи являлось для дан-

наго лица единственнымъ препятствіемъ для полученія разрѣшенія, то такое лицо, держа типографію съ разрѣшенія губернатора, никакого закона не нарушаетъ, и нѣтъ никакого законнаго основанія для того, чтобы требовать отъ него закрытія типографіи ¹⁾.

Признаніе неправильныхъ должностныхъ дѣйствій должностными не есть какое-то случайное недоразумѣніе, почему либо одинаково встрѣчающееся во всѣхъ современныхъ законодательствахъ. Это есть необходимое требованіе, вытекающее изъ самого существа правительственной дѣятельности и каждаго правопорядка.

Если бы неправильныя и даже преступныя должностныя дѣйствія были исключены изъ счета дѣйствій должностныхъ, то государственное управленіе стало бы безусловно невозможнымъ. Неправильность даннаго распоряженія можетъ быть не сразу обнаружена, она не сразу можетъ быть замѣчена обывателемъ, по жалобѣ этого обывателя данное распоряженіе можетъ быть не сразу отмѣнено подлежащею властью.

Но пока данное неправильное распоряженіе не отмѣнено, или во всякомъ случаѣ, пока неправильность его не обнаружена, на основаніи этого распоряженія могли послѣдовать тѣ или другія распоряженія подчиненныхъ властей, на немъ могли быть основаны тѣ или другія права обывателей.

Назначеніе того или другого служащаго состоялось съ нарушеніемъ законнаго порядка. Тѣмъ не менѣе служащій вступилъ въ исправленіе своихъ обязанностей, издалъ рядъ распоряженій. Затѣмъ назначеніе его признается неправильнымъ, онъ удаляется отъ должности. Но могутъ ли быть признаны ничтожными всѣ его распоряженія? Вѣдь нѣкоторыя изъ нихъ, быть можетъ, и имѣли смыслъ только въ тотъ моментъ, когда издавались и приведены были въ исполненіе. Если выборы земскаго гласнаго кассированы, то неужели возможно, чтобы всѣ тѣ постановленія собранія, въ обсужденіи которыхъ онъ принималъ участіе, были признаны ничтожными? Изданное обязательное постановленіе и, въ случаѣ своей неправильности обязательно для чиновъ полиціи, наблюдающихъ за его исполненіемъ. Они и обжаловать его не могутъ. Если за неправильнымъ обязательнымъ постановленіемъ отрицать значеніе должностнаго правительственнаго акта, то всѣ дѣйствія чиновъ полиціи по приведенію этого постановленія

¹⁾ Мы взяли такой примѣръ, когда разрѣшеніе, данное администраціей, не можетъ быть ею свободно отобрано въ любой моментъ, ибо хотя открытіе типографій поставлено въ зависимость отъ дискреціоннаго усмотрѣнія администраціи, но закрытіе типографіи можетъ послѣдовать только при извѣстныхъ, въ законѣ установленныхъ условіяхъ. Если бы дѣло шло о такомъ разрѣшеніи, которое столь же свободно дается, какъ и отбирается, то неправильно выданное разрѣшеніе, конечно, могло бы быть отобрано, но лишь потому, что и правильно выданное разрѣшеніе точно такъ же могло бы быть отобрано.

въ дѣйствіе слѣдовало бы признавать дѣйствіями, совершенными безъ всякаго законнаго основанія, превышеніемъ власти; исполненіе чинами ихъ прямой обязанности должно было бы разсматриваться какъ прямое преступленіе.

Отрицаніе должностнаго характера и характера правительственныхъ актовъ за неправильными (а въ иныхъ случаяхъ и за преступными) дѣйствіями должностныхъ лицъ на практикѣ свелось бы къ тому, что обыватели получили бы право, точнѣе говоря, на нихъ была бы возложена обязанность, относиться къ должностному акту, предполагаемому ими неправильнымъ, какъ къ ничтожному, какъ къ бывшему. На дѣлѣ это поставило бы обывателя судьей надъ властью, т. е. извратило бы тѣ отношенія, которыя необходимы для государственной жизни ¹⁾.

Къ тому же, необходимость для обывателей признавать состоявшіяся неправильныя должностныя распоряженія ничтожными, наряду съ началами служебнаго подчиненія должностныхъ лицъ, для которыхъ распоряженія начальства, не предписывающія имъ чего либо прямо преступнаго, обязательны, привело бы въ концѣ концовъ къ состоянію непрекращающейся гражданской войны ²⁾.

Такимъ образомъ, то положеніе, что дѣйствія властей, неправильныя или выходящія изъ предѣловъ предоставленной имъ власти, суть ихъ личныя дѣйствія, и что они не являются дѣйствіями должностными, принято быть не можетъ.

Поэтому не можетъ быть признана правильною и та теорія ³⁾, ко-

¹⁾ Вмѣсто того, чтобы обжаловать неправильное судебное рѣшеніе, состоящее противъ Ивана, Иванъ, если бы теорія ничтожности неправильныхъ правительственныхъ актовъ была допустима, долженъ былъ бы ограничиться тѣмъ, что сказалъ бы: „этимъ рѣшеніемъ нарушена статья такая-то Зак. Гражд. Рѣшеніе это неправильно, я его не признаю“. И все. Еслибы этимъ рѣшеніемъ дѣйствительно была нарушена та или иная статья закона, и если бы оно поэтому было неправильно, то въ качествѣ ничтожнаго (исходя изъ той же теоріи ничтожности и необязательности неправильныхъ должностныхъ актовъ) оно бы никогда и не могло войти въ законную силу: приговоръ мирового судьи, который приговорилъ бы къ повѣшенію, не можетъ вступить въ законную силу. Поэтому, съ точки зрѣнія разсматриваемой теоріи, судебный приставъ, который приводилъ бы въ исполненіе рѣшеніе мирового судьи, заключающее въ себѣ какую бы то ни было неправильность, приводилъ бы не судебное рѣшеніе, а исполнялъ бы приказаніе судьи, какъ частнаго чловѣка. А такъ какъ мировой судья, какъ частное лицо, не имѣетъ права лишать меня моего имущества, то взысканіе, обращенное на мое имущество по рѣшенію мирового судьи, хотя и вошедшему въ законную силу за истеченіемъ срока для подачи апелляціонной жалобы, все-таки было бы актомъ самоуправства, и судебный приставъ долженъ былъ бы быть преданъ суду за совершенное имъ преступленіе.

²⁾ См. выше, стр. 212.

³⁾ Замѣтимъ, что эта теорія, какія бы государственно-правовыя соображенія подъ нее ни подводились, есть въ концѣ концовъ лишь государственная

торая признаетъ, что казна потому не можетъ нести отвѣтственности за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ, что дѣйствія эти для государства какъ бы не существуютъ, являются не актами власти, а личными дѣйствіями чиновниковъ, какъ частныхъ лицъ.

§ 5. *Отвѣтственность казны свяжетъ энергію администраціи, помѣшаетъ отнять неправильныя дѣйствія и разорить казну.*

Однимъ изъ наиболѣе часто повторяемыхъ доводовъ противъ установленія отвѣтственности казны, доводомъ, пользующимся особымъ успѣхомъ у французскихъ писателей, является то соображеніе, что установленіе этой отвѣтственности уменьшить энергію администраціи ¹⁾).

Какъ намъ кажется, вообще трудно быть сторонникомъ энергіи администраціи во что бы то ни стало, хотя бы за счетъ правъ частныхъ лицъ. И поскольку энергія администраціи выражается въ нарушеніи правъ обывателей, противъ уменьшенія этой энергіи возражать трудно. Къ тому же въ вопросѣ объ отвѣтственности казны не объ одной администраціи идетъ дѣло, но также и о судахъ, которые должны постановлять свои рѣшенія, хотя бы и затруднялись въ томъ, какое именно рѣшеніе даннаго дѣла правильнѣе.

Но независимо отъ того, что самый тотъ результатъ, которымъ пугаютъ на случай установленія отвѣтственности казны, далеко не такъ страшенъ,—намъ кажется, что доводъ этотъ неправиленъ еще и потому, что самое наступленіе этого результата, уменьшенія энергіи администраціи, отнюдь не можетъ быть связано съ установленіемъ отвѣтственности казны: вѣдь если существованіе личной отвѣтственности чиновника не уменьшаетъ его должной энергіи, то почему же отвѣтственность другого кармана, казны, эту энергію уменьшить?

Видѣть въ денежной отвѣтственности кого бы то ни было, самого ли чиновника, или казны, причину умаленія энергіи администраціи, по нашему мнѣнію, нельзя уже и потому, что не всегда убытки, могущіе быть въ послѣдствіи взысканными, причиняются именно содѣяніемъ; мыслимы, и даже весьма нерѣдки убытки, причиняемые упущеніями, нерадѣніемъ, медленностью. Перспектива взысканія убытковъ можетъ только усилить энергію администраціи во всѣхъ случаяхъ этого рода.

перифраза старой цивилистической теоріи Савиньи объ абсолютной недееспособности юридическихъ лицъ. Въ гражданскомъ правѣ эта теорія, ея основанія и главный образъ тѣ практическіе выводы, которые изъ нея могутъ быть сдѣланы, уже давно сданы въ архивъ, а государственники и по сей часъ продолжаютъ ею пробавляться.

¹⁾ Мишю (1895), стр. 280.

Б л ю н ч л и, возражая противъ отвѣтственности казны, находилъ, что установленіе этой отвѣтственности повлекло бы за собою лишь то, что неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ перестали бы признаваться подлежащимъ начальствомъ неправильными, дабы тѣмъ не подводить казну подъ необходимость платить убытки, причиненныя этими дѣйствіями ¹⁾.

Повидимому, съ того времени, когда образовывались взгляды Б л ю н ч л и, произошла огромная перемѣна въ добросовѣстности администраціи. И нынѣ, не только въ конституціонныхъ государствахъ, но и въ Россіи, совершенно неправдоподобно, чтобы установленіе отвѣтственности казны могло имѣть тѣ послѣдствія, которыхъ боялся Б л ю н ч л и.

Но намъ кажется, что даже при допущеніи того, что возможность такихъ или иныхъ послѣдствій признанія подлежащимъ начальствомъ даннаго распоряженія неправильнымъ будетъ отражаться на разрѣшеніи этого вопроса, все таки больше вѣроятія, что вопросъ о правильности даннаго распоряженія будетъ разрѣшаться безпристрастиѣ при отвѣтственности казны, чѣмъ при отвѣтственности чиновника: начальство всегда легче согласится на то, чтобы платила казна, чѣмъ на то, чтобы заставить платить своего подчиненнаго.

Однимъ изъ возраженій противъ установленія отвѣтственности казны является возможность того, что казну будутъ подводить искусственно создаваемыми убытками: стачка чиновника съ обывателемъ грозитъ государству огромными убытками. Но это возраженіе либо ничего не доказываетъ, либо доказываетъ то, чего принять нельзя: стачка чиновника съ обывателемъ возможна не только въ дѣлахъ публично-правовыхъ, но и въ чисто-фискальныхъ, частно-правовыхъ. Если возможность стачки обывателя съ чиновникомъ грозитъ государству такими убытками, что отвѣтственности казны устанавливать нельзя, то ея нельзя устанавливать и въ дѣлахъ по управленію казеннымъ имуществомъ. Но въ этихъ дѣлахъ отвѣтственность казны существуетъ, и ни о какихъ стачкахъ не слышно; о томъ, чтобы равновѣсіе государственнаго бюджета отъ этого колебалось, не слышно тоже. Почему же можно думать, что въ дѣлахъ публично-правовыхъ будетъ иначе?

¹⁾ Verhandlungen des VI deutschen Juristentags. Томъ I, стр. 51.—Ему возражалъ на IX съѣздѣ К ö r n e r. Verhandlungen des IX deutschen Juristentags. Томъ III, стр. 47.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Теоріи, основывающія отвѣтственность казны на дѣйствующемъ публичномъ правѣ.

§ 1. Теоріи Геффтера и Мейстерлина.

I. Весьма своеобразную и свободную отъ цивилистическихъ элементовъ точку зрѣнія проводилъ Геффтеръ въ статьѣ, посвященной отвѣтственности казны за убытки, причиненные народными волненіями ¹⁾).

Онъ говоритъ, что если взыскивать убытки, причиненные народными скопищами, съ общинъ, то почему же не взыскивать ихъ и съ государства. Это вызываетъ у него дальнѣйшій вопросъ, лежитъ ли на государствѣ по отношенію къ отдѣльнымъ обывателямъ юридическая обязанность охранять ихъ личность и имущество, или же по отношенію къ нимъ государство имѣетъ только права, которыми оно можетъ пользоваться по своему усмотрѣнію. И онъ приходитъ къ тому выводу, что извѣстныя обязанности на государствѣ лежатъ ²⁾).

По мнѣнію Геффтера, если чиновникъ можетъ отвѣчать за убытки, причиненные какими либо беспорядками, то онъ отвѣчаетъ не за громилъ (Tumultuanten), а за собственную вину, состоящую въ томъ, что онъ не исполнилъ своего долга по предупрежденію беспорядковъ или по пресѣченію ихъ.

Государство тоже должно отвѣчать, и при томъ не во вторую голову, какъ поручитель за чиновника, а въ первую, потому что оно также не исполнило своей обязанности: черезъ посредство своихъ органовъ обезпечить имущество и жизнь гражданъ ³⁾).

Но у Геффтера наличность юридической обязанности государства отвѣчать за охраненіе тишины и спокойствія является недо-

¹⁾ Heffter. Die Nithinderung von Verbrechen gegen Personen und Eigenthum inwiefern begründet sie einen Entschädigungsanspruch an die Staatsregierung? ВЪ Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrgang 1851. Viertes Stück.

²⁾ Стр. 446—448.

³⁾ Стр. 458.

статочно мотивированной ¹⁾, и рассматриваемый имъ случай отвѣтственности казны по существу своему ничѣмъ не отличается отъ массы другихъ ²⁾: обязано ли государство отвѣчать за правильный ходъ гражданскаго правосудія, за хорошее состояніе государственныхъ дорогъ и т. п. Если государство обязано отвѣчать въ случаѣ, рассматриваемомъ Гефферомъ, то оно обязано отвѣчать также и во всѣхъ случаяхъ какихъ либо не порядковъ въ другихъ частяхъ управленія.

Такимъ образомъ, если отвѣтственность казны существуетъ въ случаѣ, рассматриваемомъ Гефферомъ, то только потому, что эта отвѣтственность имѣетъ болѣе широкое юридическое основаніе, чѣмъ онъ думаетъ. Если же этого болѣе широкаго основанія не существуетъ, не существуетъ общей обязанности казны отвѣчать за упущенія и преступленія должностныхъ лицъ, то нѣтъ и отвѣтственности казны ³⁾ въ тѣхъ дѣлахъ, для которыхъ ея требуетъ Гефферъ ⁴⁾.

¹⁾ Можно вполне резонно представить себѣ такое положеніе вещей: каждому предоставляется самому защищать свою особу и свое имущество; государство же только приходитъ на помощь въ этомъ дѣлѣ и приходитъ лишь постольку, поскольку находить это для себя удобнымъ и необходимымъ.— Такого положенія вещей, когда бы лицамъ, которымъ угрожаютъ злоумышленники, запрещалось принимать какія-либо мѣры самозащиты (ср. циркуляръ М-ра Вн. Д. по поводу Кишиневскаго погрома. —Право 1903 г. стр. 1384), Гефферъ, очевидно, не имѣетъ въ виду; между тѣмъ только при этомъ положеніи вещей его соображенія представлялись бы вполне обоснованными.

²⁾ По крайней мѣрѣ Гефферъ этого отличія не показалъ, да, по нашему мнѣнію, и не могъ бы показать, ибо его нѣтъ.

³⁾ Если только она не установлена специальнымъ закономъ.

⁴⁾ Тѣ возраженія, которыя были сдѣланы Гефферу со стороны Царіа (стр. 633, выноска 1) и Ленинга (стр. 100—101), не касаются существа дѣла: Царіа находить, что государство обязано лишь назначить чиновниковъ, на которыхъ возложено охраненіе тишины и спокойствія, и снабдить ихъ необходимыми полномочіями, самое же охраненіе тишины и спокойствія есть уже [обязанность не государства, а этихъ чиновниковъ. Но если, уже признавать на государствѣ какія-либо юридическія обязанности по назначенію чиновниковъ, то самая простая послѣдовательность требовала бы, чтобы за государствомъ была признана и обязанность назначить дѣльнаго чиновника, и въ случаѣ, еслибы назначенный чиновникъ оказался негоднымъ, государство должно было бы отвѣчать за то, что не исполнило своей обязанности произвести хорошей выборъ. — Ленингъ находить, что въ рассматриваемомъ Гефферомъ случаѣ отвѣтственность казны была бы возможна только въ томъ недопустимомъ предположеніи, что казна отвѣчаетъ за послѣдствія всякаго нарушенія правопорядка, а не только такого, который произошелъ вслѣдствіе упущенія чиновника, или же если казна отвѣчаетъ за *culpa in eligendo* этого чиновника. Отвѣчаетъ ли казна за послѣдствія всякаго правонарушенія,—это одинъ вопросъ, а отвѣчаетъ ли она за упущенія чиновника,—другой. Въдѣ, несмотря на то, что теперь на полиціи лежитъ обязанность предупрежденія и пресѣченія преступленій, чины полиціи могутъ быть признаны виновными въ упущеніи далеко не по поводу каждаго совершеннаго преступленія.—

Но существованія этого болѣе широкаго основанія Гефферъ не доказалъ и даже вопроса о немъ не поднялъ.

II. На болѣе широкую почву, и при томъ именно на ту, которая необходима была Гефферу, вопросъ объ отвѣтственности казны былъ поставленъ еще за долго до Геффера другимъ нѣмецкимъ юристомъ, Мейстерлиномъ ¹⁾.

Онъ конструируетъ отвѣтственность казны не какъ отвѣтственность государства за чиновниковъ ²⁾, но какъ отвѣтственность, вытекающую „только изъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя существуютъ между правительствомъ и гражданами“.

Изъ общей обязанности правительства дѣлать все, что въ его силахъ, для достиженія цѣли государства, Мейстерлинъ выводитъ, что государство обязано: 1) создать потребныя государственныя учрежденія, снабдить ихъ нужными средствами и личнымъ составомъ; 2) опредѣлить кругъ ихъ вѣдомства; 3) обезпечить то, чтобы должности замѣщались лицами, обладающими необходимыми качествами, и 4) организовать надзоръ за чиновниками.

Если правительство во всемъ этомъ сдѣлало все то, что было въ его силахъ, то этимъ оно удовлетворило всѣмъ требованіямъ, право на которыя вытекаетъ изъ существа государства.

Если же правительство этого не исполнило и не сдѣлало того, что было въ его силахъ, то оно не исполнило своей обязанности и должно отвѣчать за вредъ, который отсюда произошелъ, и при томъ не потому, чтобы на государствѣ лежала отвѣтственность за дѣйствія или упущенія чиновниковъ, поступающихъ не согласно данному имъ порученію, но только потому, что государство отвѣчаетъ за собственное свое упущеніе, за собственную свою вину.

Эта теорія Мейстерлина представляетъ во всякомъ случаѣ послѣдовательное развитіе вполнѣ опредѣленнаго представленія ³⁾ о

Ср. также возраженія, которыя Мишу дѣлаетъ Гефферу. 1895, II, стр. 268—270.

¹⁾ Meisterlin. Die Verhältnisse der Staatsdiener. Kassel. 1838. Стр. 98—99.

²⁾ Онъ исходитъ изъ того, что дающій полномочіе можетъ отвѣчать за дѣйствія своего повѣреннаго только въ томъ случаѣ, если этотъ послѣдній дѣйствуетъ согласно данному ему порученію. Поэтому отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ, не можетъ по мнѣнію Мейстерлина, вытекать изъ отношеній мандата.

³⁾ Съ точки зрѣнія послѣдовательности и логичности развитія тѣхъ взглядовъ, изъ которыхъ она исходитъ, теорія Мейстерлина не можетъ вызвать никакихъ возраженій. И надо только удивляться, почему писатели по вопросу объ отвѣтственности казны, всегда считающіе своимъ долгомъ остановиться на невѣдомо на чемъ основанной теоріи Геффера, обходятъ молчаніемъ теорію Мейстерлина: Цахаріе, Ленингъ, Мишу о ней не говорятъ вовсе. Лишь Пилоти посвящаетъ ей нѣсколько пренебрежительныхъ строкъ, изъ которыхъ трудно составить себѣ какое либо представленіе объ этой теоріи: между прочимъ, онъ относитъ ее къ теоріямъ частно правовымъ.

правительствѣ, какъ особомъ юридическомъ лицѣ, имѣющемъ извѣстныя обязанности по отношенію къ гражданамъ и осуществляющемъ эти обязанности посредствомъ своихъ уполномоченныхъ—должностныхъ лицъ.

Но неправильность отправной точки зрѣнія ¹⁾ Мейстерлина сказалась и на его выводѣ объ отвѣтственности казны: ему приходится утверждать существованіе юридическихъ обязанностей правительства дѣлать все, что только въ его силахъ, для осуществленія государственной цѣли. Но онъ не показалъ юридическаго основанія этой юридической обязанности: нѣтъ того закона, того договора, обычая или той судебной практики, которая бы устанавливала эту обязанность и опредѣляла ее предѣлы.

Отсутствіе юридическаго основанія для этой обязанности государства обращаетъ ее (если только въ такомъ случаѣ можно говорить объ обязанности) въ обязанность, такъ сказать, политическую. Да, правительство осуществляетъ тѣ или инныя культурныя и другія цѣли. Но выборъ средствъ для ихъ осуществленія, выборъ даже самыхъ цѣлей—это вопросы не права, а политики. Самъ Мейстерлинъ говоритъ, что государство обязано сдѣлать для достиженія своей цѣли все, „что въ его силахъ“. Такимъ образомъ вопросъ объ отвѣтственности казны въ каждомъ данномъ случаѣ сводился бы къ вопросу, столько ли силъ отдало государство данной цѣли, сколько могло, или не столько. Но это уже не правовой вопросъ, и нѣтъ суда, который могъ бы его себѣ поставить и разрѣшить.

Несомнѣнно, что если гдѣ нибудь на улицѣ случился грабежъ, то государство можетъ быть обвинено въ томъ, что не держало на этомъ мѣстѣ городского. Но не на каждомъ же шагу государство можетъ поставить по городовому. Въ такомъ случаѣ не хватило бы у казны средствъ, напр., на университеты или на пути сообщенія. Вопросъ, на что же именно казнѣ употреблять свои средства, на городскихъ ли, или на дороги, не есть вопросъ, который подлежитъ разрѣшенію суда.

Поэтому на томъ основаніи, которое указываетъ Мейстерлинъ, присужденіе казны къ убыткамъ является юридически невозможнымъ.

§ 2. *Теорія Цахаріа.*

Публично-правовая конструкція отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ получила общее признаніе послѣ ²⁾ подробнаго изслѣдованія этого вопроса, произведеннаго Н. А. Zachariae въ не-

¹⁾ На этомъ вопросѣ мы пока останавливаться не будемъ. Мы вернемся къ нему ниже, въ главѣ VIII.

²⁾ Попытки обосновать эту отвѣтственность на соображеніяхъ государственно-правового характера встрѣчались и раньше. Таково напр. замѣчаніе

разъ уже упомянутой статьѣ: „Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten“¹⁾).

Послѣ того, если по разсматриваемому вопросу и высказывались теоріи, основанныя на цивилистическихъ соображеніяхъ, то это всегда происходило при полной увѣренности авторовъ этихъ теорій въ томъ, что они стоятъ на чисто государственной публично-правовой точкѣ зрѣнія²⁾).

Цахаріэ начинаетъ построение собственной теоріи съ того, что категорически отвергаетъ возможность цивилистической точки зрѣнія: 3) отношенія между государствомъ и чиновникомъ, между чиновникомъ и обывателемъ цѣликомъ лежатъ въ области публичнаго права. Обыватель не можетъ уклониться отъ сношеній съ чиновникомъ и долженъ ему повиноваться. Конечно, обязанность повиновенія имѣетъ свои правовыя границы: въ случаѣ явно незаконныхъ требованій не только можно не повиноваться властямъ, но и самое сопротивленіе имъ не наказуемо; но, во первыхъ, очень часто сопротивленіе фактически невозможно, а во вторыхъ было бы въ высшей степени несправедливо заставлять обывателя нести убытки за то, что онъ подчинялся такому требованію властей, котораго онъ не могъ устранить законными средствами обжалованія и за то, что онъ не прибѣгъ къ сопротивленію властямъ⁴⁾. Если чиновники дѣйствуютъ, какъ органы государства, и предоставленными имъ полномочіями пользуются въ интересахъ государства, то ихъ дѣйствія должны юридически разсматриваться, какъ дѣйствія государства; и если это признается тамъ, гдѣ дѣло идетъ о такъ называемой административной гарантіи должностныхъ лицъ,⁵⁾ т. е. о защитѣ чиновниковъ въ ихъ должностной дѣятельности, то то же самое надо признавать и тамъ,

Schmitthenner'a, вообще во многомъ значительно опередившаго свое время: „War die Handlung, durch die ein Beamter vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise einem Unterthanen Schaden zugefügt hat, ein Akt der öffentlichen Gewalt (in dem Subjektionsverhältniss), so muss der Staat die Garantie übernehmen und in Subsidium den Schaden ersetzen. Dies folgt unmittelbar aus der Natur des Staatsdienstes.“—Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts. 1845. Стр. 513, выноска 1.

¹⁾ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. Томъ XIX. 1863 г. стр. 582—652.

²⁾ См. напр. изложенныя выше, стр. 195 и 210, ученія Блюнчли, Л. Ф. Штейна и К. Борнгака.—Вообще, ни Штейнъ, ни тѣмъ менѣе Борнгакъ отнюдь не могутъ быть признаны повинными въ томъ, чтобы они сознательно примѣшивали цивилистическіе элементы къ своимъ публично-правовымъ изысканіямъ.

³⁾ Цитированная статья, стр. 630—631.

⁴⁾ Тамъ же, стр. 631.

⁵⁾ Необходимость въ разрѣшеніи со стороны администраціи для возможности предъявленія къ должностному лицу иска объ убыткахъ или для возбужденія противъ него уголовнаго преслѣдованія.

гдѣ дѣло идетъ о защитѣ обывателей отъ незаконныхъ дѣйствій чиновниковъ.

Въ этомъ, по мнѣнію Цахаріа, заключается твердое государственно-правовое юридическое основаніе для отвѣтственности государства за должностныхъ лицъ ¹⁾).

Перейдя затѣмъ къ вопросу, должно ли государство отвѣчать въ первую голову или только субсидіарно, Цахаріа говоритъ, что надо различать тѣ дѣла, по природѣ своей гражданско-правовыя, въ которыхъ сдѣлки, заключаемыя отъ имени государства, какъ юридическаго лица, его представителемъ, *непосредственно* обязываютъ государство, ²⁾ и тѣ дѣла, гдѣ вредъ причиненъ чиновникомъ, неправильно употребившимъ предоставленныя ему полномочія власти. Въ этомъ второмъ случаѣ обязанность государства создается лишь *черезъ посредство* дѣйствія или упущенія чиновника. „Эта обязанность по своему государственно-правовому основанію имѣетъ природу лишь поручительства или гарантіи въ томъ, что подданный не понесетъ вреда въ силу самого принципа подчиненія государству. Отсюда юридически можетъ быть выведена лишь субсидіарная отвѣтственность государства“, которая можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій не въ состояніи получить вознагражденіе съ чиновника, причинившаго вредъ ³⁾).

Приведенными соображеніями исчерпывается то, чѣмъ Цахаріа обосновываетъ отвѣтственность казны въ области отношеній публично-правовыхъ.

Эти соображенія представляются намъ прежде всего недостаточно послѣдовательными ⁴⁾). Въ нихъ можно прослѣдить двѣ серіи доводовъ: доводы первой серіи исходятъ изъ того, что государство требуетъ подчиненія своимъ органамъ, и что поэтому представляется несправедливымъ, чтобы государство допускало, чтобы подданный отъ этого подчиненія несъ убытки. Доводы второй серіи исходятъ изъ того, что дѣйствія чиновниковъ юридически разсматриваются, какъ дѣйствія самого государства.

Изъ доводовъ первой серіи дѣйствительно можно вывести только субсидіарную отвѣтственность государства: обыватель не долженъ терпѣть убытка отъ подчиненія органу государственной власти; поэтому, если причиненный чиновникомъ убытокъ не можетъ быть возмѣщенъ этимъ (виновнымъ) чиновникомъ, то возмѣстить его должно государство.

Что касается второго соображенія, а именно, что дѣйствія органовъ власти юридически должны разсматриваться, какъ дѣйствія

¹⁾ Тамъ же, стр. 632.

²⁾ Тамъ же, стр. 633, ср. стр. 620—630.

³⁾ Тамъ же, стр. 633—634.

⁴⁾ Непослѣдовательность ихъ замѣтилъ и Лѣнинъ, стр. 102.

самого государства, то изъ этого соображенія, сколько нибудь послѣдовательно его развивая, можно прийти лишь къ отвѣтственности государства въ первую голову. Въ виду того, что такимъ образомъ это соображеніе Ц а х а р і е находится въ прямомъ противорѣчii съ окончательнымъ его выводомъ ¹⁾, изъ чего можно заключить, что тогда онъ не придавалъ этому соображенію особенно существеннаго значенія, а также въ виду того, что это соображеніе является у него совершенно необоснованнымъ ²⁾, существо теоріи Ц а х а р і е, проводимой имъ въ этой статьѣ, слѣдуетъ видѣть въ первомъ изъ этихъ двухъ соображеній.

Что касается обязанности подданныхъ повиноваться органамъ власти, то эта обязанность, вопреки мнѣнію Ц а х а р і е, не можетъ служить основаніемъ обязанности казны нести гражданскую отвѣтственность за послѣдствія этого повиновенія въ качествѣ гаранта, или поручителя, за чиновниковъ.

Ц а х а р і е самъ отнюдь не сомнѣвается въ томъ, что фактъ причиненія убытковъ неправильнымъ пользованіемъ полномочіями власти создаетъ для того должностного лица, которое причинило эти убытки, обязанность возмѣстить ихъ ³⁾. Государство является лишь поручителемъ за это должностное лицо. Но поручительство, какъ аксессуарное обязательство, должно имѣть самостоятельное юридическое основаніе. Изъ того, что данный проступокъ чиновника, данное его неправильное дѣйствіе создало для него обязанность уплатить тѣ или другіе убытки, еще не вытекаетъ, что для кого либо возникла обязанность поручительства за этого чиновника.

По мнѣнію Ц а х а р і е, эта обязанность вытекаетъ изъ того, что

¹⁾ Впослѣдствіи, при обсужденіи вопроса объ отвѣтственности казны на девятомъ съѣздѣ германскихъ юристовъ, Ц а х а р і е отказался отъ теоріи субсидіарной отвѣтственности казны и заявилъ себя сторонникомъ отвѣтственности ея въ первую голову. *Verhandlungen des IX Juristentags*, томъ III, стр. 56.

²⁾ Это положеніе является у Ц а х а р і е не только не обоснованнымъ, но и стоящимъ въ прямомъ противорѣчii съ тѣмъ, что онъ говоритъ на слѣдующей же (633) страницѣ, гдѣ онъ (совершенно произвольно, и опять таки въ противорѣчii съ самимъ собою, ибо считаетъ государство юридическимъ лицомъ и въ области публично-правовыхъ отношеній,—см. стр. 615), устанавливаетъ противоположеніе государства въ области частно-правовыхъ отношеній, гдѣ оно непосредственно обязывается дѣйствіями чиновника, и государства въ области отношеній публично-правовыхъ, властныхъ, гдѣ обязательства государства возникаютъ лишь черезъ посредство (*durch*) дѣйствій чиновника.

Разсматриваемое положеніе представляется у Ц а х а р і е совершенно необоснованнымъ потому, что въ подтвержденіе его онъ приводитъ лишь ссылку на то, что это положеніе должны признавать сторонники такъ называемой административной гарантіи должностныхъ лицъ. Но самъ Ц а х а р і е отнюдь не является сторонникомъ этой правовредительной гарантіи. Поэтому для него это положеніе и является необоснованнымъ.

³⁾ Цитированная статья, стр. 632.

государство требует подчинения должностным лицам. Но изъ этого требованія юридической обязанности быть поручителемъ отнюдь не вытекаетъ. Если я требую, чтобы вы подчинились какому либо незаконному дѣйствию третьяго лица, и тѣмъ принуждаю васъ ему подчиниться, то это имѣетъ значеніе моего соучастія въ данномъ неправомѣрномъ поступкѣ, и тогда я солидарно съ этимъ третьимъ лицомъ несу гражданскую отвѣтственность въ первую голову,— или же это мое требованіе носить характеръ настоянія, совѣта, не имѣющаго юридическаго значенія, и тогда изъ него никакихъ моихъ обязательствъ непосредственно возникнуть не можетъ, въ томъ числѣ не можетъ непосредственно возникнуть и моего поручительства за это третье лицо.

Первой альтернативы Ц а х а р і э не допускаетъ, и какъ намъ кажется, со своей точки зрѣнія дѣлаетъ это вполнѣ правильно, ибо указанное имъ требованіе государства, не карающаго за пассивное неповиновеніе незаконнымъ требованіямъ власти и при случаѣ допускающаго прямое сопротивленіе имъ, не носить абсолютнаго характера, и каждый повинующійся незаконному распоряженію до извѣстной степени дѣлаетъ это на свой страхъ.

Но если Ц а х а р і э не принимаетъ первой альтернативы, то онъ долженъ принять вторую и признать, что его выводъ, будто требованіе подчиненія властямъ является юридическимъ основаніемъ поручительства государства за чиновниковъ, неправиленъ.

При наличности такого требованія государства, нельзя, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Ц а х а р і э, „безъ величайшей несправедливости“ заставлять обывателя нести убытки, получающіеся отъ его повиновенія властямъ; но это соображеніе можетъ быть приводимо лишь въ качествѣ весьма на нашъ взглядъ убѣдительнаго довода въ пользу установленія отвѣтственности казны специальнымъ закономъ ¹⁾, пожалуй, оно можетъ быть приводимо въ качествѣ довода въ пользу нравственной обязанности государственной власти озаботиться установленіемъ этой отвѣтственности ²⁾, но въ этомъ ни въ коемъ случаѣ нельзя видѣть доказательства, что эта отвѣтственность уже существуетъ, или что она признана положительнымъ правомъ ³⁾

¹⁾ Какъ это по поводу теоріи Ц а х а р і э вполнѣ резонно замѣтилъ Миш у, 1895, II, стр. 273.—То возраженіе, которое противъ этого вывода дѣлаетъ П и л о т и, стр. 258, а именно, что отвѣтственность казны являлась бы несправедливостью, ибо государство требуетъ повиновенія не въ своихъ интересахъ, а въ интересахъ населенія, не убѣдительно: и убытки, если будутъ уплачены, то будутъ уплачены не государствомъ, какъ особою сущностью, а тѣмъ же населеніемъ.

²⁾ Противъ такого ограниченія силы изобрѣтеннаго имъ довода Ц а х а р і э возражаетъ самымъ настойчивымъ образомъ. Стр. 631, 614 и сл.

³⁾ Обыкновенно противъ теоріи Ц а х а р і э дѣлается то возраженіе, что ею можно обосновать отвѣтственность казны въ томъ случаѣ, если убытки

Замѣтимъ, наконецъ, что къ тому времени, когда Ц а х а р і э писалъ свою статью, понятіе публично-правового поручительства не было ни установлено законодательствомъ, ни выработано наукою права; и по сейчасъ не извѣстно, въ чемъ заключается юридическая природа этого поручительства. Тутъ повидимому, самъ Ц а х а р і э впалъ въ ту самую ошибку, противъ которой онъ такъ энергично возставалъ: къ разсматриваемому имъ публично-правовому отношенію онъ примѣнилъ нормы гражданскаго права, не позаботясь выясненіемъ вопроса о возможности такого примѣненія въ разсматриваемомъ имъ случаѣ ¹⁾.

Эта теорія гарантіи и вытекающей изъ нея субсидіарной отвѣтственности государства, развитая однимъ изъ наиболѣе видныхъ представителей науки государственнаго права въ Германіи, въ статьѣ, напечатанной въ весьма распространенномъ журналѣ, нашла, несмотря на свои логическіе недочеты, значительное число сторонниковъ ²⁾.

§ 3. Теорія органовъ.

Многіе юристы стремятся обосновать юридическую обязанность казны нести отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, исходя изъ того, что чиновникъ въ публично-правовыхъ дѣлахъ не является лишь представителемъ государства, но что въ лицѣ чиновника дѣйствуетъ само государство, и что такимъ образомъ раз-

причинены какимъ либо положительнымъ дѣйствіемъ властей, а не упущеніемъ ихъ, ибо можно повиноваться только приказу, а не упущенію (Ленинъ, стр. 104.—Мишу, 1895, II, стр. 271—272). Намъ бы казалось, что Ц а х а р і э правъ, считая свою теорію одинаково примѣнимою и къ убыткамъ, причиненнымъ должностными упущеніями (стр. 643 и сл.). Намъ бы казалось даже, что скорѣе наоборотъ, если теорія Ц а х а р і э гдѣ-либо примѣнима, то именно въ случаяхъ неправомѣрнаго бездѣйствія власти. Если мнѣ предъявлено незаконное требованіе власти, я могу его не исполнить, и убытка не будетъ; исполнилъ,—самъ виноватъ, что терплю убытокъ. Если же власть отказывается дѣлать что либо, что я отъ нея требую, и что она сдѣлать должна, то я совершенно безсиленъ: если мнѣ сейчасъ надо получить отъ губернатора данное удостовѣреніе, а онъ мнѣ его не даетъ, то этого губернаторскаго удостовѣренія я самъ себѣ выдать не могу. А жаловаться,—это когда еще къ чему-либо поведетъ: убытокъ можетъ наступить раньше, чѣмъ жалоба дойдетъ до Петербурга.

¹⁾ Въ этомъ отношеніи Пилоти, стр. 249, вын. I, правъ, говоря, что эта теорія „begründet die Haftung des Staates vom privatrechtlichen Standpunkte aus“.

²⁾ Среди ея сторонниковъ можно назвать такого первокласснаго ученаго, какъ Gerber. Grundzüge des deutschen Staatsrechts. 3 изд. Стр. 213.—Ср. также соображенія Kissling'a въ Verhandlungen des VIII deutschen Juristentags. Томъ I, стр. 388—393.—Повидимому, она отразилась также и на нѣсколькихъ судебныхъ рѣшеніяхъ. См. O. Gierke. Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung. 1887. Стр. 760, выноска 2.

сма­три­ва­е­мая от­вѣт­ствен­ность яв­ля­е­т­ся от­вѣт­ствен­но­стью не за чужія, а за свои дѣй­ствія.

Къ числу сторонниковъ этой точки зрѣнія ¹⁾, несомнѣнноносящей публично-правовой характеръ, значительно болѣе сильно выраженный, чѣмъ теоріи, нами до сихъ поръ разсмотрѣнныя, можно прежде всего отнести нѣсколько выдающихся цивилистовъ Германіи: Ви н д шей да ²⁾, Рота ³⁾, Штоббе ⁴⁾.

Къ ней примкнуло и нѣсколько государствѣдовъ: категорично въ пользу такой конструкціи взаимоотношенія государства и должностныхъ лицъ высказывался Г. А. Ца х а р і э ⁵⁾, затѣмъ эта же конструкція отстаивается К л е в и ц е м ъ ⁶⁾,

¹⁾ Въ германской литературѣ она впервые была высказана, повидимому Карл'омъ Salomon Zachariae. Vierzig Bücher vom Staate. 1839 годъ, часть I, стр. 99.

²⁾ Pandekten. 5 изд. (1879 г.). т. II. Стр. 774.—Въ 6-мъ изданіи (1887 г.), т. II. стр. 816, онъ уже не столь рѣшительно выводитъ изъ указаннаго выше положенія от­вѣт­ствен­ность государства, и категорически не высказывается ни въ пользу этой от­вѣт­ствен­ности, ни противъ нея.

³⁾ Bayerisches Civilrecht I. 1871. Стр. 224—226. Согласно практикѣ мюнхенскаго Ober-Gerichtshof, „vielmehr wird, wie dies theoretisch auch allein begründet ist, die Haftung des Staats darauf zugeführt, dass die amtlichen Handlungen der Beamten den im Subjektionsverhältniss stehenden Staatsangehörigen gegenüber als Handlungen des Staates erscheinen, denen diese Folge zu leisten haben, und die daher der Staat als eigene zu vertreten hat. Es kommt nach dieser letzteren Begründung nicht in Betracht ob der Beamte sich innerhalb der Grenzen der ihm angewiesenen Wirkungskreise verhalten habe oder nicht, sondern nur darauf, dass er als Beamter und nicht als Privatperson gehandelt habe“.

⁴⁾ Handbuch des Privatrechts. Томъ III. 1898 г. Стр. 558. Это изданіе стоитъ на точкѣ зрѣнія, отрицающей от­вѣт­ствен­ность казны, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда она установлена спеціальными законами (выноска 41). Въ выноску 40 говорится, что самъ Stobbe въ прежнихъ изданіяхъ держался другого мнѣнія и считалъ: „da der Staat nur durch den Beamten thätig wird, haftet er eigentlich nicht für fremde, sondern für seine eigene Handlungen“, и поэтому признавалъ государство от­вѣт­ствен­нымъ за вредъ, причиненный чиновникомъ.

⁵⁾ Впрочемъ, какъ мы видѣли выше (стр. 233—234), Цахаріэ въ этой статьѣ не дѣлаетъ изъ этого положенія тѣхъ выводовъ, которые по вопросу объ от­вѣт­ствен­ности казны изъ него естественно вытекаютъ.

⁶⁾ К л е в и ц ъ. Гл. образ. стр. 90—96. Впрочемъ, самъ К л е в и ц ъ въ томъ, что дѣйствія должностнаго лица являются собственными дѣйствіями самого государства, отказывается de lege lata видѣть достаточное юридическое основаніе для признанія безусловной от­вѣт­ствен­ности казны за эти дѣйствія: „даже и въ отношеніяхъ частныхъ лицъ между собою не существуетъ того общаго положенія, чтобы каждое неправомѣрное дѣйствіе или упущеніе обязывало виновнаго къ возмѣщенію убытковъ“. Хотя К л е в и ц ъ при этомъ (стр. 94, выноска 2) и предлагаетъ восполнить ограниченіе въ примѣненіи lex Aquilæ, но эта мысль его все таки не особенно ясна. Главное значеніе этой теоріи органовъ К л е в и ц ъ видитъ въ томъ, что она должна служить основаніемъ для установленія от­вѣт­ствен­ности казны de lege ferenda.

М. Б. Горенбергом¹⁾ и, наконецъ, К. Ф. Штенеглемъ²⁾.

Собственно говоря, почему бы и не называть должности или должностныхъ лицъ „органами“ государства? Терминъ „органъ“ не имѣетъ никакого опредѣленнаго установившагося юридическаго содержания, и потому ничто не мѣшаетъ примѣнять этотъ терминъ къ любому юридическому явленію³⁾.

Но именно потому, что этотъ терминъ не имѣетъ опредѣленнаго юридическаго содержания, тѣмъ, кто его употребляетъ, необходимо точно выяснитъ себѣ и другимъ, въ какомъ смыслѣ онъ ими употребляется и понимается.

Повидимому, всѣ согласны въ томъ, что къ термину „органъ“ прибѣгаютъ для того, чтобы выразить, что должностныя лица не суть представители государства, а находятся къ нему въ какомъ то другомъ юридическомъ отношеніи.

Въ чемъ же именно заключается природа отношенія, обозначаемого словомъ „органъ“?

Почти всѣ сторонники разсматриваемой теоріи лишь въ самыхъ общихъ чертахъ⁴⁾ намѣчаютъ свою конструкцію должностныхъ лицъ какъ органовъ, а не представителей государства, или, какъ они иногда выражаются, свою конструкцію репрезентативнаго характера должности⁵⁾. Лишь Клевѣицъ нѣсколько подробнѣе останавливается на этомъ вопросѣ.

По словамъ Клевѣица, „репрезентативное значеніе“ должности непосредственно вытекаетъ изъ самой природы государства, какъ юридическаго лица публичнаго права, и изъ обусловленной этимъ необ-

¹⁾ Въ рефератѣ, прочтенномъ въ гражданскомъ отдѣленіи С.-Петербургскаго Юридическаго Общества. — Засѣданіе 10 марта 1900 г. — Къ сожалѣнію, М. Б. Горенбергъ не напечаталъ своего доклада, и содержаніе его мы можемъ излагать, основываясь лишь на отчетѣ, помѣщенномъ въ газетѣ „Право“ (1900 г. № 12, стр. 650—655.).

²⁾ Die Haftung des Staats für den durch seine Organe und Beamte Dritten gegenüber zugefügten Schaden.—Annalen des Deutschen Reichs. 1901. Стр. 490 и выноски 2 на той же стр.

³⁾ Ср. О. Gierke. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung 1887. Стр. 615, 623.—Французскіе писатели, напр., Vaillby, потому и прибѣгаютъ къ этому термину, что онъ, по ихъ мнѣнію, указываетъ на такой видъ представительства, который не имѣетъ аналогіи въ гражданскомъ правѣ. Бѣльби, стр. 34.

⁴⁾ Напр. изъ цитированныхъ нами работъ Рота и Штоббе все относящееся къ интересующему насъ вопросу приведено нами выше, стр. 237 въ выноскахъ 3 и 4, полностью. Это можетъ служить весьма краснорѣчивымъ примѣромъ того лаконизма, который тутъ господствуетъ.

⁵⁾ Die repräsentative Bedeutung, der repräsentative Charakter des Amtes.

ходимости пользоваться особыми органами для того, чтобы образовывать государственную волю.¹⁾

Ссылка Клевица на существующую для государства необходимость пользоваться особыми органами для того, чтобы образовывать государственную волю, рѣшительно ничего не говоритъ въ пользу того, что эти органы не суть обыкновенные представители²⁾. Еще менѣе понятна какая то глухая ссылка на то, что такое положеніе вещей непосредственно вытекаетъ изъ юридической природы государства, какъ юридического лица публичнаго права. Откуда видно что юридическое лицо гражданского права можетъ имѣть представителей, а юридическое лицо публичнаго права—органы?

Столь же странно представляетъ себя Клевицъ и самое существо юридического положенія чиновниковъ, какъ органовъ государства. По его словамъ, тѣ должностныя дѣйствія, которыя совершаются этими органами при осуществленіи ихъ правительственныхъ полномочій, являются функціями единой и нераздѣльной государственной власти, принадлежащей государству, какъ единственному управомоченному субъекту. Самая личность чиновника при этомъ совершенно отступаетъ на задній планъ. Чиновникъ есть только инструментъ, посредствомъ котораго создается воля фингируемаго субъекта правъ, и онъ не имѣетъ какой либо самостоятельной роли, чтобы его можно было признать какимъ то „третьимъ лицомъ“, съ правами и обязанностями мандатара, стоящаго между властью и подданными; такое мнѣніе было бы тѣмъ менѣе допустимо, что по общему правилу это третье лицо по отношенію къ своимъ должностнымъ полномочіямъ вовсе лишено свободы дѣйствій. Поэтому получаетъ свое полное оправданіе тотъ взглядъ, что дѣйствія чиновника суть дѣйствія самого государства, а самая должность, т. е. ея замѣститель, какъ органъ государства, съ нимъ до извѣстной степени отождествляется³⁾.

¹⁾ Клевицъ. Стр. 90. „Die repräsentative Bedeutung der Amtsgewalt er giebt sich ohne Weiteres aus der Natur des Staates, als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und der hierdurch bedingten Nothwendigkeit, sich zur Bildung des staatlichen Willens besonderer Organe zu bedienen“.

²⁾ Все это столь же непонятно, сколь и голословно. То-же самое, на нашъ взглядъ совершенно безсодержательное обоснованіе теоріи органовъ и усиленной отвѣтственности за нихъ находится и у Штоббе, см. выше, стр. 237, вын. 4. Но если всякій представитель, безъ котораго нельзя обойтись для того, чтобы создать „волю“ даннаго лица, есть его органъ, то органами должны быть признаны не только органы юридическихъ лицъ, но и представители, опекуны утробныхъ младенцевъ. А такъ какъ изъ этого понятія органа юридического лица выводится дѣеспособность юридическихъ лицъ, то съ такимъ же правомъ можно было бы говорить и о дѣеспособности утробныхъ младенцевъ. По поводу нерезонности этого обоснованія различія органа и представителя см. замѣчанія O. Gierke въ Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, стр. 614—615.

³⁾ Клевицъ, стр. 90—91.

Такимъ образомъ, по словамъ Клевица, дѣйствія чиновниковъ являются функціями государства, сами чиновники въ рукахъ государства—простыя орудія, лишеныя всякой самостоятельности и всякой свободы дѣйствія. Но такое пониманіе должностныхъ дѣйствій переноситъ наизнанку дѣйствительно существующее положеніе вещей. На дѣлѣ активнымъ элементомъ являются именно чиновники, а государство, если и играетъ какую либо роль, то только чисто пассивную: отъ его имени чиновниками дѣлается то или другое, а оно ни противъ этого, ни въ развитіе этого ничего предпринять не въ силахъ.

Столь же непріемлемымъ, по нашему мнѣнію, является и обоснованіе теории органовъ, даваемое М. Б. Горенбергомъ, по крайней мѣрѣ въ той его формѣ, въ какой соображенія ученаго автора изложены въ цитированномъ выше отчетѣ ⁶⁷⁾.

По словамъ этого отчета, М. Б. Горенбергъ строилъ свои сужденія слѣдующимъ образомъ:

Государство есть юридическое лицо. Если, исходя изъ этого положенія, нѣкоторые изслѣдователи и приходили къ отрицанію отвѣтственности государства за должностныхъ лицъ, то „причина этого, по мнѣнію референта, заключалась въ томъ, что эти изслѣдователи раздѣляли общія невѣрные представленія сущности юридическаго лица. Установилось то положеніе, что отличительнымъ и исключительнымъ свойствомъ лица въ юридическомъ смыслѣ является его правоспособность“. Согласно этому признаютъ существованіе лицъ, имѣющихъ лишь правоспособность, но не имѣющихъ дѣеспособности, и къ нимъ относятъ малолѣтнихъ и юридическихъ лицъ. Но это не вѣрно. „Прежде всего нормальнымъ типомъ лица въ юридическомъ смыслѣ является субъектъ, одновременно и право- и дѣеспособный. На такомъ предположеніи основанъ весь правопорядокъ. Раздѣленіе этихъ моментовъ мы видимъ при представительствѣ: мы видимъ представителя, проявляющаго дѣеспособность, но за нимъ мы открываемъ представляемаго съ его правоспособностью; таковъ характеръ отношеній между опекуномъ и малолѣтнимъ. Не то у юридическаго лица: раздѣленія моментовъ право- и дѣеспособности нѣтъ и не можетъ быть. Дѣеспособность проявляется одновременно съ правоспособностью юридическаго лица, и она проникаетъ весь составъ его. Нельзя выдѣлить, какъ въ представительствѣ, эти два момента; если считать въ акціонерномъ обществѣ, напр., представителями его правленіе, общее собраніе, и если исключить ихъ для отысканія другого элемента, то этотъ элементъ окажется равнымъ нулю. Изъ этого слѣдуетъ, что правленіе, общее собраніе, не суть представители, а органы юридическаго лица: они входятъ въ составъ

⁶⁷⁾ См. выше, стр. 238, выноска 1.

его и обладают на ряду съ дѣеспособностью извѣстнымъ объемомъ правоспособности. Государство есть юридическое лицо, и должностныя лица не суть представители, а органы съ описаннымъ характеромъ“.

Должностныя лица „не имѣютъ своихъ правъ, а осуществляютъ права государства, поэтому не можетъ возникать самостоятельныхъ юридическихъ отношеній между государствомъ и его“ должностными лицами. „Для подданныхъ же учрежденія—конкретное проявленіе государства. Отсюда слѣдуетъ, что вина должностного лица есть какъ бы вина самого государства, если, конечно, дѣйствіе совершено должностнымъ лицомъ въ предѣлахъ его должности“¹⁾.

Изъ приведенной выдержки видно,—если только тотъ отчетъ, которымъ мы пользовались, правильно передаетъ мысли М. Б. Горенберга, — что понятіе „органа“, конструируемое въ этомъ докладѣ, имѣетъ своею основою понятіе органа всякаго вообще юридическаго лица, причемъ исходнымъ пунктомъ берется акціонерная компанія, т. е. юридическое лицо гражданскаго права²⁾.

Отсюда естественно получается какъ бы тотъ выводъ, что юридическое положеніе органа государства таково же, какъ и положеніе органа частно-правового юридическаго лица, и что основанія отвѣтственности государства за своихъ органовъ должны быть тѣ же самыя, что и основанія отвѣтственности частно-правовыхъ юридическихъ лицъ. Съ этимъ выводомъ самъ авторъ разсматриваемаго реферата, повидимому, ни въ коемъ случаѣ не согласился бы: этотъ выводъ приводитъ къ тождественной отвѣтственности государства какъ въ области публичныхъ, такъ и въ области частно-правовыхъ отношеній, между тѣмъ М. Б. Горенбергъ въ томъ же своемъ докладѣ рѣзко противопоставляетъ эти двѣ области отвѣтственности государства³⁾.

Но даже, еслибы М. Б. Горенбергъ лично и находилъ возможнымъ установить для обѣихъ указанныхъ категорій отношеній государства къ подданнымъ одинаковыя основанія отвѣтственности въ виду того, что эта одинаковость обусловливается даваемою имъ конструкціею понятія „органъ“, то ея все таки нельзя было бы принять какъ разъ потому, что она не столько приводитъ къ одинаковой отвѣтственности

¹⁾ „Право“, 1900 г., № 12, стр. 653—654.

²⁾ Замѣтимъ, что вопросъ о возможности простаго перенесенія въ государственное право понятія юридическаго лица, какимъ оно выработано цивилистами, совсѣмъ не такъ простъ. Возможно, что понятіе это, для примѣненія его къ явленіямъ государственно-правовымъ, нуждается въ существеннѣйшихъ видоизмѣненіяхъ. Ср. Otto Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Schmollers Jahrbücher. 1883 г. Стр. 1127. „Wer den Begriff der juristischen Person in das Zentrum des Staatsrechtes rückt, muss zuerst denselben von Grund aus neu gestalten“.

³⁾ „Право“, 1900 г., № 12, стр. 652.

казны въ дѣлахъ публичныхъ и фискальныхъ, сколько именно исходить изъ предположенія одинаковости этой отвѣтственности, а чтобы основанія и предѣлы отвѣтственности казны въ дѣлахъ гражданскихъ и публичныхъ были тѣ же самыя, это остается по крайней мѣрѣ еще недоказаннымъ.

Наконецъ, эта теорія есть ничто иное, какъ перенесеніе на государство выводовъ, полученныхъ изъ анализа частно-правовыхъ явленій, т. е. приѣмъ, во всякомъ случаѣ не могущій быть допущеннымъ: въ государственно-правовыхъ отношеніяхъ примѣшиваются элементы властвованія, про которые мы заранѣе не можемъ сказать, въ чемъ именно они потребуютъ видоизмѣненія выводовъ, полученныхъ нами на основаніи изученія частно-правовыхъ явленій.

Наконецъ, положеніе, будто дѣйствія органа суть дѣйствія самого юридическаго лица, представляетъ извѣстную фикцію, положеніе, явно не соответствующее реально наблюдаемымъ явленіямъ. Всякая фикція есть вполнѣ законный приѣмъ, если мы ею резюмируемъ какое-либо явленіе, даемъ ему краткое, по существу дѣла не вполнѣ точное, но вразумительное и общепонятное объясненіе. Но фикція, нѣчто не соответствующее дѣйствительности, никогда не должна быть основаніемъ къ какимъ либо практическимъ выводамъ. Еслибы мы какимъ-либо путемъ доказали, что государство должно отвѣчать за дѣйствія должностныхъ лицъ, какъ частныя лица отвѣчаютъ за свои собственные дѣйствія, то мы могли бы изъ этого дѣлать тотъ выводъ, что дѣйствія чиновниковъ разсматриваются, какъ дѣйствія самого государства.

Но, тѣмъ или другимъ образомъ прійдя къ этой фикціи, дѣлать изъ нея такой громадный по своимъ практическимъ послѣдствіямъ выводъ, какъ обязанность государства нести отвѣтственность за дѣйствія чиновниковъ, рѣшительно невозможно ¹⁾.

¹⁾ Ср. по этому поводу резонныя замѣчанія М а т а й я. Стр. 40.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Какъ можетъ быть разрѣшенъ вопросъ объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ.

§ 1. Невозможность догматически вывести изъ постановленій дѣйствующаго законодательства отвѣтственность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ.

Попытки вывести отвѣтственность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ изъ самого понятія государства и изъ его отношеній къ подданнымъ, или изъ понятія должности, органа, или вообще изъ отношенія государства къ чиновнику представляются весьма заманчивыми: онѣ какъ бы сразу даютъ твердое юридическое основаніе этой отвѣтственности.

Онѣ говорятъ не о томъ, что когда то тамъ, въ неопредѣленномъ будущемъ должно имѣть мѣсто, а устанавливають требованіе, которое должно быть осуществлено теперь же, которое вытекаетъ изъ понятій, нынѣ существующихъ.

Но именно потому, что эти теоріи претендуютъ дать такъ много, онѣ не даютъ того, чего отъ нихъ надо ждать. Научная теорія не должна искажать дѣйствующаго права для того, чтобы удовлетворить правовымъ запросамъ лицъ, которыя стоятъ на другой точкѣ зрѣнія, чѣмъ дѣйствующее право. По нашему мнѣнію, задачей ея должно являться скорѣе точное указаніе на то, что въ дѣйствующемъ правѣ есть неудовлетворительнаго, и рѣзкое противоположеніе этому неудовлетворительному праву тѣхъ идеаловъ, къ которому оно должно стремиться, съ объясненіемъ того, какъ это лучшее право можетъ быть осуществлено въ постановленіяхъ закона ¹⁾.

¹⁾ Въ эпохи, когда дѣйствующее государственное и административное право мало разработаны научно, и въ особенности, когда они совершенно не удовлетворяютъ запросамъ времени, наука права нерѣдко начинаетъ подъ видомъ порядковъ существующихъ съ особою настойчивостью описывать порядки, представляющіеся желательными, чтобы тѣмъ самымъ закрѣпить сознание этихъ порядковъ въ умахъ слушателей и читателей, освоить ихъ съ этими

По нашему мнѣнію, является въ корнѣ невѣрною всякая попытка обосновать отвѣтственность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ на постановленіяхъ дѣйствующаго законодательства или на существующей судебной или судебно-административной практикѣ.

Если за послѣднее время не было издано общаго закона, которымъ бы устанавливалась эта отвѣтственность, то стремленіе доказать, что изъ дѣйствующаго законодательства вытекаетъ отвѣтственность казны, есть стремленіе доказать, что по смыслу дѣйствующаго закона эта отвѣтственность уже существуетъ. Но на какомъ бы мы постановленіи ее ни основывали, всегда можно будетъ найти авторитетнѣйшія толкованія этого постановленія, аутентическія или высшихъ государственныхъ судебныхъ установленій, которыя разъясняютъ, что этого смысла, устанавливающаго отвѣтственность казны, данное постановленіе не имѣетъ.

Что же касается судебной и судебно-административной практики, то основывать на ней отвѣтственность казны въ Германіи, въ Италіи или въ Россіи нельзя уже потому, что эта практика категорично отрицаетъ отвѣтственность казны.

порядками, внушить убѣжденіе въ необходимости ихъ и тѣмъ содѣйствовать ихъ осуществленію. Таковъ былъ общій характеръ науки германскаго государственнаго права въ эпоху, предшествовавшую конституціоннымъ реформамъ 1848 и слѣдующихъ годовъ. Тотъ же пріемъ былъ свойствененъ и нѣкоторымъ русскимъ ученымъ. Повидимому только имъ можно объяснить появленіе ученія о законности, какъ основнаго начала дѣйствующаго русскаго государственнаго и административнаго права.—Ненаучность этого пріема, выдающаго за существующее то, чего на дѣлѣ нѣтъ, не нуждается въ доказательствахъ.—Какъ политическое средство, этотъ пріемъ тоже представляется намъ крайне сомнительнымъ: если мнѣ хочется, чтобы въ законѣ было установлено то или другое правило, котораго теперь въ немъ нѣтъ, то естественно и цѣлесообразнѣе всего доказывать печальныя послѣдствія отсутствія этого правила и настаивать на скорѣйшемъ его введеніи. Если вмѣсто того успокаивать всѣхъ увѣреніями, что и теперь дѣло обстоитъ благополучно, что въ законѣ имѣется все, что нужно, то это только можетъ привести или къ примиренію съ неудовлетворительною на дѣлѣ дѣйствительностью, или же, для тѣхъ, кто этою дѣйствительностью не удовлетворенъ, къ сознанію (невѣрному) того, что этой дѣйствительности не исправить улучшеніемъ законодательства, которое уже и теперь будто бы заключаетъ въ себѣ все необходимое.

Сказанное относится, конечно, только къ тому случаю, когда русскій государственный строй изображается, какъ государственный строй съ осуществленною уже законностью, тѣми, кто этого осуществленія еще не видитъ.

Конечно, этимъ не исключается возможность такихъ взглядовъ, что законность уже осуществлена, и статья 47 Зак. (осн. есть не только *prim desiderium*, но и живая дѣйствительность. Всякіе взгляды бываютъ. Несомнѣнно, что тотъ, кто имѣетъ подобные взгляды, не можетъ не выражать ихъ, но тогда это его убѣжденіе, а не ложь якобы во спасеніе. Мы возражаемъ только противъ послѣдней.

§ 2. *Съ какой точки зрѣнія слѣдуетъ подходить къ разрѣшенію вопроса объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ.*

Когда изданъ спеціальныи законъ объ отвѣтственности казны, или когда эта отвѣтственность признается твердо установившеюся судебною практикою, то для догматика права вопросъ, быть или не быть отвѣтственности казны, оказывается уже разрѣшеннымъ, и при томъ въ положительномъ смыслѣ.

Но пока этого закона еще нѣтъ, отрицательный отвѣтъ на тотъ же вопросъ не является безусловно обязательнымъ.

Законъ, изданный по данному вопросу, установившаяся по нему судебная практика или установившійся по нему же обычай не являются исключительно возможными формами развитія права по этому вопросу.

Положительное право можетъ развиваться и измѣняться, при неизмѣнности его постановленій по данному вопросу, путемъ измѣненія права въ сопредѣльныхъ областяхъ.

Съ примѣромъ подобнаго измѣненія дѣйствующаго права, при неизмѣнности непосредственно относящихся къ данному вопросу постановленій закона, мы уже встрѣтились при разсмотрѣннн отвѣтственности казны по дѣламъ фиска: безъ установленія отвѣтственности казны какимъ либо особымъ закономъ, только въ силу измѣненія подсудности дѣлъ по поземельнымъ спорамъ съ казною, то же самое умолчаніе закона о какихъ-либо особенностяхъ въ отвѣтственности казны по этимъ дѣламъ, умолчаніе, которое административными мѣстами должно было толковаться въ томъ смыслѣ, что казна никакой отвѣтственности не несетъ, получило тотъ смыслъ, что на казну должны быть распространены общія правила объ отвѣтственности, какія установлены закономъ для частныхъ лицъ ¹⁾).

Точно такъ же установленіе принципа отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ, вмѣсто нынѣ существующей неотвѣтственности ея, окажется возможнымъ въ томъ случаѣ, если измѣнятся тѣ прежнія представленія, благодаря которымъ по закону или даже помимо всякаго закона установилась безотвѣтственность казны.

Еще недавно общимъ убѣжденіемъ всѣхъ была юридическая и практическая невозможность отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ. Этотъ взглядъ раздѣлялся и выдающимися теоретиками, и практикою. Попытки нѣкоторыхъ ученыхъ доказать юриди-

¹⁾ См. выше, стр. 114—115. Ср. аналогичный случай распространенія на казну общихъ постановленій о томъ, съ какого срока казна платить %/о по присужденнымъ съ нея суммамъ, не смотря на существованіе иного спеціальнаго правила для казны. См. выше, стр. 171—179.

ческую обязанность казны нести отвѣтственность оказывались несостоятельными. Ниже мы увидимъ, какое за послѣднее время было издано количество законовъ, устанавливавшихъ отвѣтственность казны или по отдѣльнымъ категоріямъ дѣлъ, или даже въ видѣ общаго принципа, какъ неизмѣнно судебная практика почти во всѣхъ государствахъ расширяетъ предѣлы отвѣтственности казны.

Такимъ образомъ, во взглядахъ на отвѣтственность казны произошелъ на практикѣ, на дѣлѣ существенный поворотъ. Поворотъ этотъ не находится ни къ какой видимой связи со старыми теоріями по этому вопросу. И новые законы объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ своего теоретическаго освѣщенія еще не нашли.

Намъ кажется, что научное обоснованіе новыхъ законовъ объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ подобные законы были изданы за послѣдніе годы, и разрѣшеніе вопроса *de lege ferenda* въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ подобныхъ законовъ еще нѣтъ, возможно только въ томъ случаѣ, если будетъ констатировано существенное измѣненіе или господствовавшихъ юридическихъ представленій, или фактическаго положенія вещей въ вопросахъ, сопредѣльныхъ съ отвѣтственностью казны, — если будетъ доказано, что тѣ возрѣнія, въ виду которыхъ ранѣе не возникало убѣжденія въ необходимости отвѣтственности казны, или тѣ условія, которыя дѣлали эту отвѣтственность фактически невозможною, замѣнились другими, дѣлающими отвѣтственность казны согласною съ запросами современнаго правосознанія и практически осуществимою.

§ 3. Расширеніе обязанности нести отвѣтственность за предѣлы вины.

Еще сравнительно очень недавно, приблизительно до 80-хъ годовъ XIX столѣтія, обязанность нести отвѣтственность безусловно связывали съ виною лица, причинившаго убытки.

Отвѣтственность безъ вины представлялась, согласно ученіямъ, безраздѣльно господствовавшимъ и въ германской, и во французской литературѣ, юридически невозможною ¹⁾.

Въ связи съ этимъ почти всѣ прежнія теоріи, стремившіяся до-

¹⁾ Таково было положеніе дѣла даже и во французской литературѣ, гдѣ въ виду ст. 1384 гражданскаго кодекса, устанавливающей отвѣтственность господъ и вѣрителей за ихъ слугъ и повѣренныхъ внѣ зависимости отъ какой бы то ни было вины господина или вѣрителя, ученіе о винѣ, какъ единственно возможномъ основаніи отвѣтственности, должно было наталкиваться на существенныя возраженія; возраженія эти устранялись тѣмъ, что авторами кодекса основаніе отвѣтственности господъ и вѣрителей усматривалось въ ихъ презумируемой закономъ винѣ.

казать необходимость отвѣтственности казны за дѣйствія должностныхъ лицъ, стремились доказать наличность той или другой вины государственной власти: или вины въ неправильномъ выборѣ чиновника, или вины въ недостаткѣ надзора, или же, наконецъ, вины въ неправильной организаціи данной отрасли управленія.

Но съ 80-хъ годовъ тотъ принципъ, что вина есть единственное возможное основаніе для отвѣтственности за убытки, начинаетъ серьезно колебаться.

Особенно рѣзкимъ поворотнымъ пунктомъ въ этомъ отношеніи является конецъ 80-хъ годовъ, когда появилась работа М а т а й я, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*, 1888, и брошюра О. Гирке, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889. Гирке ставилъ вопросъ такъ: обязанность возмѣстить убытки, причиненные деликтомъ, есть основное положеніе права. Но вмѣстѣ съ тѣмъ надо признать романистически-индивидуалистическимъ заблужденіемъ, забвеніемъ соціальной задачи гражданскаго права, если все ученіе о возмѣщеніи вреда строить на понятіи деликта. Нельзя обойтись безъ германистическаго положенія объ обязанности возмѣстить вредъ, основанный на простомъ причиненіи. Пусть на томъ, кто нарушилъ чужое право, не лежитъ никакой вины, потерпѣвшій еще менѣе виновать... И потому прежде всего собственникъ вещи, животного, предпріятія долженъ отвѣчать за вредъ, который причиненъ, благодаря специфической опасности, представляемой его собственностью. Нѣтъ болѣе противообщественной мысли, какъ та, что подобный собственникъ можетъ пользоваться всѣми выгодами, представляемыми его вещами, опасными для другихъ людей, не неся вмѣстѣ съ тѣмъ никакого риска... Необходимо также установить отвѣтственность и за чужія дѣйствія... Отвѣтственность хозяина предпріятія за его служащихъ не есть аномальное отступленіе отъ началъ права, но лишь поступать соціальной справедливости ¹⁾.

Приблизительно около этого времени вопросъ объ основаніяхъ отвѣтственности начинаетъ съ чрезвычайнымъ оживленіемъ разрабатываться въ германской юридической литературѣ ²⁾.

Нельзя сказать, чтобы обмѣнъ мнѣній по этому вопросу оказался особенно плодотворнымъ ³⁾.

¹⁾ O. Gierke. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. 1889, стр. 32—34.

²⁾ Изложеніе и разборъ высказывавшихся мнѣній можно найти въ интересной статьѣ проф. І. Покровскаго „Возмѣщеніе вреда и разложеніе его“. *Вѣстникъ Права*, 1899 г. Кн. 9, стр. 1—39.

³⁾ Къ несчастію, у нѣмцевъ тутъ къ научному вопросу примѣшался вопросъ узко-націоналистическій: въ началѣ вины видѣли римскій, чужой принципъ, въ началѣ причиненія—исконный германскій. Спасали родную старину: можно думать, что вопросъ шелъ не о развитіи дѣйствовавшаго права при мнѣнительно къ народившимся потребностямъ гражданскаго оборота (желѣзныя

И если, напр., германское гражданское уложение вообще расширило предѣлы отвѣтственности юридическихъ лицъ за дѣйствія ихъ органовъ и пришло къ отвѣтственности, независимой отъ вины ¹⁾, то

дороги, фабрики, крупныя промышленныя предпріятія), а о воостановленіи для этихъ новыхъ потребностей права, дѣйствовавшаго въ довольно-таки первобытныхъ условіяхъ культуры. Нѣмцамъ кажется, что кое гдѣ еще сохранилась истинно-германская отвѣтственность безъ вины (ср. К. Сосак, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*. 1900, I, стр. 246. «Die Fälle, in denen die altdeutsche Regel noch jetzt Anwendung findet, sind die folgenden: 1) die Haftung der Eisenbahn für Unfälle), и что вопросъ идетъ о распространеніи ея на другіе случаи. Даже, въ чемъ именно состоялъ этотъ принципъ германской отвѣтственности, врядь ли кто можетъ точно сказать. Ср. изложеніе этой древне-германской Regel у того же Сосак, на цитированной выше страницѣ.—Ср. также *Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, издаваемая О. Гіерке, выпускъ XVIII (Arthur Bruno Schmidt. Die Grundsätze über den Schadenersatz in den Volksrechten, въ особ. стр. 18 и сл.) и выпускъ XIX (Otto Hammer. Die Lehre vom Schadenersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen, стр. 10, 11, 14).—Другимъ невыгоднымъ условіемъ въ постановкѣ возникшаго вопроса было то, что онъ былъ поставленъ въ тѣсную связь съ вопросомъ объ уравниеніи социальнаго, имущественнаго неравенства людей: одни думали найти въ отвѣтственности безъ вины средство сгладить имущественное неравенство (напр., Сроме. *System des deutschen bürgerlichen Rechts*. I. 1900, стр. 490), благодаря чему вопросъ лишался чисто юридической основы, другіе полагали, что самый юридическій вопросъ о расширеніи основаній отвѣтственности только и порожденъ, что этимъ социальнымъ стремленіемъ. Ср. проф. Покровскій, цитированная выше статья, стр. 17, 20, 27, 29.—Возможно, что вопросъ о расширеніи основъ отвѣтственности потому на практикѣ и могъ, несмотря на косность закона въ гражданскомъ правѣ, получить довольно скорое разрѣшеніе, что вопросъ этотъ зачастую ставился относительно отвѣтственности какого-либо крупнаго предпріятія, для котораго данная сумма была незамѣтна, передъ рабочимъ, для котораго она была вопросомъ жизни или голодной смерти. Но вопросъ объ отвѣтственности безъ вины въ значительномъ большинствѣ случаевъ ставится и разрѣшается совершенно независимо отъ имущественнаго положенія сторонъ. Случай отвѣтственности лицъ невмѣняемыхъ, по иностраннымъ законодательствамъ отвѣчающихъ сообразно своему имущественному положенію, является изъятіемъ въ правѣ, а не общимъ правиломъ.—Но условія, благопріятствующія проведенію даннаго принципа въ законъ, или тому, что онъ легче проникаетъ въ сознаніе большой публики, надо отличать отъ самаго этого принципа. Нерѣдко (Ср., напр., Endemall. *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches*. I, пятое изданіе 1899 г., стр. 58), выноска 13.—Сроме, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*. I. 1900. Стр. 490—491) встрѣчается то мнѣніе, что начало причиненія въ видѣ общаго правила допущено быть не можетъ, но что оно можетъ имѣть примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда это установлено положительнымъ закономъ. Подобнаго рода взглядъ представляется удивительнымъ *testimonium paupertatis*: вѣдь вопросъ о томъ и идетъ, почему и когда законъ можетъ и долженъ установить отвѣтственность безъ вины, насколько вообще такая отвѣтственность допустима. Ссылаться въ отвѣтъ на самый же законъ значить говорить, что мудрый законодатель понялъ, когда и почему можно установить эту отвѣтственность, а наукѣ до этого додуматься нельзя.

¹⁾ Планкъ. I. стр. 105.

сдѣлало это, не примкнувъ ни къ одной изъ предлагавшихся теорій и руководясь чисто практическими соображеніями ¹⁾).

Принципъ причиненія, *Vergursachungsprinzip*, который старались выдвинуть въ замѣну старому принципу вины, *Verschuldungsprinzip*, насколько намъ извѣстно, въ чистомъ его видѣ успѣха не имѣлъ: никто не рѣшался утверждать, что каждый долженъ отвѣчать за всякій вредъ, стоящій въ причинной связи съ его дѣйствіями, хотя бы въ нихъ и не было никакой вины. Но и теоріи, предлагавшія какія либо модификаціи или ограниченія этого принципа причиненія, тоже успѣха въ наукѣ не имѣли ²⁾: ни одной изъ нихъ не удалось доказать, чтобы существующіе случаи отвѣтственности безъ вины являлись примѣненіемъ юридическаго основанія, указываемаго авторомъ данной теоріи.

Но если до сихъ поръ не установлено того единого начала, которое, восполняя начало вины, требуетъ расширенія отвѣтственности за ея предѣлы, то во всякомъ случаѣ самая возможность отвѣтственности за себя и за другихъ безъ вины въ гражданскомъ правѣ стоитъ въ настоящее время внѣ сомнѣнія. Пусть въ случаяхъ подобной отвѣтственности видятъ изъятіе изъ общаго начала права, но въ этомъ изъятіи во всякомъ случаѣ не видятъ ничего недопустимаго, и современное развитіе законодательства идетъ именно по пути все дальнѣйшаго расширенія этихъ изъятій, а судебная практика нерѣдко идетъ въ этомъ отношеніи впереди закона ³⁾.

Не малое значеніе для вопроса объ отвѣтственности казны имѣло измѣненіе въ господствующихъ ученіяхъ объ отвѣтственности юридическихъ лицъ и въ частности предпріятій ⁴⁾.

Сравнительно еще недавно казалась вполне правильною старая

¹⁾ Мотивы къ В. G. B., I, стр. 102—103.—Saleilles. Les personnes juridiques dans le code civil allemand. Revue de droit public 1901, томъ I, стр. 218.

²⁾ Изложеніе и разборъ всѣхъ этихъ теорій не можетъ входить въ задачу настоящей работы.—Отсылаемъ интересующихся этимъ вопросомъ къ цитированной уже нами работѣ проф. I. Покровскаго (см. выше, стр. 247 выноска 2). Замѣтимъ только, что понятіе, предлагаемое самимъ проф. Покровскимъ въ замѣну возмѣщенія такого вреда, который никому не можетъ быть поставленъ въ вину, а именно „разложеніе“ вреда на „одинаковыхъ интересентовъ“ (стр. 35), врядъ ли можетъ быть принято безъ оговорокъ. Конечно, во многихъ случаяхъ отвѣтственность безъ вины практически сводится къ разложенію вреда, но и самъ проф. Покровскій замѣчаетъ, что есть случаи отвѣтственности безъ вины, которые подъ понятіе разложенія вреда не подходятъ (стр. 35, послѣдняя строчка, ср., напр., стр. 17). Но если въ этихъ случаяхъ отвѣтственности нѣтъ ни вины, ни разложенія, значитъ, есть какое то иное юридическое основаніе для отвѣтственности, для возмѣщенія вреда и безъ вины. Вопросъ только въ томъ, какое это основаніе.

³⁾ Ср. напр. G. Rümelin. Culpahaftung und Causalhaftung. Archiv für die civilistische Praxis. 1898 (томъ 88), стр. 237.—H. Bailby. De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers. 1901, стр. 115.—O. Gierke. Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887, стр. 796.

⁴⁾ Докъ, стр. 260.

точка зрѣнія, что нѣтъ никакого основанія для того, чтобы устанавли-
вать для отвѣтственности юридическихъ лицъ за дѣйствія ихъ орга-
новъ иныя основанія и иные предѣлы, чѣмъ какіе признаются спра-
ведливými для отвѣтственности физическихъ лицъ за дѣйствія ихъ
повѣренныхъ и представителей ¹⁾.

Въ настоящее время отъ этой точки зрѣнія отказалась не только
теорія права, но и наиболѣе передовыя законодательства.

Согласно все болѣе и болѣе распространяющимся взглядамъ, отвѣт-
ственность юридическихъ лицъ за вредъ, причиненный ихъ органами,
конструируется не какъ отвѣтственность за дѣйствія одного лица (юри-
дическаго) за дѣйствія другого (физическаго): въ отвѣтственности юри-
дическихъ лицъ въ настоящее время склонны видѣть отвѣтственность
какъ бы за собственныя дѣйствія. Этотъ взглядъ отчетливо выразился
въ ст. 31 германскаго гражд. уложенія ²⁾, въ проектѣ венгерскаго
уложенія ³⁾ и въ практикѣ французскихъ административныхъ судовъ ⁴⁾.

Такимъ образомъ, прежнія точки зрѣнія на отвѣтственность
юридическихъ лицъ, искавшія какихъ либо особыхъ основаній для пере-
несенія на юридическое лицо, какъ на какое то третье лицо, отвѣт-
ственности, которая предполагалась непосредственно падающею на
непосредственнаго виновника, на органъ юридическаго лица, — въ насто-
ящее время совершенно утратили свой непререкаемый авторитетъ.

Однимъ изъ самыхъ существенныхъ условій для возможности
юридическаго обоснованія отвѣтственности казны и для того, чтобы
она не казалась чѣмъ то совершенно необычнымъ, противорѣчающимъ
всѣмъ началамъ права, является развитіе сознанія того, что пред-
пріятія ⁵⁾, при наличности извѣстныхъ условій, могутъ отвѣчать и за
случайный вредъ.

¹⁾ Этотъ взглядъ особенно ясно отразился на всѣхъ разсужденіяхъ Ле-
ни н г а, см. въ особенности стр. 83.

²⁾ По поводу различія отвѣтственности за дѣйствія третьихъ лицъ, уста-
новленной ст. 831 герм. гражд. ул., и отв. юридическихъ лицъ по ст. 31, см.
П л а н к ъ, томъ I, стр. 104—105. Относительно предлагавшихся въ германской
литературѣ конструкцій этой отвѣтственности, ея юридической природы и пред-
ѣловъ см. подробную сводку мнѣній у N e u m a n n, Jahrbuch des deutschen Rech-
tes. 1903, стр. 28—31.

³⁾ Ст. 1789.

⁴⁾ Французы склонны видѣть законное основаніе отвѣтственности юри-
дическихъ лицъ (публичнаго права) не въ ст. 1284 кодекса, говорящей объ
отвѣтственности господъ и вѣрителей, а въ ст. 1382, говорящей объ отвѣтствен-
ности всякаго за свои дѣйствія.—Ср. М и ш у, 1895, II, стр. 18 и сл.

⁵⁾ Въ понятіи предпріятія существенны два момента: во первыхъ, круп-
ность даннаго дѣла, т. е. тотъ фактъ, что данному дѣлу приурочены довольно
значительныя средства, и что вредъ, полученный отъ даннаго событія, можетъ
быть разложенъ на извѣстное число аналогичныхъ событій, аналогичныхъ по
степени представляемой ими опасности, но такихъ, въ которыхъ эта угро-
жавшая опасность не наступила. Во вторыхъ, хозяйственная обособленность
и, главное, самостоятельность въ организаци даннаго дѣла.

Что касается предприятий, то позднѣйшими законами во всѣхъ государствахъ для ихъ отвѣтственности (въ особенности для желѣзнодорожныхъ, пароходныхъ и фабричныхъ предприятий) установлены такія условія отвѣтственности, которыя уже рѣшительно отвергаютъ вину, какъ единственно возможное основаніе отвѣтственности ¹⁾.

Даже тѣ законы, которые только перенесли на самое предприятие обязанность доказывать или наличность вины со стороны потерпѣвшаго, или то, что несчастный случай есть послѣдствіе непреодолимой силы, измѣнили не только процессуальныя права и обязанности сторонъ, но и матеріальное право, въ томъ смыслѣ, что при наличности подобнаго закона обязанность нести отвѣтственность должна быть признана во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчику не удастся сложить вину на другого, независимо отъ того, есть ли вина на немъ: перенесеніе бремени доказыванія въ дѣйствительности сводится къ установленію отвѣтственности, независимо отъ наличности вины на отвѣтчикѣ.

Такимъ образомъ, если по какимъ либо соображеніямъ можно установить, что А долженъ нести отвѣтственность за вредъ, причиненный Б, и что эта отвѣтственность, помимо того, что юридически она обоснована, является съ точки зрѣнія общественной и экономической желательной и осуществимой, то въ настоящее время уже нельзя отвергать эту отвѣтственность простою ссылкой на то, что на А не лежитъ никакой вины: юридическое основаніе отвѣтственности можетъ лежать и внѣ вины.

Мы указываемъ на происшедшее измѣненіе въ концепціи значенія вины, какъ для отвѣтственности въ гражданскомъ правѣ вообще, такъ въ частности въ примѣненіи къ юридическимъ лицамъ, а въ особенности въ примѣненіи къ предприятиямъ, не какъ на основаніе для примѣненія тѣхъ же идей въ области права публичнаго, но потому, что какъ ни какъ, но въ этой области государственнаго права, столь смежной съ гражданскимъ правомъ, господствующія въ этомъ послѣднемъ воззрѣнія имѣютъ громадное значеніе для практическаго разрѣшенія вопроса объ отвѣтственности казны. Установленіе ея на основаніи соображеній государственно-правовыхъ было бы страшно затруднено, еслибы въ гражданскомъ правѣ и во вдохновляемой имъ

¹⁾ Перечень и обзоръ подобныхъ законовъ можно найти у Маучка, стр. 270—297 и 364—370.—Ср. Michoud, въ Revue de droit public. 1899 г., стр. 22. вын. 1.—Мишу (1895 г.), стр. 408.—R. Saleilles. Les personnes juridiques dans le code civil allemand. Revue de droit public. 1901 г., II, стр. 256.—Сроме. System des deutschen bürgerlichen Rechts I. 1900 г., стр. 272, вын. 2.—Къ этой же категоріи законовъ относится напр. и дѣйствующая ст. 683 Зак. Гражд., устанавливающая отвѣтственность желѣзнодорожныхъ и пароходныхъ предприятий за смерть и поврежденіе здоровья.

общей теоріи права твердо держались того положенія, что отвѣтственность безъ вины невозможна.

§ 4. Измѣненія, произошедшія въ общемъ складѣ правительственной дѣятельности.

I. Если мы представимъ себѣ германское государство феодальной эпохи, даже самаго конца ея, то насъ прежде всего поразить, сравнительно съ государствомъ современнымъ, необычайно малое количество публично-правовыхъ задачъ, принятыхъ имъ на себя. Народнаго образованія не было, армій, сравнительно съ настоящимъ ихъ состояніемъ, почти не было, податного законодательства тоже; громаднхъ концессионированныхъ государствомъ предпріятій не существовало. Чиновничества еще не было. Поэтому и вопросъ объ отвѣтственности государства въ области дѣлъ публично-правовыхъ былъ лишенъ сколько нибудь существеннаго практическаго значенія: никакому опредѣленному правосознанію по этому вопросу не на чемъ было и выработаться.

Въ этомъ отношеніи государство послѣдняго времени представляетъ полную противоположность съ государствомъ не только феодальнымъ, но и съ государствомъ конца XVIII вѣка или даже начала XIX-го. Теперь государство регламентируетъ все. Почти нѣтъ такой стороны дѣятельности частнаго человѣка, въ которую органы государства не могли бы вмѣшаться, и гдѣ бы они своимъ неправильнымъ вмѣшательствомъ не могли причинить убытковъ. Самое главное, появилась масса задачъ, исполняемыхъ самимъ государствомъ: больницы, телеграфы, телефоны, желѣзныя дороги и т. д., и т. д. безъ конца. Каждую такую сторону своей дѣятельности государство, въ случаѣ неправильнаго ея функціонированія, можетъ причинять существенные убытки.

И въ настоящее время при массѣ точекъ соприкосновенія каждаго обывателя съ органами власти, вопросъ о томъ, кто отвѣчаетъ за могущіе быть ими причиненными убытки, пріобрѣтаетъ несомнѣнный практическій интересъ.

II. Какъ мы уже неоднократно упоминали, ни государство феодальное, ни абсолютная монархія полицейскаго типа не знали публичныхъ правъ обывателей; это порожденіе времени конституціонныхъ государствъ.

Полицейское государство, не говоря уже о феодальномъ, не знало и объективнаго публичнаго права, или во всякомъ случаѣ понимало его несравненно уже, чѣмъ теперь. Что въ этомъ отношеніи для насъ представляется наиболѣе существеннымъ, въ эпоху полицейскаго государства правила, опредѣляющія порядокъ дѣйствій и полномочія должностныхъ лицъ, не признавались правилами юридическими: подъ правомъ понимали почти исключительно гражданское право; и то,

что мы теперь считаемъ нормами публичнаго права, то для того времени представлялось инструкціями, которыми мѣстный государь опредѣлялъ порядокъ дѣйствія своихъ слугъ.

И если какой либо чиновникъ причинялъ убытки обывателю, напр. подвергнувъ его незаконному аресту, то иска къ королю ни въ коемъ случаѣ возникнуть не могло. Не говоря уже о томъ, что въ то время всякое ходатайство, обращенное къ королю, могло имѣть лишь характеръ просьбы, исполненіе которой всегда имѣло видъ милости,— подобный искъ былъ бы лишенъ и всякаго юридическаго основанія: по взглядамъ того времени, не признававшего за гражданами права личной неприкосновенности, неправильный арестъ не нарушалъ никакихъ правъ самого обывателя. Въ настоящее время въ этомъ отношеніи положеніе дѣла кореннымъ образомъ измѣнилось: въ конституціонныхъ государствахъ нынѣ признается за гражданами право личной неприкосновенности; поэтому неправильный арестъ, какъ нарушеніе правъ обывателя, можетъ служить въ настоящее время юридическимъ основаніемъ для иска объ убыткахъ. Въ Россіи права личной неприкосновенности не существуетъ, но и у насъ неправильный арестъ теперь можетъ разсматриваться, какъ нарушеніе закона объ арестахъ, какъ дѣйствіе неправомѣрное, какъ нарушеніе объективнаго права, и въ качествѣ такового опять таки является вполнѣ достаточнымъ юридическимъ основаніемъ для иска.

III. Существеннѣйшее значеніе имѣло также и измѣненіе общаго тона и характера дѣятельности администраціи. Она несомнѣнно сама прониклась большимъ уваженіемъ къ правамъ обывателей: нарушеніе ихъ безъ серьезнаго основанія является теперь, по крайней мѣрѣ по отношенію къ господствующимъ классамъ, явленіемъ рѣдкимъ. Когда административная практика была такова, что правонарушенія являлись повседневымъ явленіемъ, то, во первыхъ, вознагражденія трудно было и напастись, а, самое главное, извѣстная равномерность въ распредѣленіи этого бремени устанавливалась сама собою: всѣмъ попадало; если администраціи не пришлось нарушить чьихъ либо правъ, то уже это скорѣе являлось случайностью.

И до тѣхъ поръ, пока убытки, причиняемые органами управленія, не станутъ сравнительно рѣдкими, настолько рѣдкими, что начнутъ насъ поражать, какъ что то необычное, не повседневное, вѣчто такое, что не со всякимъ непремѣнно должно рано или поздно случиться, пока потерпѣвшій не будетъ вызывать къ себѣ такое отношенія, чтобы появлялось желаніе разложить на всѣхъ тотъ убытокъ, который онъ понесъ, вопроса объ отвѣтственности казны возникать не можетъ. Только при сравнительной рѣдкости убытковъ они могутъ нарушать спокойствіе зрителей и требовать воздаянія.

Такимъ образомъ, самая возможность возникновенія вопроса объ отвѣтственности казны за неправильныя дѣйствія чиновниковъ

обусловливается известной упорядоченностью их дѣятельности, тѣмъ, что убытки, ими причиняемые, являются сравнительною рѣдкостью ¹⁾.

IV. Но вопросъ объ отвѣтственности казны въ своемъ разрѣшеніи зависитъ не только отъ тѣхъ или другихъ правовыхъ представленій и нравственныхъ требованій. Не менѣе существенны и господствующія представленія о томъ, насколько эта отвѣтственность практически осуществима, вынесетъ ли ее государственный бюджетъ. И само собою очевидно, что рѣшающее значеніе (по крайней мѣрѣ отрицательное) имѣютъ именно государственныя соображенія о практической, казначейской возможности установленія отвѣтственности казны, а не то, насколько она требуется соображеніями чисто юридическими.

И въ этомъ отношеніи современное государство представляетъ разительное отличіе отъ государства сравнительно еще недавняго прошлаго.

Старое государство, постоянно нуждавшееся въ деньгахъ, съ сравнительно ничтожнымъ бюджетомъ, съ его спеціальными кассами, благодаря чему казна могла ощущать острую нужду въ деньгахъ, когда имѣлась масса свободныхъ суммъ, выжидавшихъ своего спеціального назначенія, конечно, было бы поставлено въ самое затруднительное положеніе въ случаѣ введенія отвѣтственности казны за чиновниковъ ²⁾. Нынѣ, съ бюджетомъ въ миллиарды рублей, съ единствомъ кассы, создающимъ представленіе о существованіи въ каждое данное время денегъ, не имѣющихъ спеціального назначенія, государство можетъ себѣ позволить и расходъ на покрытіе убытковъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями чиновниковъ. То, что прежде было немислимымъ, стало осуществимымъ.

¹⁾ Типичнымъ примѣромъ установленія отвѣтственности казны только въ такомъ случаѣ, если данная область управленія достигла уже извѣстнаго совершенства въ своей организаціи, можетъ служить почта. Въ Россіи до Екатерины II казна принимала тѣ или другія мѣры противъ утраты корреспонденціи, но не считала себя обязанною вознаграждать собственниковъ даже утраченныхъ денежныхъ писемъ. Лишь въ 1783 г. (7-го марта) былъ установленъ полупроцентный страховой сборъ съ объявленной стоимости писемъ, и казна приняла на себя денежную отвѣтственность за сохраненіе ихъ. Н. С. К о л о в ъ. Объ отвѣтственности русскаго почтоваго управленія за пересылаемую имъ корреспонденцію. Почтово-Телеграфный Журналъ, Отдѣлъ Неофициальный. 1892 г. Май. Стр. 546.

²⁾ На опасности отвѣтственности казны для государственнаго бюджета указываютъ и нынѣ противники этой отвѣтственности, по крайней мѣрѣ противники установленія этой отвѣтственности въ видѣ общаго правила. Ср., напр., М и ш у, 1896, стр. 270

§ 5. Разложене ученія о фиска.

Однимъ изъ основныхъ, хотя, быть можетъ, и не всегда высказы-
вавшихся мотивовъ въ пользу неотвѣтственности казны въ дѣлахъ
публично-правовыхъ было ученіе о фискѣ, по природѣ своей противо-
положномъ государству-власти.

Основаніе, причину отвѣтственности казны въ дѣлахъ имуще-
ственного характера видѣли именно въ томъ, что фискъ есть юриди-
ческое лицо частнаго права, которое потому и отвѣчаетъ, что част-
но-правовыя юридическія лица отвѣчаютъ за дѣйствія своихъ орга-
новъ. Такъ какъ это основаніе отвѣтственности было непримѣнимо
къ государству, какъ власти, а другого основанія вообще не допу-
скали, то и получалось, что государство внѣ дѣлъ фиска отвѣтствен-
ности нести не можетъ ¹⁾.

Но коль скоро ученіе о принципиальной противоположности
фиска и государства-власти утратило свой авторитетъ, и въ этомъ
дѣленіи дѣлъ государственнаго управленія начали видѣть лишь
пріемъ наиболѣе цѣлесообразнаго распредѣленія дѣлъ между пра-
вительственными (въ томъ числѣ и судебными) установленіями, —
изъ противоположенія дѣлъ фиска и власти уже стало невозможнымъ
дѣлать какой бы то ни было выводъ о томъ, что они по существу
своему должны подчиняться разному праву.

Что касается въ частности вопроса объ отвѣтственности, то, когда
основаніе отвѣтственности фиска перестали усматривать въ томъ,
что она вызывается самымъ существомъ фиска, какъ юридическаго
лица частнаго права, для котораго обязательны постановленія граж-
данскихъ законовъ, и начали видѣть въ этой отвѣтственности лишь
средство дать имущественнымъ правамъ обывателей достаточную
гарантію отъ нарушенія ихъ должностными лицами, — не стало ника-
кого разумнаго основанія для того, чтобы не распространять этой
гарантіи и на дѣла публичнаго характера, поскольку въ этихъ
дѣлахъ могутъ теперь нарушаться права обывателей, и при томъ
имущественныя права ихъ.

§ 6. Необходимость юридическаго основанія для отвѣтственности казны.

Указанныя выше измѣненія въ господствующихъ ученіяхъ объ
основаніяхъ отвѣтственности за убытки устранили непреодолимое
юридическое препятствіе къ установленію отвѣтственности казны;
увеличеніе задачъ управленія повысило практическое значеніе отвѣт-
ственности казны; благодаря выясненію правового характера админи-

¹⁾ Это соображеніе въ концѣ концовъ и было тѣмъ, которое повидимому
предопредѣлило направленіе нашей сенатской практики. См. выше, стр. 215—220.

стративной дѣятельности, убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, вызываютъ реакцію именно въ качествѣ правонарушеній; общее упорядоченіе правительственной дѣятельности, уменьшивъ количество причиняемыхъ ею убытковъ, повышаетъ ту реакцію, которую вызываетъ каждый отдѣльный случай убытковъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлаетъ практически возможнымъ вознагражденіе ихъ; наконецъ, увеличеніе тѣхъ денежныхъ средствъ, которыми располагаетъ государство, сдѣлало вознагражденіе убытковъ практически осуществимымъ.

Всѣ эти произошедшія перемѣны устранили существовавшія прежде препятствія къ отвѣтственности казны, но не создали никакого юридическаго основанія для этой отвѣтственности.

Не можетъ считаться основаніемъ для отвѣтственности и то, что, если не установить отвѣтственности казны, то многіе убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, останутся на дѣлѣ невозмѣщенными, ибо ихъ не съ кого будетъ взыскать, чиновнику ихъ изъ своихъ средствъ не покрыть.

Самъ по себѣ фактъ убытковъ, остающихся невознагражденными, ничего невозможнаго ни съ нравственной, ни съ юридической точки зрѣнія не представляетъ. Всѣ убытки, причиненные явленіями природы, невмѣняемыми людьми, вообще всѣ тѣ убытки, гдѣ нѣтъ вмѣняемаго виновника или отвѣтчика, остаются невознагражденными. Съ этимъ мы миримся; мы можемъ страховать себя отъ подобныхъ убытковъ, но это не есть вознагражденіе въ томъ смыслѣ, въ какомъ говорятъ о вознагражденіи, выплачиваемомъ виновнымъ въ причиненіи убытковъ. Затѣмъ остаются невознагражденными всѣ тѣ убытки, которые причинены лицами, по своему имущественному положенію безусловно неспособными ихъ покрыть. Въ этомъ надо видѣть несчастіе того, кто ихъ понесъ.

Неполученіе вознагражденія за понесенные убытки только въ томъ случаѣ вызываетъ оскорбленіе нашего правового чувства, если есть лицо, по нашимъ правовымъ воззрѣніямъ юридически обязано покрыть эти убытки, и если у этого лица имѣются на то необходимыя средства.

Поэтому намъ кажется, что установленіе отвѣтственности казны можетъ представляться для насъ необходимымъ только въ томъ случаѣ, если оно вызывается именно юридическими соображеніями; недостаточно, чтобы въ пользу ея говорило только сочувствіе къ потерпѣвшему.

Конечно, и безъ достаточнаго къ тому юридическаго основанія государство можетъ принять на себя отвѣтственность за убытки, причиняемые чиновникамъ, можетъ принять не по обязанности, а изъ милости къ потерпѣвшимъ, какъ напр. устанавливаетъ пенсіи вдовамъ и сиротамъ чиновниковъ.

Исходя изъ понятія службы, нельзя было бы требовать установленія пенсій, какъ юридической обязанности казны, вытекающей изъ самаго существа понятія чиновника. И юристъ, какъ таковой, не какъ политикъ, не могъ бы настаивать на установленіи пенсій, ни вообще, ни въ томъ или иномъ размѣрѣ, за то или другое число лѣтъ службы.

Конечно, коль скоро пенсій закономъ установлены, юристы могутъ разрѣшать съ точки зрѣнія права вопросы о размѣрѣ пенсій, на которую имѣетъ право данное лицо. Но это окажется возможнымъ только послѣ того, какъ закономъ пенсіи уже будутъ установлены.

Если по разсмотрѣніи окажется, что юридическаго основанія для отвѣтственности казны нѣтъ, то для настоящаго сочиненія вопросъ о ея отвѣтственности, поскольку она еще не установлена закономъ, отпадаетъ вовсе.

И лишь въ томъ случаѣ, если этой отвѣтственности требуетъ не только наше сочувствіе къ потерпѣвшему и желаніе помочь ему на чужой счетъ, но и самое существо юридическихъ отношеній государства къ его органу, причинившему вредъ, и къ обывателю, понесшему его,— отвѣтственность казны можетъ быть признана юридически обоснованной.

Если разсматривать отношенія подданнаго къ государству, то нельзя не признать, что тутъ со времени феодальнаго государства произошло существенное измѣненіе отношеній, и при томъ такое, которое отнюдь не можетъ считаться благопріятнымъ для отвѣтственности казны.

Прежде, какъ мы уже не разъ указывали выше, государственная власть того или другаго фюрста представлялась суммою отдѣльныхъ, опредѣленныхъ по своему объему и содержанію полномочій, *Noheitsrechte*. И поскольку убытки причинялись нарушеніемъ предѣловъ этихъ полномочій, имѣлось вполне опредѣленное юридическое основаніе для требованія убытковъ.

Когда государство развилось до формы такъ называемаго „полицейскаго государства“, то отдѣльныя правительственныя полномочія претворились въ сплошную, неограниченную по своему объему и содержанію государственную власть. И эта неограниченность не была пустою теоретическою формулою. Если въ предыдущую эпоху населеніе могло еще заявлять о своихъ правахъ и нуждахъ во всякаго рода сословныхъ собраніяхъ, то теперь это населеніе оказалось по отношенію къ власти совершенно безгласнымъ и безправнымъ.

Съ населеніемъ церемонились еще меньше, чѣмъ прежде. Правда, ему отмежевали область гражданскихъ правъ, говорили о томъ, что эти права настолько обезпечены, какъ они никогда раньше не были; но публичныхъ правъ населенія не стало вовсе. Государственный интересъ (очень часто интересъ династическій) ставился настолько высоко, интересы отдѣльныхъ обывателей признавались настолько ему

подчиненными, что въ случаѣ столкновенія ихъ о взаимномъ расчетѣ между ними, хотя бы въ видѣ денежнаго вознагражденія, не могло быть и рѣчи.

Съ юридической точки зрѣнія въ этомъ отношеніи не произошло никакой перемѣны при переходѣ полицейскаго государства къ современному, конституціонному. И въ конституціонномъ государствѣ власть абсолютно безгранична. Она принадлежитъ не одному государю, но также и народному представительству; но, поскольку она принадлежитъ имъ вмѣстѣ, это есть власть неограниченная, юридически ничѣмъ не связанная. Государству уступаютъ всѣ права, противъ государства правъ нѣтъ, власть его ограничивается только предѣлами фактически исполнимаго и предѣлами готовности подданныхъ повиноваться. Эту неограниченную властью современное государство пользуется въ интересахъ лишь самого же государства и, въ общемъ, согласно съ требованіями общественнаго мнѣнія. Но никакое, даже самое неправильное пользованіе государственною властью не можетъ служить основаніемъ для иска, ибо государство, какъ цѣлое, ни передъ кѣмъ ни за что отвѣтственности не несетъ.

Въ виду этого фактически существующаго и на дѣлѣ не устранимаго юридически неограниченнаго характера государственной власти, стоящей надъ правомъ ¹⁾, изъ отношеній обывателя къ государству, какъ къ цѣлому, можно было бы вывести отвѣтственность казны лишь въ видѣ добровольнаго дара власти; такая отвѣтственность могла бы осуществляться не въ судебномъ, не въ правовомъ порядкѣ, но лишь въ путяхъ монаршаго милосердія.

Эготъ выводъ кое кѣмъ и дѣлается.

И если это такъ, то значить, отвѣтственность казны юридически обоснована быть не можетъ.

Но въ основаніи всего приведеннаго выше разсужденія лежитъ одна существенная логическая ошибка.

Юридически не ограничена лишь верховная власть въ государствѣ. Поскольку убытки причинены ея дѣйствіями, о юридической обязанности государства нести гражданскую отвѣтственность говорить нельзя. Но не всегда убытки причиняются дѣйствіями верховной власти, и когда говорятъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными должностными дѣйствіями, то не о верховной власти думаютъ.

¹⁾ Въ этомъ существенное отличіе современнаго государства отъ средне-вѣковой сословной монархіи, въ которой правамъ государя противопоставались неприкосновенныя для него права городовъ, сословій, государственныхъ чиновъ. Современное государство, издавая какое либо постановленіе, идущее въ разрѣзъ съ чѣминибудь правами, отмѣняетъ эти права, а не нарушаетъ ихъ. Отмѣна крѣпостнаго права въ Россіи не можетъ разсматриваться, какъ правонарушеніе, совершенное русскимъ правительствомъ: это есть отмѣна права, властью признаннаго отжившимъ свое время.

Поэтому, для того, чтобы отвѣтить себѣ на вопросъ, существуетъ ли юридическое основаніе для отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами, надо установить, какое существуетъ юридическое отношеніе не непосредственно между обывателемъ и верховною властью, или государствомъ, какъ цѣлымъ, а между государствомъ и его должностнымъ лицомъ съ одной стороны, и тѣмъ же должностнымъ лицомъ и обывателемъ съ другой.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Прежнія ученія о должности.

Изложенныя выше соображенія привели насъ къ вопросу, имѣющему существеннѣйшее значеніе для нашей темы, а именно къ вопросу о юридической природѣ „должности“ и должностныхъ дѣйствій.

Вопросъ этотъ разрабатывался главнымъ образомъ германскими учеными. Къ разсмотрѣнію предложенныхъ ими теорій мы и обратимся.

1. Ученія о должности, господствовавшія въ германской юридической литературѣ въ теченіе послѣднихъ двухъ вѣковъ, не были неизмѣнны.

Что самое существенное, мѣнялись не только господствующія представленія о должности, но мѣнялась и она сама. Даже не столько измѣнились представленія о ней, сколько именно сама она. Научныя построенія часто отличаются великою косностью. Нерѣдко явленіе, давшее поводъ къ той или другой конструкціи, успѣваетъ совершенно измѣнить свою юридическую природу, а старыя теоріи все еще продолжаютъ повторяться безъ сколько нибудь существеннаго измѣненія ¹⁾.

¹⁾ Государственные Чины, Собранія Государственныхъ Сословій въ Германіи нѣкогда противопоставались мѣстному государю, какъ сторона, съ которою онъ вступалъ въ договоры, въ соглашенія; они, какъ представители земли, противопоставались князю, соглашались на установленіе въ пользу его тѣхъ или иныхъ сборовъ и т. д. Съ современными представительными учрежденіями конституціонныхъ странъ у нихъ нѣтъ въ этомъ отношеніи ничего общаго: современный парламентъ есть органъ государства, какъ и король. Договорныхъ отношеній между ними не можетъ быть, какъ не можетъ ихъ быть между судомъ и администраціею. Между тѣмъ, противоположеніе народнаго представительства государству или правительству (въ смыслѣ средневѣковаго князя и его слугъ) живо и по сейчасъ не только въ общей печати, но и въ юридическихъ сочиненіяхъ.—См. по этому поводу резонныя замѣчанія O. Gierke въ „Laband's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft“. Schmoller's Jahrbücher. 1883 годъ. стр. 1149.

Другимъ примѣромъ упорнаго переживанія старыхъ возрѣвій является

И положеніе юристовъ, которые по тому или иному вопросу готовы были стать на болѣе современную точку зрѣнія, бывало нерѣдко крайне тяжело: у нихъ образовывались идеи, соотвѣтствующія современному положенію изслѣдуемаго ими вопроса, но въ виду солидарности общественныхъ явленій имъ необходимо было согласовать свою новую точку зрѣнія съ господствующими воззрѣніями по сопредѣльнымъ областямъ. И если въ этихъ сопредѣльныхъ областяхъ господствовали еще старыя идеи, то новаторамъ приходилось или отказаться отъ новшества и пригонять свои теоріи къ другимъ, уже отжившимъ, или обращаться къ пересмотру взглядовъ и по сопредѣльнымъ областямъ, что влекло за собою и дальнѣйшіе пересмотры и переоцѣнки. И такъ далѣе, и такъ далѣе. Практически положеніе часто получалось безвыходное. И тому, кто желалъ хотя что либо сдѣлать, оставалось только подчиниться и вернуться къ господствующей точкѣ зрѣнія.

Правда, въ нѣкоторыхъ областяхъ наука шла впередъ, но только въ отдѣльныхъ областяхъ. Поэтому наука публичнаго права на дѣлѣ представляется совокупностью понятій, возникшихъ въ разныя времена, примѣнительно къ совершенно разнымъ жизненнымъ бытовымъ условіямъ,—теорій, обыкновенно значительно переживающихъ тѣ явленія, которыя онѣ стараются объяснить.

Очень часто для того, чтобы разобраться въ теоріяхъ, господствующихъ по тому или иному вопросу, необходимо стать на историческую точку зрѣнія, выяснить себѣ, при какихъ именно историческихъ условіяхъ, или въ виду какихъ именно условій сложилось то или другое юридическое понятіе. И, только выяснивъ это, мы будемъ въ состояніи критически отнестись къ данной теоріи.

Какъ мы уже замѣтили, рассматриваемое нами явленіе должно-сти не было неизмѣннымъ: если не забираться въ глубь среднихъ вѣковъ и остановиться на германскомъ территориальномъ государствѣ патримоніальнаго типа, то въ немъ положеніе должностныхъ лицъ рѣзко отличается отъ современнаго. Государство, какъ личная собственность отдѣльнаго лица, существуетъ въ его интересахъ или въ интересахъ его рода. Правительственныя полномочія, *Noheitsrechte*, которыми обладалъ такой государь, рассматривались, какъ права, непосредственно служащія денежнымъ интересамъ государя, или какъ права, необходимыя для правильнаго и безпрепятственнаго веденія такого крупнаго земельного хозяйства, какое представлялось тогдаш-

взглядъ на суды, какъ на нѣчто противопологаемое государственной власти. Нѣкогда въ Германіи суды дѣйствительно были учрежденіемъ болѣе народнымъ, чѣмъ княжескимъ. Но то время прошло. Теперь суды—государственное учрежденіе. Но и по сейчасъ приходится слышать и читать о подсудности, о подчиненіи государства судамъ, какъ какому то третьему лицу.

нимъ государствомъ. Должностныя лица являлись личными слугами своего государя; отношенія между ними по существу своему являлись отношеніями личнаго найма.

Значительнымъ прогрессомъ въ смыслѣ признанія въ населеніи чего то такого, все земное назначеніе чего не исчерпывается служеніемъ личнымъ матеріальнымъ и инымъ интересамъ фюрста, былъ мало по малу выработывавшійся взглядъ на государство, какъ на нѣкую обособленную отъ государя единицу. Государь, правда, государь исключительный, называетъ себя первымъ слугою государства. Но государство, хотя и не какъ совокупность отдѣльныхъ разрозненныхъ участковъ земли и отдѣльныхъ полномочій, а какъ нѣкое единство, на дѣлѣ все таки разсматривается какъ объектъ власти государя, объектъ, которымъ тотъ продолжаетъ распоряжаться по своему усмотрѣнію.

При такихъ порядкахъ, типичныхъ для XVIII столѣтія, или по крайней мѣрѣ для второй половины его, а также для первой половины XIX столѣтія, должностныя лица являются все таки слугами скорѣе престола, чѣмъ отечества. Такъ какъ государь былъ субъектомъ всѣхъ правительственныхъ правъ, и полномочія должностныхъ лицъ исходили отъ государя, то всѣ чиновники естественно должны были разсматриваться, какъ его представители. Правительственный механизмъ разсматривался, какъ воплощенный въ особѣ государя. Распредѣленіе функций внутри этого механизма (съ выдѣленіемъ суда, а послѣ законодательной власти) было опредѣленіемъ внутренняго распорядка, не затрагивающимъ ни чьихъ правъ.

Съ теченіемъ времени, главнымъ образомъ въ тѣхъ государствахъ, гдѣ были введены конституціонныя учрежденія, государи фактически перестали быть свободными хозяевами своей страны. Не только власть ихъ во имя интересовъ государственныхъ подверглась ряду существенныхъ ограниченій, но, что важнѣе всего, государи перешли на положеніе одного изъ органовъ государства ¹⁾,—такого органа, которому можетъ противопоставляться воля другого органа, парламента.

Управление по принципу безусловнаго усмотрѣнія государя стало невозможнымъ въ конституціонныхъ странахъ. Но и не только въ нихъ однѣхъ, но и у ихъ сосѣдей ²⁾. Въ этомъ отношеніи конституціонныя учрежденія проявляли свое вліяніе далеко за предѣлами тѣхъ странъ, гдѣ были введены. Государи, по буквѣ закона неограниченные, стали считаться съ возможностью появленія конституціонныхъ учреждений и у нихъ, и чтобы не ускорять этого, во всякомъ случаѣ неудобнаго для нихъ момента, считали необходимымъ дѣйствовать такъ, чтобы общій тонъ ихъ политики не слишкомъ расходился съ тѣми взглядами на существо обязанностей правительства, которые вы-

¹⁾ Ср. G. Jellinek. Des Recht des modernen Staates. 1900 г., стр. 514.

²⁾ Наполеонъ III въ теченіе неограниченнаго своего правленія.

работались въ конституціонныхъ государствахъ и оттуда разносились по всей Европѣ.

Разъ такимъ образомъ государи оказались въ положеніи лицъ, на которыхъ по отношенію къ государству лежатъ извѣстныя обязанности и, стало быть, правоограниченія, разъ что по укоренившимся взглядамъ (а съ ними на практикѣ дѣйствительно считались) государи должны были дѣйствовать въ интересахъ не личныхъ, а въ интересахъ государства,—естественнымъ выводомъ было признаніе государства субъектомъ всѣхъ правительственныхъ правъ ¹⁾. Права эти осуществляются государемъ отъ имени государства, какъ юридическаго лица. Государь является его представителемъ. Такой выводъ былъ безусловною историческою и логическою необходимостью. Въ Германіи вопросъ шелъ о томъ, чтобы найти юридическую формулу, выражающую, что интересы государя подчинены интересамъ цѣлаго, что цѣлое на дѣлѣ уже перестало служить простымъ объектомъ власти государя, перестало быть только средствомъ, стало цѣлью. Для этого естественнѣе всего было именно признать государя представителемъ государства, дѣйствующимъ въ его интересахъ. Государство, какъ единый объектъ власти, было уже готовымъ понятіемъ. Проще всего было возвести этотъ объектъ въ положеніе самостоятельнаго субъекта, благо понятіе субъекта государственной власти, выработавшееся на государѣ, тоже было уже готово.

II. Но и послѣ того, какъ въ германской литературѣ восторжествовала конструкція государства, какъ юридическаго лица, ²⁾ прежніе

¹⁾ Ср. по этому поводу интересное ученіе О. Бэра (Otto Bähr, Der Rechtsstaat. 1864 г.) о такихъ Genossenschaften, которыя доразвились до состоянія юридическаго лица, и о такихъ, которыя до того еще не доразвились (стр. 18—40, въ особ. 20—25). По мнѣнію Бэра, государство въ эпоху патримоніальнаго государства и государства абсолютнаго, когда господствуетъ положеніе Людовика XIV 'Etat c'est moi, тоже не доразвилось, но государство правовое, Rechtsstaat, есть уже юридическое лицо (тамъ же, стр. 41—47). Ср. тамъ же стр. 85.

²⁾ Это совершилось не сразу (Ср. выше, стр. 28). Теорія государства-юридическаго-лица не сразу встрѣтила сочувствіе юристовъ. Даже тотъ, кто сдѣлалъ болѣе кого либо для ея распространенія, Герберъ (начиная со второго изданія своихъ Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1869), и тотъ первоначально находилъ невозможнымъ принять эту теорію, считая государство не юридическимъ лицомъ, а организмомъ (Ueber öffentliche Rechte. 1852, стр. 18 и сл.). Господствующею, и то не безраздѣльно, теорія эта можетъ быть признана въ Германіи лишь со времени Лабанда, главнымъ образомъ со времени его Staatsrecht des deutschen Reichs (ср. выше, стр. 216, вын. 2, юристовъ, считающихъ государство-фискъ юридическимъ лицомъ, но не допускающихъ возможности признать юридическимъ лицомъ государство, какъ власть. Ср. также Rehm. Die Rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrechte historisch dogmatisch dargestellt. Annalen des Deutschen Reichs. 1884). Кромѣ того, противъ этой

взгляды на существо должности все еще сохраняли свою силу: правительственные полномочія понимались, какъ полномочія, принадлежащія государству; но право осуществлять ихъ приписывалось лишь государю, главѣ государства, а должностныя лица признавались и по сейчасъ признаются его помощниками въ томъ, съ чѣмъ самому государю не управиться. Государь—представитель государства, чиновники—его замѣстители.

Нѣкоторые писатели согласны сдѣлать уступку для конституціонныхъ государствъ и признать, что въ нихъ должности могутъ имѣть правомъ нормированную основу, ¹⁾ но большинство писателей и по сейчасъ видитъ въ чиновникахъ какихъ то случайныхъ замѣстителей монарха, Herrscher'a ²⁾. Поэтому распредѣленію компетенцій между отдѣльными органами государства не придаютъ юридическаго значенія, считая, что это внутреннее дѣло администраціи.

Но ни въ республикѣ, ни въ монархіи, конституціонной или неограниченной, глава государства нигдѣ не въ силахъ лично исполнять всѣ задачи управленія.

Въ настоящее время Престольъ есть не только „тяжкое бремя“, но и „великое служеніе“ ³⁾, и это служеніе немнслимо безъ множественности органовъ, они необходимы не только для Государя, но и для народа. И если основой государства является его необходимость, то необходимо оно только при условіи множественности органовъ.

конструкціи, конечно, всѣ тѣ, кто вообще противъ понятія юридическаго лица; ср., напр., Brinz: „Denn zu sagen dass der Staat und die Städte Personen seien, ist der Phantasie erlaubt, nicht dem System der Verstande“. Pandekten. I. 1873, стр. 196.

¹⁾ Ср. напр. Hugo Pr euss. Ueber Organpersönlichkeit. (Schmoller's Jahrbücher 1902, стр. 135). „Die Differenzierung des rechtlich normierten und organisierten Aeusserung des Gemeinwillens durch eine Mehrheit von Organen ist in Gegensatz zum absoluten Staate das begriffliche Wesen des Verfassungsmässigen Rechtsstaates“.

²⁾ Ср. напр. Ste n g e l. Staatsrecht des Königreichs Preussen. 1894. Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts. Стр. 91: должности создавать необходимо, „weil das Staatsoberhaupt persönlich gar nicht in der Lage ist selbst alle Handlungen vorzunehmen,“ которыя нужны для управленія.—Ср. E. Ling g. Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre. 1890. Стр. 69, выноски; по его мнѣнію, что, Regierung nur Gehilfe des Herrschers ist, seit Gerber ist ausgemacht.—Изъ старыхъ писателей это ученіе очень ясно выражено у K. S. Z a c h a r i a e. Vierzig Bücher vom Staate. I. 1839. Стр. 99.

Оригинально, что Л а б а н дъ, который въ первомъ изданіи своего Staatsrecht держался того мнѣнія, что правила объ организаціи и порядкѣ дѣйствія административныхъ учрежденій суть юридическія нормы (томъ I, стр. 68); начиная со второго изданія (томъ I, стр. 683, вып. 2, третье изд., томъ I, стр. 653, вын. 1), подъ влияніемъ Гирке, Розина и Зелигмана присоединился къ господствующему въ Германіи мнѣнію.

См. по этому вопросу интересныя соображенія А. Haenel. Studien zum deutschen Staatsrecht, II, 1888. 221—234.

³⁾ Всамил. Маниф. 20 окт. 1894 г.

Какіе именно это органы, какъ именно распределены между ними дѣла, кто назначенъ на ту или другую должность, это—вопросы, которые зависятъ отъ усмотрѣнія главы государства, отъ усмотрѣнія, ничѣмъ не ограниченаго въ абсолютныхъ монархіяхъ, обставленнаго тѣми или другими ограниченіями въ конституціонныхъ странахъ. Въ этомъ смыслѣ можно говорить, что всѣ органы государства получаютъ свои полномочія отъ главы государства, но самое существованіе многихъ органовъ есть фактъ, и съ нимъ каждый монархъ, даже и неограниченный, долженъ считаться, какъ съ чѣмъ то для себя неустрашимымъ.

Въ самой Германіи это ученіе носитъ характеръ любопытнаго пережитка ¹⁾, и непримѣнимость его къ современному положенію вещей начинаетъ сознаваться и самими пѣмцами ²⁾.

Несостоятельность съ точки зрѣнія публично-правовой ученія о должностныхъ лицахъ, какъ замѣстителяхъ главы государства ³⁾, давно

¹⁾ Было время, когда оно было вѣрно, когда полномочія, предоставлявшіяся какимъ либо фюрстомъ своему служащему, носили характеръ личныхъ порученій, основанныхъ на договорѣ личнаго найма, и никакого права, никакого объективнаго правопорядка этимъ не устанавливалось. Ученіе это въ значительной мѣрѣ поддерживается тѣмъ фактомъ, что относительно тѣхъ должностныхъ лицъ, которыя не приходятъ въ соприкосновеніе съ публикою (тѣ чины бюрократическихъ учреждений, которые лишены рѣшающей власти), юридическій характеръ правилъ, опредѣляющихъ ихъ дѣятельность, мало въ чемъ можетъ сказываться. Но поскольку дѣятельность чиновника такъ или иначе проявляется во внѣ, юридическій характеръ этихъ правилъ обнаруживается на каждомъ шагѣ: нарушеніе чиновникомъ сроковъ, ему указанныхъ въ законѣ, можетъ дать основаніе къ иску къ нему объ убыткахъ, нарушеніе предѣловъ вѣдомства или формъ дѣлопроизводства, напр., при арестѣ обывателя, можетъ дать основаніе для дисциплинарнаго или уголовнаго преслѣдованія.

Но и внѣ случаевъ столкновенія административныхъ учреждений съ обывателями юридическій характеръ правилъ, опредѣляющихъ организацію и порядокъ дѣйствія этихъ учреждений, несомнѣнно при сколько нибудь внимательномъ разсмотрѣніи ихъ. Неужели можно отрицать юридическій характеръ правилъ, опредѣляющихъ, напр., порядокъ разрѣшенія споровъ между администраціею и органами самоуправленія, которые вѣдь не обыватели? или не ясенъ ли юридическій характеръ постановленій Общаго Устава Счетнаго о наложеніи начетовъ на чиновниковъ и о сложеніи ихъ? Что можетъ быть очевидно, какъ не юридическій характеръ ст. 120 Учр. Прав. Сен., опредѣляющей, какія дѣла слушаются Сенатомъ при участіи подчиненныхъ министровъ, хотя бы эти дѣла и не касались правъ обывателей?

²⁾ Tezner, рецензія на Iедлинека (System, въ XXI томѣ Grünhuts Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. Стр. 185.

³⁾ Не малое значеніе имѣли для судебъ этой государственной теоріи и перемѣны, произошедшія въ ученіяхъ гражданскаго права, почти всегда отражающихся на теоріяхъ государственно-правовыхъ. Изъ такихъ перемѣнъ въ ученіяхъ цивилистическихъ можно указать, во-первыхъ, на смѣну старой теоріи представительства, теоріи Савиньи, считавшей, что сдѣлку заключаетъ

уже¹⁾ заставляла нѣкоторыхъ германскихъ юристовъ стремиться дать иную конструкцію понятія должностного лица.

Изъ этихъ конструкцій наибольшей успѣхъ имѣеть конструкція должностного лица, какъ непосредственнаго органа самого государства: дѣйствія должностного лица въ предѣлахъ его компетенціи разсматриваются какъ дѣйствія самого государства²⁾.

одинъ довѣритель, и что представитель только органъ, орудіе, теоріей репрезентации, *Repraesentationstheorie*, считавшей дѣйствующимъ только представителемъ. Ср. *Mitteis. Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes*. 1885 г. Стр. 89—97 и 97—109. Гораздо большее значеніе имѣло измѣненіе въ пониманіи органовъ юридическихъ лицъ: изъ представителей юридическаго лица, какъ лица недѣеспособнаго, они въ современныхъ ученіяхъ обратились въ органы, черезъ которые дѣйствуетъ само юридическое лицо въ ученіи о юридическихъ лицахъ гражд. права. Эта замѣна теоріи представителей теоріей органовъ имѣла самое существенное значеніе для всего ученія о государствѣ и въ частности для вопроса объ его отвѣтственности за дѣйствія чиновниковъ.

¹⁾ Эту точку зрѣнія можно прослѣдить у довольно старыхъ государственниковъ, которымъ однако не удалось сколько нибудь послѣдовательно ее развить и сдѣлать изъ нея тѣ выводы, которые непосредственно изъ нея вытекали, хотя бы по вопросу объ отвѣтственности казны: на непослѣдовательности въ этомъ отношеніи у Цахаріе нами было уже указано выше (см. выше, стр. 233). Точно также путается въ этомъ вопросѣ и Ленингъ (ср. стр. 60—67, 83, 55 и 107).—См. также выше, стр. 236—242, о томъ употребленіи, которое изъ этой теоріи желали сдѣлать Виндшейдъ, Ротъ, Штоббе, Клевицъ, М. Б. Горенбергъ и Штенгель.

²⁾ Типично эта точка зрѣнія выражена у Hugo Preuss. *Das Städtische Amtsrecht in Preussen*. 1902 г., стр. 477: дѣйствія чиновниковъ суть „*zugleich Handlungen des Beamten und des sozialen Organismus*“. Тутъ какъ бы представляются два лица: чиновникъ и государство; дѣйствія чиновника—одновременно дѣйствія и того, и другого.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Ученія о должности у современныхъ германскихъ юристовъ.

§ 1. Теорія должности у германскихъ писателей „юридической школы“.

Такъ какъ для отвѣтственности государства за неправильныя должностныя дѣйствія основнымъ вопросомъ является вопросъ о природѣ юридическихъ отношеній, существующихъ между государствомъ и должностью, то и обратимся къ разсмотрѣнью того, какъ понимается взаимное отношеніе государства и должности наиболѣе выдающимися представителями германской науки.

Здѣсь прежде всего возникаетъ вопросъ, является ли должность самостоятельнымъ, или, вѣрнѣе, отдѣльнымъ отъ государства субъектомъ правъ.

Бернадикъ ¹⁾ приводитъ около полусотни нѣмецкихъ юристовъ XIX вѣка, по преимуществу цивилистовъ, изъ которыхъ примѣрно 20 говорятъ, что должность есть юридическое лицо, человѣкъ 20 даютъ на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ, мнѣніе же остальныхъ выяснено быть не можетъ.

Если мы оставимъ въ сторонѣ германскихъ романистовъ начала прошлаго вѣка и остановимся на государствовѣдахъ послѣдняго времени, то намъ представится слѣдующая картина.

Всѣ представители такъ называемаго юридическаго направленія въ наукѣ государственнаго права, т. е., за исключеніемъ О. Гирке, всѣ выдающіяся силы германской науки, единогласно признають, что тѣ или другія полномочія, предоставленныя должности, принадлежать не самому чиновнику, а именно должности ²⁾, Amt, и при томъ такъ, что

¹⁾ Edmund Bernatzik. Die juristische Persönlichkeit der Behörden, zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen. Archiv für öffentliches Recht. Томъ V. 1890. Heft 2. Стр. 169—318. Стр. 172—176.

²⁾ Геллинекъ. Стр. 139—140. „Die Ausübung der staatlichen Funktion selbst ist nicht mehr Inhalt individueller Berechtigung und kann es nicht sein. Denn als Staatsorgan ermangelt die physische Individualität der Persönlichkeit“; и въ особенноти стр. 214: „...diese physische Personen“ (derer Wille zum Organwillen wird), „als solche sind nicht Staatsorgane“. Это признается вполне правильнымъ О. Майеромъ

не составляют ея собственнаго права ¹⁾, но являются лишь осуществляемыми ею правами государства ²⁾. Должность вообще никогда не может быть субъектомъ правъ, и потому никакихъ юридическихъ отношеній между государствомъ и должностью быть не можетъ ³⁾, какъ не можетъ ихъ быть между отдѣльными должностями ⁴⁾: споры между ними о предѣлахъ вѣдомства не носятъ характера споровъ о твоёмъ и моемъ, споровъ о субъективныхъ ихъ правахъ, а имѣютъ цѣлью выяснить объективный правопорядокъ, установить, посредствомъ какого органа государство вѣдаетъ такой-то вопросъ ⁵⁾.

Поэтому же государство можетъ по своему произволу расширять, измѣнять и суживать кругъ полномочій, предоставленныхъ данной должности, и эта должность не имѣетъ права протестовать противъ этого ⁶⁾.

Со всѣми этими положеніями, носящими, впрочемъ, у Л а б а н д а

(герм.). томъ II. Стр. 395, выноска 2. Вообще же въ этой своей работѣ О. Мауер на анализъ понятія должности не останавливается, ограничиваясь въ потребныхъ случаяхъ ссылками на Laband'a и Jellinek'a, мнѣнія которыхъ онъ повидному вполне разделяетъ. Ср. Майеръ (герм.), томъ I. Стр. 15 и 96.

¹⁾ Лабандъ, томъ I. 1895. Стр. 322. „Ein Staatsamt ist niemals ein Rechts-subject und hat niemals Befugnisse irgend welcher Art, er ist vielmehr stets eine objective Institution, ein Inbegriff von Geschäften“.

²⁾ Лабандъ, томъ I. Стр. 323. „In Wirklichkeit sind sie (die Behörden) aber nicht berechtigte Subjecte, sondern nur der Staat selbst ist das alleinige Subject der gesammten und ungetheilten Staatsgewalt.“—Та же мысль постоянно въ разныхъ выраженіяхъ повторяется и у Йеллинека, стр. 216: „...der Staat selbst als Subject der Gesammtheit seiner Funktionen“. Ср. Стр. 216—220. („Der Staat als Gericht“, стр. 216 и 217, „Der Staat als Minister“, стр. 217, и т. п.).

³⁾ Лабандъ, I, стр. 323. „Niemand eine Behörde dem Staate gegenüber ein subjectives Recht hat“.

⁴⁾ Лабандъ, томъ I, стр. 324. „Es kann weder durch Privattransaktionen unter den betheiligten Behörden oder Beamten eine derartige Störung der objectiven Grundsätze über die planmässige Vertheilung der staatlichen Geschäfte gesühnt oder legalisirt werden noch hat andererseits die Behörde oder der Beamte wegen eines Eingriffes in die Competenz einen subjectiven Anspruch auf eine Genugthuung irgend welcher Art.“—Йеллинекъ, стр. 216. „Daher handelt es sich im Kompetenzconflikte niemals um das subjective Recht dieses oder jenes Organes, sondern stets nur um eine Interpretation objectiven Rechtes“.

⁵⁾ Йеллинекъ, стр. 216. „Alle Streitigkeiten über die Rechtsgrenzen zweier Staatsorgane sind Kompetenzstreitigkeiten. Die Competenz aber ist niemals subjectives, sondern stets objectives Recht.“—Лабандъ, томъ I, стр. 324. „Wenn Jemand... in den Geschäftskreis einer Behörde eingreift, so ist dies nicht die Verletzung eines subjectiven Rechts dieser Behörde oder ihrer Mitglieder, sondern eine Verletzung der objectiven Rechtsordnung“.

⁶⁾ Лабандъ, томъ I, стр. 324. „Es kann daher der Staat nach freiem Ermessen den Geschäftskreis einer Behörde verändern, erweitern, oder verengern, auf eine andere Behörde übertragen u. s. w., und dadurch die öffentlich-rechtliche Befugnisse, welche eine Behörde bis dahin ausgeübt hat, ihr ganz oder theilweise entziehen, ohne dass die Behörde ein Widerspruchsrecht dagegen hat“.

и у Геллинека довольно голословный характер, повидному, можно согласиться: каждая данная должность въ самомъ существованіи своемъ и во всѣхъ своихъ отдѣльныхъ элементахъ находится въ такой безусловной зависимости отъ государства, до такой степени лишена всего того, что бы она могла противоположить государству, какъ нѣчто для него неприкосновенное, — что признавать должность на ряду съ государствомъ субъектомъ правъ, повидному, дѣйствительно нельзя.

Однако, у того же Лабанда и у Отто Майера, къ величайшему нашему удивленію, на ряду съ приведенными нами выше фразами о томъ, что должность никогда не можетъ быть юридическимъ лицомъ, мы можемъ увидѣть заявленія въ родѣ того, что должность обладаетъ почти юридическою личностью: „должность разсматривается, какъ особая сущность, отъ которой исходитъ государственная дѣятельность, какъ почти-лицо, и полномочія, исполняемыя тѣмъ или другимъ лицомъ, занимающимъ должность, разсматриваются какъ его полномочія“ ¹⁾, или того больше: „поэтому можно олицетворять должность и представлять ее какъ постояннаго субъекта правъ и обязанностей въ противоположность чиновнику, временно занимающему эту должность; въ этомъ смыслѣ должность называютъ учрежденіемъ“ ²⁾. „Учрежденіе, въ противоположность должности, не есть только совокупность извѣстныхъ дѣлъ, но идеальный субъектъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя связаны съ исполненіемъ дѣлъ, порученныхъ данной должности“ ³⁾.

И несомнѣнно, очень вѣскія соображенія говорятъ въ пользу признанія должности или правительственнаго установленія юридическимъ лицомъ, субъектомъ предоставленныхъ ему полномочій. Быть

¹⁾ Майеръ (фр.), стр. 27. „Es (das Amt) wird behandelt wie ein Wesen für sich, von welchem die staatliche Thätigkeit ausgeht, fast persönlich, und die Befugnisse welche die jeweils beauftragte Person zu üben hat, werden angesehen wie seine Befugnisse“.

²⁾ Лабандъ, томъ I, стр. 322—323. „Man kann deshalb das Amt selbst personifizieren und als das dauerende Subject von Rechten und Pflichten sich denken, im Gegensatz zu dem Beamten, dem das Amt zeitweilig übertragen ist. In diesem Sinne nennt man das Amt eine Behörde“.

³⁾ Лабандъ, томъ I, стр. 323. „Im Gegensatz zum Amt“ (ist die Behörde) „nicht ein Kreis von Geschäften, sondern das ideale Subject derjenigen Rechte und Pflichten, welche mit der Führung der zu einem Amte geeigneten Geschäfte verknüpft sind.“
Вообще сопоставленіе этихъ двухъ цитатъ изъ Лабанда, взятыхъ одна почти непосредственно послѣ другой (ихъ раздѣляетъ фраза: „Auch der Ausdruck Behörde bedeutet nicht eine Person (Beamten), sondern eine Institution“), производитъ какое то удивительное впечатлѣніе. Если Behörde есть только извѣстное наименованіе того же Amt'a („In diesem Sinne nennt man das Amt eine Behörde“), то какъ же можно говорить о Gegensatz между ними?

На самопротиворѣчія въ ученіи Лабанда и Отто Майера о юридической личности должностей, если не ошибаемся, было впервые, и притомъ съ чрезвычайною силою указано Бернадикомъ, стр. 174 и 210—213.

юридическимъ лицомъ, значить быть субъектомъ какихъ либо правъ. Человѣкъ или юридическое лицо является субъектомъ даннаго права, когда оно ему принадлежитъ.

Гатчинское Благотворительное Общество освобождено отъ уплаты крѣпостныхъ пошлинъ при покупкѣ недвижимыхъ имуществъ ¹⁾. Оно и является субъектомъ права не платить эту пошлину въ тѣхъ случаяхъ, когда всѣ вообще ее платятъ.

Объ этомъ, повидимому, спора быть не можетъ.

Законъ ²⁾ предоставляетъ губернатору право разрѣшать открытіе типографій. Естественно поэтому видѣть въ губернаторѣ субъекта этого права: это право принадлежитъ ему, какъ право не платить крѣпостныхъ пошлинъ принадлежитъ Гатчинскому Благотворительному Обществу. Противъ такой конструкціи приводится то соображеніе, что каждое полномочіе, предоставленное той или другой должности государствомъ по его усмотрѣнію, свободно можетъ быть у нея отнято, и со стороны этой должности юридически не можетъ быть сдѣлано противъ этого никакихъ правовыхъ возраженій.

Но законъ, предоставившій губернатору право разрѣшать открытіе типографій, можетъ столь же свободно лишить его этого права, какъ законъ, предоставившій Гатчинскому Благотворительному Обществу право не платить крѣпостныхъ пошлинъ, можетъ лишить Общество этой льготы, и Общество никакого иска противъ государства имѣть не будетъ. И коль скоро мы признаемъ Гатчинское Благотворительное Общество субъектомъ права не платить пошлину, то, по крайней мѣрѣ съ перваго взгляда, не усматривается оснований, почему бы не признавать губернатора субъектомъ права разрѣшать открытіе типографій.

Такимъ образомъ соображенія почти одинаковой силы говорятъ какъ противъ того, что должность есть юридическое лицо, такъ и въ пользу этого.

Отто Майеръ и Лабандъ пытаются выйти изъ этого затрудненія способомъ, который врядъ ли можно признать особенно удачнымъ: они утверждаютъ за разъ оба противоположныя положенія: у нихъ должность есть субъектъ правъ, юридическое лицо, и вмѣстѣ съ тѣмъ никогда не можетъ бытъ такимъ субъектомъ; полномочія, предоставленныя должности, принадлежатъ государству и вмѣстѣ съ тѣмъ принадлежатъ должности.

Робкія и незамѣтныя попытки названныхъ писателей примирить это вопіющее противорѣчіе, почти и не заслуживаютъ упоминанія ³⁾.

¹⁾ Св. Зак. Изд. 1893 г., томъ V, Уст. Пошл. ст. 195, п. 14.

²⁾ Св. Зак. Изд. 1890 г., томъ XIV Уст. Цена., ст. 158.

³⁾ Отто Майеръ говоритъ не прямо о юридической личности должности, но сначала употребляетъ выраженіе „почти лично“ („fast persönlich“), но не

Глубокомысленная попытка выбраться из этого противорѣчія была сдѣлана вѣнскимъ приватъ-доцентомъ Бернацикомъ, который путемъ сложнѣйшей мотивировки стремился установить слѣдующее положеніе: субъектомъ даннаго права можетъ быть признанъ только тотъ, въ чьихъ интересахъ это право установлено, и чья воля надъ нимъ господствуетъ ¹⁾. Поэтому изъ одного того, что моя воля господствуетъ надъ даннымъ правомъ, еще не слѣдуетъ, чтобы я былъ его субъектомъ: иначе всѣ права малолѣтняго, осуществляемые опекуномъ, пришлось бы признавать правами опекуна. Такъ какъ права, осуществляемые органами государства, осуществляются ими въ государственныхъ, а не въ личныхъ своихъ цѣляхъ, то эти права принадлежатъ не имъ, а государству; государство, а не они, является субъектомъ этихъ правъ. Поэтому должности не суть юридическія лица ²⁾.

Но, какъ показала Геллинекъ ³⁾, конструкція Бернацика заключаетъ въ себѣ какъ разъ то же самое противорѣчіе, котораго онъ желаетъ избѣгнуть. Если по отношенію къ должностямъ осущес-

творяетъ, что значить здѣсь слово „почти“, и что это за особая категорія „почти юридическаго лица“; въ дальнѣйшемъ своемъ изложеніи онъ этого эни матическаго тона. до нѣкоторой степени прикрывающаго его непослѣдовательность, не выдерживаетъ, и на слѣдующей же страницѣ, говоря о полномочіяхъ, предоставленныхъ должности (Amt), говоритъ, что они—*es* полномочія („seine Befugnisse“), стало быть Amt ихъ управомоченный субъектъ.

Лабанда прикрываетъ противорѣчіе тѣмъ, что называетъ эту персонафикацію должностей юридическимъ вспомогательнымъ представленіемъ („juristische Hülfsvorstellung“), повидимому, желая сказать, что должности, хотя ихъ и называютъ юридическими лицами, все таки не настоящія, не реальныя юридическія лица (стр. 323, вын. I). Однако, эта оговорка въ существѣ дѣла ничего измѣнить не можетъ. Юридическія лица вообще ничто иное, какъ пріемъ юридической мысли. Какъ нѣчто матеріальное, существующее во внѣшнемъ мірѣ, независимо отъ представленій юридически мыслящихъ людей, юридическія лица вообще не существуютъ. И если даже стать на точку зрѣнія исконныхъ противниковъ Лабанда,—сторонниковъ органической германфильской школы,—и признать, что юридическія лица не создаются государствомъ, но существуютъ, какъ извѣстная реальность, независимо отъ государства, и что государство обязано съ ними считаться, какъ съ фактомъ, то это будетъ все таки фактъ чисто психологическій, не выходящій изъ предѣловъ сознанія извѣстной группы лицъ, и являющійся для нихъ лишь средствомъ суммировать такъ или иначе сложившіяся юридическія отношенія.

¹⁾ Бернацикъ, стр. 233. „Rechtssubject ist der Träger eines jeden Menschlichen Zweckes, den die herrschende Rechtsordnung als Selbstzweck dadurch anerkennt, dass sie dem zu seiner Realisierung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht“.—Мы дали нѣсколько суммарный переводъ этой сложной фразы: детальныя оттѣнки заключающейся въ ней мысли насъ теперь интересовать не могутъ, точное же выраженіе ихъ лишь затемнило бы существенную для насъ основу мысли.

²⁾ Тамъ-же, стр. 247.

³⁾ Геллинекъ, стр. 214.

ствляемая ими правительственные права являются правами чужими, правами другого лица, то стало быть и сами органы государства тоже лица, ибо государство может быть другимъ лицомъ только по отношенію къ лицу же; такимъ образомъ, у Бернацка органы государства, юридическую личность которыхъ онъ отрицаетъ, являются юридическими лицами.

Къ этому упреку, дѣлаемому Геллинекомъ конструкціи Бернацка, можно подойти и другимъ путемъ: если органъ государства осуществляетъ чужое полномочіе, субъектомъ котораго является государство, то самый органъ либо имѣетъ право осуществлять это полномочіе, хотя бы и отъ чужого имени, либо этого права не имѣетъ. Если онъ этого права не имѣетъ, то на какомъ же основаніи онъ осуществляетъ это полномочіе? Если же данный органъ имѣетъ право осуществлять данное полномочіе, то стало быть онъ имѣетъ право, является субъектомъ правъ ¹⁾, т. е. является юридическимъ лицомъ, и мы опять стоимъ и въ конструкціи Бернацка лицомъ къ лицу съ отрицаніемъ того положенія, которое эта конструкція стремится обосновать и доказать.

Чтобы спастись отъ всѣхъ этихъ противорѣчій и удовлетворить какъ тѣмъ соображеніямъ, которыя заставляютъ признать единымъ субъектомъ всѣхъ правительственныхъ полномочій отдѣльныхъ должностей единое государство, а равно и соображеніямъ, вынуждающимъ признать субъектомъ cadaго даннаго права ту должность, которой это право предоставлено, Геллинекъ рѣшился на слѣдующее средство.

Во многомъ приближаясь къ органической школѣ Гирке ²⁾ и его учениковъ, Геллинекъ, повидимому не безъ вліянія эт ой школы ³⁾ предложилъ слѣдующую теорію „государственныхъ органовъ“: по его словамъ, „государственные органы, какъ таковыя, не суть лица. физическіе индивидуумы, которые въ предѣлахъ предоставленной имъ

¹⁾ Пусть—субъектомъ не того права, которое заключается въ данномъ правительственномъ полномочіи, но во всякомъ случаѣ субъектомъ права осуществлять это полномочіе. Пусть право разрѣшать открытіе типографій принадлежит не губернатору, а государству:—право примѣнять это право принадлежит во всякомъ случаѣ губернатору.—Если отецъ, въ качествѣ опекуна своего малолѣтняго сына, управляетъ его имѣніемъ, то хотя право собственности на имѣніе принадлежит сыну, но права опекуна надъ сыномъ принадлежатъ отцу.

²⁾ С. М. Прутченко. Современныя направленія науки государственнаго права въ Германіи. 1896 г., стр. 55 (оттискъ изъ журнала Министерства Нар. Пр.).

³⁾ Хотя ту конструкцію понятія должности, которую предлагаетъ эта школа, такъ называемую теорію Organpersönlichkeit Геллинекъ категорически и отвергаетъ. См. System der subjektiven öffentlichen Rechte, стр. 14. и Das Recht des modernen Staates, I. 1900 г., стр. 572, вын. 2.

компетенціи изображаютъ самое государство. Они не представители, такъ какъ отношеніе представительства предполагаетъ двухъ лицъ, представляющее и представляемое. Воля человѣка, представляющаго этотъ органъ въ предѣлахъ, предоставленныхъ ему конституціей или закономъ, должна разсматриваться, какъ воля государства. Сзади органа не стоитъ какое либо другое лицо, но органы суть дѣйствующее государство. Государство можетъ проявляться только черезъ посредство своихъ органовъ; если отбросить органы, то исчезнетъ и самое государство“ ¹⁾).

Эта теорія съ виду представляется весьма гладкой: субъектомъ всѣхъ своихъ функцій остается государство ²⁾, но оно дѣйствуетъ черезъ свои органы; органъ же, проявляя свою волю, непосредственно проявляетъ волю государства. Такимъ образомъ, посредствомъ сліянія органа съ государствомъ повидимому устраняется безвыходная необходимость признавать субъектомъ тѣхъ же правительственныхъ правъ и государство, и должность.

Но теорія эта, какъ намъ кажется, ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть признана удовлетворительно разрѣшающею вопросъ о юридической природѣ должности.

Если воля каждаго органа, или, какъ тутъ говорить Іеллинекъ, носителя органа, Organträger, т. е. человѣка, занимающаго данную должность, является въ предѣлахъ его компетенціи волею самого государства, то куда же дѣнется единство государственной воли, этотъ, по словамъ того же Іеллинека, „постулатъ каждаго ученія о государствахъ“ ³⁾?

Самъ Іеллинекъ допускаетъ возможность противорѣчій между окончательными, неподлежащими отмінѣ или измѣненію государственными актами ⁴⁾. Но онъ утверждаетъ, что вслѣдствіе этой

¹⁾ Іеллинекъ, стр. 213. „Staatsorgane sind als solche nicht Persönlichkeiten, sondern physische Individuen, welche innerhalb der ihnen zukommenden Kompetenz den Staat selbst darstellen. Sie sind nicht Stellvertreter, denn das Verhältniss der Stellvertretung setzt zwei Personen, eine Vertretene und eine Vertretende voraus. Der Wille der Organträger ist innerhalb der ihm zugewiesenen Schranken kraft verfassungsmässiger oder gesetzlicher Normierung als Staatswille anzusehen. Es steht hinter den Organen keine andere Person, sondern sie sind der wollende Staat selbst. Der Staat kann nur durch das Medium von Organen walten, denkt man die Organe hinweg, so ist auch die Vorstellung des Staates selbst verschwunden“. — Та же мысль въ *Das Recht des modernen Staates*, томъ I, 1900 г., стр. 512—513.

²⁾ Іеллинекъ, стр. 216. „...der Staat selbst, als Subjekt der Gesamtheit seiner Funktionen“.

³⁾ Тамъ же, стр. 215, выноска. Ср. его же, *Das Recht des modernen Staates*, томъ I, глава VI. III. 1.

⁴⁾ Іеллинекъ, стр. 217. „Auch die äussere (?) Möglichkeit von Widersprüchen der definitiven Staatswillensakte trotz der inneren Einheit der Staatspersönlichkeit findet damit (съ его теоріей) ihre Erklärung“. Что здѣсь значитъ „äussere Möglichkeit“?

возможности „субъектъ всѣхъ этихъ компетенцій остается неприкосновеннымъ въ своемъ единствѣ. Государственная воля никогда не можетъ быть расщеплена. Если стать на точку зрѣнія самого государства, то множественность компетенцій исчезаетъ. Для государства отдѣльныя волеизъявленія его органовъ остаются такими внутренними явлениями въ его личности, которыя должны привести къ какому-либо окончательному исходящему отъ него волеизъявленію“ ¹⁾).

Но на какомъ основаніи Іеллинекъ утверждаетъ, что его конструкція не раздробляетъ единства государственной воли? Если его теорія вѣрна, и волеизъявленія каждаго органа въ предѣлахъ его компетенціи суть волеизъявленія самого государства, то, казалось бы, самая ясная очевидность говорить за то, что воля государства раздѣлена между столькими людьми von Fleisch und Blut, сколько есть органовъ ²⁾. И въ томъ, что Іеллинекъ утверждаетъ противное, и утверждаетъ вполнѣ голословно, можно видѣть лишь одно изъ тѣхъ противорѣчій, которыми такъ богаты ученія германскихъ юристовъ о существѣ должности ³⁾. Затѣмъ, по словамъ Іеллинека, возможны и

¹⁾ Тамъ же, непосредственно дальше: „Dabei aber bleibt das Subject all dieser Competenzen in seiner Einheitlichkeit unberührt. Der Staatswille kann niemals gespalten werden. Stellt man sich auf den Standpunkt des Staates selbst, so verschwindet die Vielheit der Competenzen. Für ihn bleiben die einzelnen Willensäußerungen seiner Organe innere Vorgänge in seiner Persönlichkeit, die zu einem definitiven von ihm ausgehenden Willensakte führen sollen“.

²⁾ За годъ до появленія разсматриваемой книги Іеллинека вышла уже упоминавшаяся нами работа Клевица. Въ ней тоже проводится теорія органовъ (изложенная нами выше, см. стр. 239). Клевиць исходитъ изъ того, что черезъ чиновниковъ дѣйствуетъ само государство, и что должностное лицо, органъ государства, есть только орудіе въ рукахъ государства. Конечно, такому представленію ничто реальное въ дѣйствительномъ мірѣ не соответствуетъ, но за то не приходится говорить о волѣ должностныхъ лицъ, и дорогое нѣмецкой наукѣ единство государственной воли остается во всей своей неприкосновенности.

³⁾ Вообще, и помимо того разсматриваемое ученіе Іеллинека о природѣ должности полно самыхъ непонятныхъ, самыхъ грубыхъ противорѣчій. Таковъ, напримѣръ, основной для этой теоріи вопросъ, кого надо считать „органомъ“: должность ли, какъ отвлеченное учрежденіе, или чиновника, эту должность занимающего, какъ реальную личность? Вопросъ это существенный, ибо то, что говорится про должность, не всегда можетъ быть сказано про человека, и наоборотъ. Поэтому, казалось бы, хоть въ этомъ вопросѣ можно ожидать нѣкоторой ясности. И что же, на стр. 218 говорится: „государственные органы, какъ таковые, суть... физическія лица“, „Staatsorgane als solche sind physische Personen“. Чего яснѣе. Однако, на слѣдующей страницѣ читаемъ: „Физическія лица, воля которыхъ является волею органа, осуществляютъ чужое право. Но эти физическія лица, какъ таковыя, не суть государственные органы“ („Die physische Personen, deren Wille zum Organwillen wird, üben fremdes Recht aus. Aber diese physische Personen als solche sind nicht Staatsorgane“). Значитъ, корифей германской юриспруденціи передумалъ. Однако, черезъ двѣ страницы (216) чи-

противорѣчія между окончательными ¹⁾ волеизъявленіями государства. Но если его конструкція приводитъ къ такому выводу, то какъ же онъ можетъ утверждать, что ея не нарушается единство государственной воли?

Такимъ образомъ, какъ намъ кажется, мы можемъ прійти къ тому выводу, что конструкція должности, даваемая Геллинекомъ, столь же полна внутренними противорѣчіями, какъ и конструкція Лабанда и Отто Майера ²⁾.

Итакъ, вообще стремленія юридической школы нѣмецкихъ государствовѣдovъ дать такую конструкцію „должности“, при которой единственнымъ управомоченнымъ лицомъ, правоспособнымъ субъ-

таемъ: „эти органы вмѣстѣ съ тѣмъ являются людьми изъ плоти и крови“, „diese Organe zugleich Menschen von Fleisch und Blut sind“. Гдѣ же тутъ простымъ смертнымъ понять, каково же дѣйствительно мнѣніе Геллинека по разсматриваемому имъ вопросу?

По этому вопросу сбивается не одинъ Геллинекъ. Если уже видѣть въ должности какую то самостоятельную сущность, то, конечно, естественнѣе всего именно въ ней, а не въ чиновникѣ, видѣть органъ государства. Такъ, помимо Геллинека, дѣлають и Лабандъ (томъ I, стр. 323: „die Behörden sind Apparate des Staates“), и Гирке (рецензія на Лабанда, Schmolter's Jahrbücher, 1883, стр. 1144: „Die Behörde ist Organperson“). Но на ряду съ этимъ очевидные факты заставляютъ ихъ признавать органомъ государства не должность, а чиновника. И напр. Гирке (цитир. рецензія, стр. 1129) говоритъ о Лабандѣ: „L a b a n d bezeichnet diese natürliche Personen als Organe der juristischen Person“ и затѣмъ прибавляетъ отъ себя: „Wo eine Einzelperson... zugleich Organ ist“ (стр. 1143, вын. 1). Ср. на стр. 1142, гдѣ Гирке признаетъ органомъ государства die Wahlerschaft, т. е. всѣхъ избирателей, которые не являются же должностями.

¹⁾ Замѣтимъ, что когда Геллинекъ излагаетъ свою конструкцію, то онъ говоритъ, что волеизъявленія всѣхъ органовъ государства суть волеизъявленія самого государства, а тутъ, соглася свою теорію съ требованіями единства государственной воли, говоритъ, что для государства „отдѣльные волеизъявленія его органовъ остаются такими внутренними явленіями его личности, которыя должны повести къ окончательному, отъ него, государства, исходящему волеизъявленію“. Но вѣдь и неокончательныя постановленія административныхъ органовъ, и неокончательныя судебныя рѣшенія тоже суть волеизъявленія соответствующихъ государственныхъ органовъ, и стало быть, выше тоже считались Геллинекомъ за волеизъявленія государства. Почему же теперь они стали только „внутренними явленіями“ („innere Vorgänge“)? Можно думать, что въ нихъ государство проявляется и во внѣ. Къ тому же если и неокончательныя рѣшенія органовъ государства, могущія быть измененными другими органами, считать волеизъявленіями самого государства, то врядъ ли можно говорить о ненарушимомъ единствѣ государственной воли.

²⁾ Точно такъ же не можетъ выбраться изъ этого противорѣчія и критикъ разбираемой теоріи Геллинека.—Тецнеръ (рецензія, помѣщенная въ XXI томѣ G r ü n h u t s Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft). Онъ точно такъ же (стр. 189) называетъ правильнымъ то положеніе, что вся дѣятельность государственныхъ органовъ должна быть относима къ одному субъекту, къ государству („die richtige Vorstellung, dass alle Behördliche Thätigkeit auf eine Person,

ектомъ всѣхъ полномочій, предоставленныхъ должностямъ, оставалось бы само государство, какъ единое юридическое лицо, окончились неудачею.

§ 2. Ученіе о должности у писателей „органической школы“.

Органическая школа предложила другую конструкцію должности. Конструкція эта сначала была намѣчена О. Гирке въ его известной рецензіи на Лабанда ¹⁾, а затѣмъ подробно развита имъ въ *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* ²⁾.

Въ своей послѣдней работѣ Гирке начинаетъ, подобно представителямъ „юридическаго“ направленія, съ заявленія, что „должности не суть юридическія лица“ ³⁾, и затѣмъ, слѣдуя тому же примѣру, продолжаетъ: „но онѣ все таки субъекты правъ и обязанностей... и нельзя отрицать, что онѣ... публично-правовыя юридическія лица“ ⁴⁾.

Для того, чтобы выбраться изъ этого по истинѣ рокового для германской науки противорѣчія, Гирке дѣлаетъ ту оговорку, что должности могутъ быть юридическими лицами не сами по себѣ, но

nämlich die des Staates, zurückzuführen sei...“), но тутъ же замѣчаетъ, что, исходя изъ этого положенія, вовсе нельзя установить опредѣленнаго взаимоотношенія органовъ государства; кромѣ того, нѣсколько выше (стр. 182) онъ говоритъ, что если лицо, осуществляющее дѣятельность органа, разсматривать въ его отношеніяхъ къ управляемому, то оно должно быть признано представителемъ если же разсматривать ту же дѣятельность, по отношенію къ государству представляемому этимъ лицомъ, то возникаетъ возможность идеи о правѣ быть представителемъ его воли („Betrachte ich das diese organische Thätigkeit besorgende Individuum im Verhältnisse zu den dieser Thätigkeit Unterworfenen, so ist es Repräsentant, betrachte ich es im Verhältniss zu der Persönlichkeit der Gemeinschaft, die repräsentiert wird, so erscheint die Vorstellung von einem Rechte ihren Willen zu repräsentieren“). Такимъ образомъ, единственнымъ субъектомъ является государство, но и органы тоже являются субъектами права представлять его волю.

¹⁾ L a b a n d's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft.—Schmoller's Jahrbücher 1883 г., стр. 1097—1195, въ особенности стр. 1128 и 1138—1146. Къ сожалѣнію, то, что спеціально относится къ нашему вопросу, является самымъ слабымъ мѣстомъ этой работы Гирке, столь богатой вѣрными и глубокими мыслями, изложенными къ тому же съ необычной для Гирке ясностью и точностью.

²⁾ 1887 г., стр. 157, 171 и 603—807.—За то же понятіе высказывается, но безъ особой разработкы и поясненій его L. Spiegel въ рецензіи на книгу Seidler'a (*Die Immunität der Mitglieder der Vertretungskörper*), помѣщенной въ *Grünhüts Zeitschrift für privat und öff. R.* 1897 (томъ XXIV), стр. 179—181.

³⁾ Behörden sind keine juristische Personen. *Genossenschaftstheorie und die d. Rechtsprechung*. Стр. 172.

⁴⁾ „Allein sie sind trotzdem Subjecte von Rechten und Pflichten. So lässt sich auch diesen Theileinheiten gesellschaftlicher Körper eine social-rechtliche bzw. öffentlich-rechtliche Persönlichkeit nicht absprechen“: Тамъ же. Стр. 173.

лишь въ качествѣ органовъ, als blosse Organpersönlichkeiten, „какъ лишь относительно-самостоятельный элементъ внутри волевой организациі полной союзной личности“¹⁾).

Но такая неполная юридическая личность въ качествѣ Organpersönlichkeit мало чѣмъ лучше и опредѣленнѣе приблизительно въ то же время предложеннаго О. Ма й е р о мъ понятія „почти личности“²⁾).

Дальнѣйшая попытка опредѣлить съ точки зрѣнія органической школы это понятіе Organpersönlichkeit въ послѣднее время была сдѣлана Гуго П р е й с о мъ въ его статьѣ „Ueber Organpersönlichkeit“, помѣщенной въ „Jahrbücher“ Ш м о л л е р а³⁾).

¹⁾ Тамъ же, стр. 173—174. „Dieselbe (т. е. die öffentlich-rechtliche Persönlichkeit der Theileinheiten gesellschaftlicher Körper) besteht indess als blosse Organpersönlichkeit in keiner Richtung für sich, sondern erscheint durchweg nur als relativ verselbstständigtes Element innerhalb der Willensorganisation einer vollen Verbandpersönlichkeit“.

²⁾ Ш п и г е л ь (см. выше, стр. 276 вын. 2) ограничивается тѣмъ, что безъ оговорокъ принимаетъ понятіе личности-органа, установленное Г и р к е. Собственная аргументація Ш п и г е л я относится только къ вопросу, можно ли считать должности юридическими лицами. На этотъ вопросъ Ш п и г е л ь отвѣчаетъ утвердительно, но его соображенія врядъ ли кого могутъ убѣдить: онъ почему то считаетъ общепризнаннымъ, что должности могутъ имѣть обязанности, и находить, что если онѣ могутъ быть субъектами обязанностей, то почему бы имъ не быть и субъектами права (стр. 180). Но тѣ, кто отрицають за должностью возможность имѣть права по отношенію къ государству, съ полною послѣдовательностью могутъ отрицать и то, что у должности могутъ быть и обязанности по отношенію къ государству: обязанности есть у чиновника или у государства. Такъ что Ш п и г е л ь этимъ своимъ доводомъ никого къ стѣнѣ не прижалъ. Второй доводъ Ш п и г е л я направленъ противъ тѣхъ кто, возражая противъ конструкціи должности какъ субъекта правъ, говорятъ, что должность дѣйствуетъ не въ собственномъ интересѣ, а въ интересѣ государства и, слѣдовательно, не она, а государство является субъектомъ осуществляемыхъ должностью правъ. Этимъ юристамъ, видящимъ основной признакъ права въ моментѣ „интереса“, Ш п и г е л ь указываетъ на несомнѣнность того факта, что существуютъ „интересы вѣдомства“, нерѣдко противопологаемые чиновниками интересамъ государства (стр. 181). Но Ш п и г е л ь повидимому забываетъ, что если интересъ и составляетъ сущность субъективнаго права, то интересъ юридически охраняемый, а не интересъ, преслѣдуемый закономъ, какъ нѣчто зловредное.

³⁾ 1902 г., тетрадь 2, стр. 108—142. П р е й с ь (стр. 108—109 и 140) находитъ, что и употребленіе самого термина „органъ“ въ примѣненіи къ должностямъ и должностнымъ лицамъ можетъ быть разрѣшено только сторонникамъ органической теоріи государства, ибо если не признавать государства организмомъ, то какіе же это будутъ органы? Такая претензія на монополію на слово органъ кажется намъ мало обоснованной: путемъ весьма понятной метафоры выраженіе органъ получило весьма широкое распространеніе далеко за предѣлами наукъ объ органическомъ мірѣ. Вспомнимъ хотя бы „органы ежедневной печати“.

Прейс¹⁾ соглашается съ тѣмъ положеніемъ „юридической“ школы, что государственная должность не можетъ быть субъектомъ правъ и обладать какими бы то ни было полномочіями, но признаетъ не подлежащимъ сомнѣнію, что этими правами можетъ обладать чиновникъ²⁾, при чемъ эти полномочія составляютъ органическую часть, einen organischen Bestandtheil, полномочій самого государства³⁾. Такимъ образомъ у одного и того же права получаются два субъекта⁴⁾.

По мнѣнію Прейса, такое положеніе немислимо, если стоять на точкѣ зрѣнія индивидуалистической теоріи, но эта совмѣстность двухъ субъектовъ вполнѣ допустима съ точки зрѣнія органической школы, которая рассматриваетъ чиновника въ этомъ его качествѣ лица-органа, какъ интегральную часть личности государства, а компетенцію чиновника, какъ интегральную часть компетенціи государства⁵⁾.

Мысль эту, въ такой формѣ представляющуюся безсодержательною или по крайней мѣрѣ мало понятною, самъ Прейсъ, строго слѣдуя взглядамъ Гирке, нѣсколько ниже поясняетъ слѣдующимъ образомъ: „государство есть субъектъ всѣхъ правъ государства: это есть само собою понятная тавтологія; но этому не противорѣчитъ то положеніе, чтобы субъектомъ какой либо органической части этихъ правъ государства было также и органъ-лицо, которое само было бы органическою частью государства, какъ лица. Такое органъ-лицо въ предѣлахъ своей компетенціи осуществляетъ поэтому не чужое право, ибо эти два лица: лицо-органъ и лицо-государство не суть два лица, чуждыхъ другъ другу; точно такъ же тутъ не можетъ быть рѣчи о подѣленіи права, такъ какъ такое подѣленіе предполагаетъ два лица, чуждыхъ другъ другу“⁶⁾.

¹⁾ Взгляды, почти тождественные съ развитыми имъ въ этой статьѣ, ранѣе уже высказывались Прейсомъ въ его книгѣ *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietgenossenschaften*, 1892, см. въ особенности стр. 164.

²⁾ Названная статья, стр. 110.

³⁾ Такъ какъ Прейсъ (см. выше, стр. 277 вын. 3) признаетъ право на употребленіе термина „органъ государства“ только за тѣми, кто считаетъ государство организмомъ, то изъ того, что самъ Прейсъ употребляетъ выраженіе „органическая часть государственныхъ полномочій“, надо заключить, что онъ считаетъ организмомъ и государство, и государственный полномочія, ибо иначе у не-организма были бы органическія части.

⁴⁾ Названная статья, стр. 110. „Damit sind in der That zwei Subjekte eines und desselben Rechts gegeben“.

⁵⁾ Тамъ же, стр. 110. Для органической теоріи „...der Beamte in dieser seiner Eigenschaft als Organperson, ebenso ein integrierender Theil der Staatspersönlichkeit, wie seine Kompetenz ein integrierender Bestandtheil der Staatskompetenz ist“.

⁶⁾ Названная статья, стр. 137. „Dass das Subject aller staatlichen Rechte Staat selbst ist, das ist eine selbstverständliche Tautologie. Dem widerspricht es jedoch nicht, dass das Subject eines organischen Theiles dieser staatlichen Rechte die Organperson ist, welche ja selbst ein organischer Theil der Staatsperson ist. Deshalb übt sie

Приведа затѣмъ слова Бернацка, что никто не можетъ сомнѣваться въ томъ, что право наказать преступника принадлежитъ не тому или другому суду, не суду X, а государству, Прейсъ возражаетъ: „конечно, государство имѣетъ это право, но и судъ X, т. е. судьи этого суда, имѣютъ его тоже; и при томъ эти два правомочія не представляются двумя чужими другъ другу полномочіями; наоборотъ, правомочія членовъ суда X и суда Y суть органическія части соответственнаго полномочія государства“¹⁾.

Если отбросить во всей этой аргументаціи слова „интегральный“, „органическій“ и „чуждый“, имѣющія здѣсь совершенно неопредѣлимое юридическое значеніе и потому по существу дѣла ничего къ этой аргументаціи не прибавляющія, то отъ всей этой конструкции останется только категорическое признаніе возможности двухъ субъектовъ (хотя быть можетъ и не чужихъ другъ другу) на то же самое право.

Германская органическая школа вообще не слишкомъ боится этой двусубъектности, усматривая въ возможности представить себѣ то же право цѣликомъ принадлежащимъ двумъ лицамъ существенное преимущество германскаго духа передъ римскимъ, для котораго *diu- gium in solidum dominium* казалось образцомъ безсмыслицы.

Сторонникомъ этой двойственности субъектовъ, правда, не по отношенію къ государству и должности, а по отношенію къ государству и самоуправляющимся единицамъ, является уже не разъ цитировавшійся нами Бернацкъ.

Бернацкъ, который самъ прямо не причисляетъ себя къ сторонникамъ органической школы, но во многомъ весьма и весьма къ ней приближается²⁾, находитъ, что римское *dominium* по существу своему исключаетъ возможность существованія его въ цѣломъ по отношенію къ той же вещи у двоихъ, но такъ или иначе принадлежать,

in ihrer Kompetenz auch kein fremdes Recht aus, da die Gesamtperson den Theil- personen nicht fremd ist, und ebenso wenig kann von einem getheilten Recht die Rede sein, da die Theilung eines Rechtes zwei einander fremde Personen voraussetzt“.

¹⁾ Тамъ же. „Freilich hat der Staat dies Recht, aber das Gericht X, d. h. die Richter dieses Gerichts haben es auch; und zwar sind das nicht zwei einander fremde Rechte; vielmehr sind das Recht der Richter des Gerichts X und des Gerichts Y u. s. w. organische Bestandtheile des betreffenden staatlichen Rechts“. Сообразно этому своему взгляду Прейсъ въ противоположность мнѣнію Іеллинека признаетъ компетенцію субъективнымъ правомъ, но дѣлаетъ при этомъ ту неопредѣленную оговорку, что это есть своеобразное право (*besonders qualifiziertes*—стр. 136): право органа какъ такового („die Kompetenz ist das subjektive Recht der Organ- person als solcher“). Какъ намъ кажется, сказать это значитъ ровно ничего не сказать.

²⁾ Ср. Іеллинекъ, стр. 214. „Wenn man sich mit Bernatzik völlig auf den Boden der organischen Staatslehre stellt“...

zugehören, вещь можетъ и нѣсколькимъ ¹⁾. Какъ на примѣры подобнаго положенія вещей, онъ указываетъ на германскіе фамиліальные фидеикомиссы, собственникомъ которыхъ является ихъ владѣлецъ, но которые принадлежатъ роду, какъ нѣкому юридическому лицу, на приходское имущество, по мнѣнію нѣкоторыхъ канонистовъ принадлежащее и приходу, и всей церкви; наконецъ, самъ Бернацикъ, какъ мы уже сказали, усматриваетъ подобное же положеніе вещей, двухъ субъектовъ того же права, въ самоуправляющихся единицахъ, права которыхъ принадлежатъ и имъ, и государству.

Намъ кажется, что разборъ хотя бы этихъ примѣровъ можетъ обнаружить невозможность такого права, которое *in solidum* принадлежитъ двумъ лицамъ, не *pro partibus divisim* или *indivisim*, а именно *in solidum*, какъ того хочетъ разсматриваемая теорія.

Если мы возьмемъ германскій фидеикомиссъ, или, что въ данномъ случаѣ все равно, русское заповѣдное имѣніе или майоратъ, то, пожалуй, можемъ установить, что помимо его владѣльца на данное имѣніе имѣетъ извѣстныя права и весь родъ, какъ нѣкое, *in gevissem Sinne*, юридическое лицо. Но, по нашему мнѣнію, было бы совершенно неправильно утверждать, что эти два субъекта, — теперешній владѣлецъ и весь родъ, — являются субъектами одного и того же права. У нихъ права на тотъ же объектъ, на то же имѣніе, но права совершенно разныя. Одинъ имѣетъ право пользованія въ настоящее время имѣніемъ и право до извѣстной степени распоряжаться имъ, — родъ не имѣетъ права пользованія, и всѣ его права исчерпываются ограниченіемъ права владѣльца на распоряженіе имѣніемъ. Двухъ субъектовъ одного и того же права такимъ образомъ не оказывается.

Имущество католическаго прихода принадлежитъ приходу (тамъ, гдѣ приходъ есть юридическое лицо): приходъ имъ пользуется и опять таки до извѣстной степени распоряжается имъ. Церковь, имѣя начальственныя права надъ приходомъ, можетъ измѣнить порядокъ пользоваанія приходомъ принадлежащимъ ему имуществомъ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ вовсе лишитъ данный приходъ того или другого его имущества; но въ этомъ нельзя усматривать гражданскаго права собственности всей церкви на имущество, принадлежащее на правѣ собственности приходу. Полномочія церкви имѣютъ вполнѣ достаточное основаніе въ ея административномъ, начальственномъ отношеніи къ самому приходу. Опять таки нѣтъ двусубъектности въ томъ же правѣ.

¹⁾ Бернацикъ, стр. 279—295, въ особенности 290—292. Но суть дѣла въ томъ, что *gehören* не есть юридическое понятіе съ опредѣленнымъ содержаніемъ. Ср. *Linng. Empyrische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*. 1890, стр. 79, выноска, и цитированнаго тамъ *Zittelmanna*.

Еще яснѣе невозможность конструкціи полномочій органовъ самоуправленія, какъ правъ двусубъектныхъ. Городу предоставлено завѣдывать городскимъ освѣщеніемъ. Само собою разумѣется, что этотъ фактъ отнюдь не исключаетъ возможности того, чтобы по вопросу о городскомъ освѣщеніи государствомъ былъ изданъ какой либо законъ, какъ не исключаетъ и возможности того, чтобы отдѣльныя распоряженія органовъ городского самоуправления по вопросу объ освѣщеніи могли въ подлежащихъ случаяхъ отмѣняться органами центральными. Но можно ли на этомъ основаніи говорить, чтобы у города и у государства были по отношенію къ городскому освѣщенію тѣ же самыя права? Права государства всецѣло сводятся къ тому, чтобы закономъ регулировать дѣятельность города по тому или другому предмету, и къ тому, чтобы надзирать за ненарушеніемъ городомъ этихъ законовъ. Если дѣло городского освѣщенія цѣликомъ передано городамъ, то государство по этому вопросу можетъ обладать извѣстными правами, но не непосредственно, а лишь какъ субъектъ извѣстныхъ полномочій надъ городомъ, что по содержанію своему и по существу совсѣмъ другое, чѣмъ права самого города по дѣламъ объ освѣщеніи. И очевидно, что еслибы какой либо органъ центральной администраціи ¹⁾ имѣлъ по отношенію къ городскому освѣщенію тѣ же самыя права, что и дума, то отсюда ничего, кромѣ неразрѣшенныхъ конфликтовъ, не произошло бы. И если этихъ конфликтовъ не происходитъ, то, значитъ, ни одинъ органъ центральнаго правительства тѣхъ же самыхъ полномочій, которыя предоставлены городу, не имѣетъ. Государство можетъ отнять у города его полномочія по городскому освѣщенію, можетъ передать эти полномочія какому либо иному изъ существующихъ органовъ, центральныхъ или мѣстныхъ, можетъ создать для этого спеціальный органъ. Но, пока этого не сдѣлано, права государства по отношенію къ городскому освѣщенію, какъ и вообще по каждому дѣлу, предоставленному органамъ самоуправления, сводятся къ праву такъ или иначе разрѣшать вопросъ, кому поручить вѣдать данное дѣло, къ надзору за тѣмъ, кто теперь имъ вѣдаетъ, т. е. къ полномочіямъ, по существу своему совершенно отличнымъ отъ правъ, связанныхъ съ непосредственнымъ завѣдываніемъ городскимъ освѣщеніемъ. И говорить, что государство и органы самоуправления одновременно являются субъектами одного и того же права, рѣшительно невозможно.

Такимъ образомъ, всѣ существующія въ германской юридической литературѣ теоріи должности, признающія государство субъектомъ полномочій, предоставленныхъ должностямъ, приняты быть не могутъ: теоріи „юридической“ школы—потому, что, категорично отрицая за

¹⁾ „Правительства“, по нѣмецкимъ теоріямъ противоположаемаго самоуправления.

должностями характеръ и свойство субъектовъ правъ, онѣ силою вещей вынуждаются прямо признать должности такими субъектами, и только, такъ сказать, притворяются, что не замѣчаютъ этого противорѣчія; теоріи „органической“ школы не могутъ быть приняты потому, что, откровенно признавая должности субъектами тѣхъ правъ, которыя имъ предоставлены, онѣ приходятъ къ конструкціи двусубъектнаго права, къ конструкціи недопустимой, хотя бы одинъ изъ этихъ субъектовъ былъ не просто *Persönlichkeit*, а *Organpersönlichkeit*.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Существо должности.

Всѣ эти противорѣчія, въ которыхъ по поводу должности запуталась германская наука государственнаго права, какъ намъ кажется, неразрывно связаны съ самою постановкою вопроса о взаимоотношеніи государства и должности.

Дѣйствительно, если мы примемъ за исходный пунктъ государство, какъ субъекта всѣхъ публичныхъ полномочій, какъ субъекта и монополиста властвованія, то признать на ряду съ нимъ субъектомъ какихъ бы то ни было правъ еще и должность окажется невозможнымъ: у должности нѣтъ ничего своего, ничего такого, что бы она могла противоположить государству, какъ нѣчто для того неприкосновенное: должность цѣликомъ составлена изъ элементовъ (полномочій власти), находящихся вполнѣ и безусловно въ распоряженіи государства. Должность на ряду съ государствомъ не можетъ быть признана субъектомъ права.

Но если мы за исходный пунктъ примемъ должность, ея отношенія къ обывателямъ, то она получитъ всю видимость субъекта предоставленныхъ ей правъ, и даже можно говорить, что если отбросить полномочія отдѣльныхъ должностей, то отъ государства останется пустое ничто ¹⁾. Должность имѣетъ всю видимость особаго учрежденія, не зависящаго въ своемъ существованіи отъ отдѣльныхъ лицъ, ее занимающихъ ²⁾.

Не кроется ли причина этого противорѣчія, изъ котораго оказались не въ силахъ выбраться самыя выдающіяся силы германской юридической науки, въ самой постановкѣ вопроса, въ томъ, что искали того, чего нѣтъ, что ипостаазировали двѣ сущности, государство и

¹⁾ См. выше, стр. 273 (слова Геллинека) и стр. 240 (слова Горенберга).

²⁾ Этотъ характеръ самостоятельнаго юридическаго лица, учрежденія, особенно напрашивается, если мы беремъ не отдѣльныя должности, становаго или столоначальника, а цѣлыя вѣдомства: любое министерство имѣетъ свое имущество, свои дома, имѣетъ рядъ предоставленныхъ ему полномочій.

должность, и потомъ начали искать, какова ихъ юридическая природа, и каково ихъ взаимное отношеніе? А если этихъ двухъ сущностей, какъ двухъ, вовсе и нѣтъ, если существуетъ только одна какая либо третья, которую совершенно произвольно расщепили на государство и должность?

Попробуемъ исключить изъ нашихъ вѣрнѣе, изъ германскихъ ¹⁾ представленій понятіе должности, какъ „почти лица“, которому государство предоставляетъ тѣ или другія полномочія.

Получится слѣдующее положеніе вещей: правительственныя полномочія предоставлены не должности и не отъ нея лишь имени осуществляются „носителемъ“ должности,—*Organträger*, по выраженію *Леллинека*,—но непосредственно предоставляются государствомъ тому или другому физическому (должностному) лицу и имъ осуществляются, какъ его право.

При такомъ пониманіи существа должностныхъ полномочій, напр. право губернатора разрѣшать открытіе типографій, будетъ толковаться не такъ, что это право предоставлено самой должности губернатора и отъ нея имени осуществляется конкретнымъ Иваномъ Ивановичемъ, въ настоящее время эту должность занимающимъ, но такъ, что это право предоставлено самому Ивану Ивановичу, и что, давая это разрѣшеніе или отказывая въ немъ, данный губернаторъ, Иванъ Ивановичъ, дѣйствуетъ отъ своего имени, какъ губернаторъ.

Подобная конструкція ²⁾ сразу вызываетъ нѣсколько возраженій.

Во первыхъ, какъ можно говорить, что губернаторъ дѣйствуетъ отъ своего имени, когда онъ, какъ Иванъ Ивановичъ, самъ по себѣ имѣетъ лишь права частнаго человѣка, а не право не разрѣшать открытіе типографій.

¹⁾ Замѣтимъ, что столь тонко и столь подробно разработанное французское административное право вовсе не пользуется понятіемъ должности какъ какого то особаго установленія, особаго отъ государства и отъ чиновника. Ни при анализѣ должностныхъ полномочій чиновника, ни при конструкціи его отношеній къ государству, понятію должности у французскихъ юристовъ не оказывается мѣста. Единственный писатель по французскому административному праву, у котораго должность пріобрѣтаетъ характеръ „почти лица“, это—нѣмецъ *Otto Mayer* (фр.), стр. 27. Но въ этомъ случаѣ *Майеръ*, вообще такъ тонко и вѣрно понявшій духъ французскаго административнаго права, очевидно, оставался болѣе вѣрнымъ взглядамъ нѣмецкаго права, чѣмъ излагавшагося имъ французскаго; стоитъ отмѣтить, что *О. Майеръ*, постоянно старающійся подкрѣплять свое толкованіе французскаго права ссылками на французскихъ писателей, въ этомъ мѣстѣ ни на кого не ссылается. Изъ позднѣйшихъ писателей ср. *Бертелеми*, стр. 60 и сл.—*Oriy*, стр. 181—190, 305—310, 352—358.—*Шанте-Грелле* и *Пиша*, томъ XVI, стр. 505—576 и томъ XVII, стр. 1—90.—*Лаферриеръ*, томъ I, стр. 618—621. *L. Duguit. L'Etat, les gouvernants et les agents. 1900.* Главы IV и V.

²⁾ Повидимому, ея придерживается *O. Vöhr*, *Der Rechtsstaat. 1864.* стр. 76.

Во вторыхъ, какъ можно говорить, что дѣйствуетъ губернаторъ, а не должность, когда разные губернаторы, въ данной губерніи смѣняющіе другъ друга, всѣ разсматриваются, какъ одно лицо; между ними не установлено даже преемства въ видѣ какого либо наслѣдованія, а просто разсматривается должность, въ своемъ существованіи независящая отъ отдѣльныхъ ея замѣстителей и отъ смѣны ихъ, разсматривается, какъ непрерывно существующая, при чемъ распоряженія предшественниковъ по данной должности обязательны для ихъ преемниковъ.

Наконецъ, въ законѣ постоянно говорится о должностяхъ. Законъ предоставляетъ полномочія только имъ и ничего не говоритъ о физическихъ лицахъ, ихъ занимающихъ.

Разберемъ всѣ эти возраженія.

Такое положеніе вещей, когда *unus homo duas, или plures, personas sustinet*, въ правѣ и гражданскомъ и публичномъ не представляетъ ничего необыкновеннаго: если А является повѣреннымъ г-жи Б, то въ дѣйствіяхъ этого А надо различать то, что онъ дѣлаетъ отъ своего имени, отъ того, что онъ дѣлаетъ въ качествѣ повѣреннаго г-жи Б. Но и всѣ дѣйствія его, какъ повѣреннаго, все таки представляются его дѣйствіями, а никакъ не дѣйствіями отвлеченной должности повѣреннаго г-жи Б.

Совмѣщеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ въ одномъ человѣкѣ возможно не только въ частномъ правѣ, но и въ публичномъ. Директоръ Публичной Библиотеки можетъ быть членомъ Государственнаго Совѣта. И тѣ права, которыя онъ имѣетъ, какъ директоръ Библиотеки, не тѣ, которыя онъ имѣетъ, какъ членъ Государственнаго Совѣта.

Такъ какъ никто не можетъ ограничиться въ своемъ существованіи тѣмъ, что онъ исполняетъ какую либо должность, но всегда имѣетъ и жизнь частнаго лица, то всякое исполненіе публичной должности предполагаетъ совмѣщеніе въ „носителѣ“ ея совмѣщеніе публично-правовой личности съ личностью частною.

Тотъ фактъ, что всѣ смѣнявшіе другъ друга губернаторы данной губерніи разсматриваются, какъ одно лицо, и между ними не происходитъ никакого ни сингулярнаго, ни универсальнаго преемства, точно такъ же ничего не говоритъ въ пользу того, что дѣйствія губернаторовъ разсматриваются, не какъ дѣйствія физическихъ лицъ, непосредственно уполномоченныхъ на тѣ или другія должностныя дѣйствія, а какъ дѣйствія единой и постоянной губернаторской должности.

Постоянство и непрерывность должности отнюдь не предполагаютъ непремѣнно существованія ея, какъ особаго юридическаго лица. Непрерывность эта имѣетъ совершенно другое юридическое основаніе: она обуславливается существомъ правительственныхъ дѣйствій ¹⁾ самихъ по себѣ.

¹⁾ Теорія правительственныхъ дѣйствій, какъ чего то по существу своему

Каждый въ законномъ порядкѣ состоявшійся правительственный актъ сохраняетъ свою силу, независимо отъ судьбы того физическаго лица, которое этотъ актъ издало ¹⁾. И каждый актъ составляетъ нѣкое обособленное цѣлое. Ни распоряженія Ивана Ивановича, какъ Глуповскаго губернатора, за 1900 годъ, ни вообще всѣ распоряженія Ивана Ивановича, какъ Глуповскаго губернатора, не составляютъ какого либо единаго комплекса, который можетъ быть предметомъ того или иного преемства.

Поэтому въ случаѣ смерти Ивана Ивановича, или въ случаѣ назначенія его на иной постъ никакого открытія наслѣдства по должности Глуповскаго губернатора не произойдетъ ²⁾, какъ не произойдетъ никакого открытія наслѣдства и въ случаѣ упраздненія должности Глуповскаго губернатора. Но это объясняется не тѣмъ, что вообще всѣ акты Глуповскихъ губернаторовъ рассматриваются, какъ акты единаго юридическаго лица, губернаторской должности, но тѣмъ, что каждый актъ представляетъ собою законченное цѣлое, имѣющее совершенно самостоятельную юридическую судьбу.

Должность Глуповскаго губернатора потому можетъ производить впечатлѣніе непрерывно существующей сущности, что юридическія послѣдствія актовъ, исходившихъ отъ ряда смѣнявшихся другъ друга губернаторовъ, были тѣ же самыя,—потому, что юридическая природа этихъ актовъ оставалась неизмѣнною. Но эта непрерывность и неизмѣнность имѣютъ достаточное основаніе въ тождествѣ полномочій, которыми были надѣлены отдѣльные губернаторы, и ни въ коемъ случаѣ не вынуждаютъ насъ признавать наличность какой то особой отъ нихъ сущности, какого то особаго юридическаго лица, органа-лица, или почти-лица,—губернаторской должности.

Точно такъ же нѣтъ никакой нужды въ представленіи должности, какъ особаго установленія, для объясненія того факта, что распоря-

отличнаго отъ „сдѣлокъ“ гражданскаго права, только начинается. Теорія эта разрабатывается главнымъ образомъ французскими юристами. Но ихъ теорія de l'acte administratif, благодаря нѣкоторымъ специфическимъ особенностямъ французскаго административнаго права (различіе между agents directs et indirects, между acte administratif и agissement), въ чистомъ ея видѣ совершенно непригодна въ качествѣ общей теоріи правительственнаго акта. У нѣмцевъ теорія эта почти что и не намѣчена. Она разрабатывается Отто Ма й е р о мъ, конечно подъ сильнымъ вліяніемъ французовъ, отъ котораго онъ, къ счастью для нѣмецкой науки, не можетъ отдѣлаться.

¹⁾ И точно такъ же независимо отъ судьбы той должности, которую занимало это лицо. Должность губернатора можетъ быть вовсе упразднена, но напр. всѣ выданные губернаторомъ разрѣшенія на открытіе типографій тѣмъ не менѣе сохраняютъ свою силу, всѣ сдѣланныя имъ назначенія на должности тоже.

²⁾ Какъ то по непонятнымъ соображеніямъ утверждаетъ А. Н а е п е л, Deutsches Staatsrecht I. 1892. Стр. 82.

женія каждаго должностного лица обязательны для его преемниковъ. Прежде всего, викакой такой особой обязательности не существуетъ, и если губернаторъ имѣеть право отмѣнить по данному вопросу свое собственное распоряженіе, то онъ можетъ отмѣнить и подобное же распоряженіе своего предшественника. Если губернаторъ не можетъ отмѣнить своего распоряженія по дѣламъ такого то рода, то по нимъ онъ не можетъ отмѣнять и распоряженій своихъ предшественниковъ. До тѣхъ поръ, пока оно не отмѣнено, распоряженіе предшественника даннаго губернатора, хотя бы само по себѣ оно по существу своему и относилось къ числу тѣхъ, которыя отмѣну допускаютъ, обязательно для даннаго губернатора точно такъ же, какъ и его собственныя распоряженія, пожалуй, и какъ еще не отмѣненныя распоряженія исправника, какъ всякіе неотмѣненные акты всякихъ установленныхъ властей. И для того, чтобы не связывать юридическихъ послѣдствій административнаго акта съ личною судьбою издавашаго его должностного лица, вполне достаточно признанія безсрочности юридической силы административныхъ актовъ; и должность, какъ особая сущность, какъ особое юридическое лицо, тутъ рѣшительно не при чемъ.

Наконецъ, что касается того, что въ законѣ постоянно говорится о должности, а также того, что законъ предоставляетъ тѣ или другія полномочія всегда должности, а не тому или другому физическому лицу ¹⁾, то и въ этомъ отнюдь нельзя видѣть признанія должностей, какъ особыхъ установленій.

Каждое должностное лицо получаетъ опредѣленный комплексъ правъ и обязанностей, рассчитанный не на него лично, а на извѣстныя служебныя отношенія, на извѣстныя потребности службы. Эти потребности по общему правилу останутся тѣ же и тогда, когда данный чиновникъ умретъ или получить новое назначеніе, а на его мѣсто будетъ назначенъ другой. Поэтому въ редакціонномъ отношеніи является болѣе удобнымъ связать данныя полномочія съ данною должностью, напр. министра финансовъ, чѣмъ съ тою или другою личностью, въ данное время занимающею эту должность. Кроме того, значительное большинство должностей существуетъ въ болѣе или менѣе значительномъ числѣ. Законъ, предоставляя данное полномочіе губернаторамъ, естественно не перечисляетъ поименно всѣхъ губернаторовъ, нынѣ занимающихъ это мѣсто по всей Имперіи, а говоритъ о губернаторахъ вообще, о губернаторской должности, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы

¹⁾ Законодательные акты иного типа являются рѣдкимъ исключеніемъ: какъ примѣръ ихъ, можно указать на указъ 30 іюля 1903 г. (Собр. Узак. ст. 909) объ образованіи Намѣстничества на Дальнемъ Востокѣ. Этимъ указомъ нѣкоторыя изъ полномочій Намѣстника прямо возложены на ген.-ад. Алексѣева (п. 6 этого указа).

губернаторская должность, «губернаторъ», была какимъ то объективнымъ установленіемъ, которому эти полномочія предоставляются, и отъ имени котораго дѣйствуютъ всѣ физическія лица, занимающія мѣста губернаторовъ ¹⁾.

Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію „должность“ не есть какое то особое установленіе, юридическое лицо, существующее независимо и отдѣльно отъ чиновника: это простое словесное обозначеніе совокупности его полномочій, его правъ и обязанностей, какъ органа государства.

Если принять такое пониманіе должности, то обиходное представленіе о государственномъ механизмѣ ²⁾ должно существеннымъ образомъ измѣниться.

Какъ намъ кажется, это обиходное представленіе о государственномъ механизмѣ сводится къ слѣдующему: глава государства въ неограниченныхъ монархіяхъ, власть законодательная или конституционная въ монархіяхъ ограниченныхъ или въ республикахъ, обладаетъ всею полнотою власти; отдѣльныя ея функціи эта высшая въ государствѣ власть передаетъ отдѣльнымъ установленіямъ,—должностямъ. Совокупность должностей и есть правительственный механизмъ;

¹⁾ Статья 1149 Зак. Гражд. говоритъ о правѣ вдовы на указную часть по смерти мужа. Значитъ ли это, что существуетъ какая то особая сущность „вдова“, установленная закономъ и имѣющая право на наслѣдованіе послѣ мужа въ четвертой части, и что данная физическая личность, Анна Ивановна, потерявшая мужа, не сама наслѣдуетъ ему, но лишь является представительницею этой абстрактной „вдовы“ и дѣйствуетъ отъ ея имени? Такое разсужденіе ничѣмъ не лучше, но и не хуже, разсужденій тѣхъ, кто считаетъ, что изъ того, что законъ говоритъ объ губернаторахъ, а не о Иванахъ Ивановичахъ, слѣдуетъ, что тѣ или другія полномочія предоставлены не физическимъ конкретнымъ личностямъ, а абстрактной должности „губернатору“, и отъ ея имени осуществляются ея представителями, физическими лицами. — Ср. соображенія L i n g g'a, *Empyrische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*. 1890, стр. 89 — 90, по вопросу, можно ли считать особымъ учрежденіемъ „престоль“, какъ субъекта правительственныхъ правъ, осуществляемыхъ государемъ.—Такая постановка вопроса у Л и н г г а обусловливается тѣмъ, что онъ считаетъ „носителемъ воли“ государства только государя, а не должностныхъ лицъ. (Стр. 69, 70).

²⁾ Выраженія: правительство, правительственный „организмъ“ или правительственный „механизмъ“ мы употребляемъ безразлично, отнюдь не придавая этимъ нашимъ выраженіямъ значенія признанія своей принадлежности къ сторонникамъ механическаго или органическаго пониманія государства. Оба эти пониманія, или по крайней мѣрѣ оба эти выраженія, абсолютно лишены всякаго юридическаго содержанія, и въ юридическомъ изслѣдованіи съ ними, какъ съ юридически ми те р м и н а м и, дѣлать нечего.—Эти выраженія употребляются нами, какъ краткое и общепонятное выраженіе для обозначенія всей той дѣятельности отдѣльныхъ лицъ и учрежденій, всѣхъ юридически организованныхъ силъ, которыя въ совокупности служатъ цѣлямъ государственнаго управленія.

чиновники лишь осуществляют полномочія, предоставленныя должностямъ.

Если же принять предлагаемое нами понятіе „должности“, то представление о правительственномъ механизмѣ должно принять слѣдующій видъ: правительственный механизмъ государства есть совокупность физическихъ лицъ, которымъ въ установленномъ порядкѣ предоставлены извѣстныя правительственныя полномочія ¹⁾. Всѣ эти лица, осуществляя эти полномочія и руководствуясь указаниями, полученными ими отъ закона или отъ должностныхъ лицъ, выше ихъ поставленныхъ, а при случаѣ (и весьма часто) и своими собственными взглядами на то, что соотвѣтствуетъ общимъ задачамъ государства, по скольку онѣ имъ поручены, совершаютъ то, что называется государственнымъ управленіемъ ²⁾.

Такимъ образомъ, „власть“ надъ населеніемъ является не та или другая должность, а то или другое физическое лицо, тотъ или другой чиновникъ ³⁾: по извѣстному кругу дѣлъ его личное мнѣніе, его воля должны имѣть преимущество передъ мнѣніемъ и волею обывателей, а также другихъ должностныхъ лицъ, ему подчиненныхъ, или въ кругъ вѣдѣнія которыхъ данный вопросъ не входитъ ⁴⁾.

¹⁾ Въ этомъ духѣ есть нѣсколько интересныхъ соображеній у А ф ф о л ь т е р а, стр. 180.— Впрочемъ не со всѣмъ тѣмъ, что онъ говоритъ по этому поводу, можно согласиться.

²⁾ Во избѣжаніе могущихъ возникнуть недоразумѣній считаемъ необходимымъ оговориться, что по нашему мнѣнію результатъ, называемый „государственнымъ управленіемъ“, достигается отнюдь не единственно дѣятельностью правительственного механизма, т. е. дѣятельностью юридически организованныхъ силъ. Въ значительной степени самая дѣятельность органовъ правительства является возможною только благодаря неорганизованному, съ виду случайному соучастію членовъ „общества“, т. е. лицъ, вовсе не принадлежащихъ къ составу правительства, или дѣйствующихъ не въ качествѣ таковыхъ (акцизный чиновникъ, стоящій въ толпѣ и выраженіемъ своего сочувствія поддерживающій городского, препирающагося съ толпою буяновъ). Роль всякаго рода неорганизованныхъ элементовъ въ достиженіи цѣлей, которыя ставитъ себѣ государственное управленіе, чрезвычайно велика. Выясненіе истиннаго значенія этихъ неорганизованныхъ элементовъ (экономическихъ классовъ общества, профессій съ развитымъ профессиональнымъ товарищескимъ духомъ, всякаго рода іерархизацій вродѣ какого либо крупнаго помѣщика съ тяготящимъ къ нему окрестнымъ населеніемъ), вообще крайне существенное для опредѣленія существа современнаго государства, выходитъ за рамки настоящей работы.

³⁾ Замѣтимъ мимоходомъ, что наша точка зрѣнія есть точка зрѣнія римскаго права. Ср. Р е г г е а u. *De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit romain.* 1894, стр. 86.

⁴⁾ Предлагаемое нами пониманіе правительственной организаци, быть можетъ, назовутъ реалистическимъ. Если этому слову придавать тотъ смыслъ что обозначаемая имъ теорія стремится къ полному соотвѣтствію съ реально дѣйствительно существующимъ положеніемъ вещей, ничего къ нему произ-

Господствующія въ наукѣ представленія о должности, оказались весьма сбивчивыми еще и въ силу того, что все еще держится старое представленіе о государѣ и его органахъ, какъ о чемъ то, стоящемъ надъ государствомъ. Государь, субъектъ власти надъ патримониальнымъ государствомъ, дѣйствительно стоялъ надъ нимъ и внѣ его. Должностныя лица, какъ личные помощники государя, занимали то же положеніе. Современный государь (и въ этомъ отношеніи нѣтъ разницы между неограниченнымъ или конституціоннымъ монархомъ и президентомъ республики) стоитъ не внѣ государства и не надъ нимъ, а является его органомъ. Такими же органами государства, но только каждое съ меньшими полномочіями, являются и должностныя лица.

Они не представляются нами теперь, какъ нѣчто, стоящее внѣ государства, существующаго и помимо ихъ, какъ какое то третье (юридическое) лицо. Но именно тотъ фактъ, что въ данномъ обществѣ выдифференцировались органы власти (государь и должностныя лица), и составляетъ то, что данное общество признается нами государствомъ. Государство по современнымъ взглядамъ не есть населенное имѣніе, *Land und Leute*, состоящее въ собственности государя и управляемое его органами и представителями. Теперь мы называемъ государствомъ именно организованное общеніе людей. И органы власти не являются чѣмъ то снаружи приставленнымъ къ государству, а составляютъ самую его структуру.

Дѣйствія должностныхъ лицъ не являются для государства дѣйствіями другихъ лицъ. Наоборотъ, только тотъ фактъ, что должностныя лица дѣйствуютъ, и создаетъ наличность государства.

Точно такъ же не всегда можно конструировать отношенія государства и обывателя, какъ отношенія между двумя субъектами. Если я подчиняюсь тому или другому требованію закона, напр. не убиваю, не краду, или плачу квартирный налогъ, то этимъ я никакой сдѣлки съ государствомъ не заключаю, вообще не вступаю съ нимъ, какъ съ другимъ лицомъ, ни въ какія юридическія отношенія. Возможность договорныхъ отношеній между государствомъ и обывателемъ вообще не исключена, но цивилистическое представленіе каждаго юридическаго явленія, какъ отношенія между двумя субъектами, бы-

вольно не добавляя и ничего изъ него не выкидывая,—то мы противъ этого слова ничего не имѣемъ. Но, къ сожалѣнію, въ наукѣ государственнаго права этотъ терминъ уже прилѣпленъ къ одному направленію, къ направленію, видящему въ государствѣ объектъ власти государя (Максъ Зейдель, Борнхакъ, Пилоти и др.). Съ этимъ взглядомъ, быть можетъ, вполне умѣстнымъ въ XVII вѣкѣ, но съ такимъ, которому въ настоящее время уже ничто реальное не соответствуетъ, мы не имѣемъ ничего общаго. И подведеніе нашей теоріи подъ одинъ заголовокъ съ тою казалось бы намъ чреватымъ по крайней мѣрѣ существенными недоразумѣніями.

васть совершенно непримѣнимо къ тѣмъ случаямъ, когда мы имѣемъ то или другое правовое явленіе внутри одного субъекта — государства. Обыватель, по скольку онъ подчиненъ государственной власти, не есть особый отъ государства субъектъ: ибо государство за вычетомъ обывателей есть пустое ничто.

Поэтому не можетъ быть допущена конструкция, которая бы видѣла въ правительствѣ или въ должностныхъ лицахъ представителей государства, какъ юридическаго лица. Но если, согласно установившемуся словоупотребленію, и употреблять выраженіе „представительство“ для обозначенія отношенія правительства и государства, то чтобы не впасть въ ошибку, надо твердо помнить, что это представительство есть отношеніе, опредѣляемое законами публичными, первымъ, вторымъ и третьимъ томомъ Свода Законовъ, но никакъ не постановленіями Законовъ Гражданскихъ о довѣренности или Устава Торговаго о „повѣренности“. Даже въ случаѣ возникшаго сомнѣнія ¹⁾, для восполненія пробѣловъ законовъ публичныхъ объ отношеніи органовъ правительства къ государству, и то нельзя обращаться къ законамъ гражданскимъ.

Какъ представительство, отношеніе государства и правительства имѣло бы много оригинальныхъ особенностей: это былъ бы представитель, усмотрѣніемъ коего опредѣлялся бы и предѣлъ его полномочій, и самое содержаніе ихъ. Законы, опредѣляющіе порядокъ дѣйствія органовъ правительства, пишутся имъ самимъ. По общему правилу довѣритель даетъ указанія повѣренному, здѣсь представитель являлся бы властью надъ представляемымъ ²⁾.

¹⁾ Какъ того хотѣлось бы О. Гирке, см. выше, стр. 194.

²⁾ Съ этой точки зрѣнія объяснима теорія М. Зейделя, Пилоти и др., видящихъ въ правительствѣ, или, какъ они говорятъ, въ монархѣ, субъекта, а въ государствѣ объектъ власти. Еслибы существо государства ограничивалось властвованіемъ, — а германская наука часто грѣшитъ этимъ заблужденіемъ, — то эта точка зрѣнія имѣла бы серьезныя основанія. Но властвованіемъ не исчерпывается существо государства. Государство есть форма совместной жизни людей, исторически, нравственно связанныхъ другъ съ другомъ. Цѣль, смыслъ государства, по современнымъ представленіямъ, состоятъ въ созданіи условий, благоприятныхъ для жизни. Власть является, быть можетъ, и необходимымъ, но во всякомъ случаѣ печальнымъ условіемъ этой жизни. Не для того существуетъ государство, чтобы властямъ было кого „тащить и не пущать“, а наоборотъ, населеніе потому терпитъ надъ собою власть, кого тащащую, кого и не пускающую, что въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ нуждается въ ней. Видѣть въ правительствѣ субъекта, а въ государствѣ объекта властвованія значить переворачивать жизненный смыслъ явленій на изнанку. Конечно въ эпоху династическихъ войнъ и Людовика XIV государство, населеніе было въ положеніи, которое ближе всего подходитъ къ положенію объекта. Но мы говоримъ не о томъ государствѣ, какимъ оно нѣкогда было, а о государствѣ, какимъ оно является по представленіямъ настоящаго времени, по представленіямъ, съ которыми каждое правительство должно очень и очень считаться.

Властвованіемъ не исчерпываются существо государства и задачи пра-

Но такая конструкция должна быть отвергнута: нельзя искать юридической конструкции отношений государства и правительства, исходя изъ того, что это два самостоятельные субъекта, взаимныя отношенія которыхъ надлежитъ выяснить.

Государство, какъ субъектъ, мыслимо только при наличности правительства, какъ того органа, черезъ посредство котораго оно дѣйствуетъ,—не только существуетъ, какъ масса, но и проявляется во внѣ, какъ единство. Правительство же вообще не есть субъектъ. Оно лишено органа, который проявлялъ бы его во внѣ, какъ единство, какъ именно правительство, а не государство. Затѣмъ, оно лишено самостоятельной цѣли, оно не есть нѣчто, какъ сказали бы нѣмцы, для себя суще. Своихъ интересовъ оно не имѣетъ. Будучи само органомъ государства, оно не имѣетъ органовъ, которые бы его представляли.

Если мы признаемъ, что государственная власть есть совокупность полномочій отдѣльныхъ органовъ государства, то государство, какъ правительство, перестанетъ быть отдѣльнымъ отъ чиновниковъ юридическимъ лицомъ.

Это положеніе высказывалось уже представителями и другихъ теорій, но у нихъ оно получало характеръ положенія вполне голословнаго и къ тому же стоящаго въ непримиримомъ противорѣчій съ ихъ основными ученіями ¹⁾).

Когда мы станемъ на ту точку зрѣнія, что государственная власть есть совокупность полномочій органовъ, то намъ станетъ ясно, что

ительства (ср. замѣчанія О. Гирке въ уже цитированной нами рецензіи его на *Staatsrecht Labanda. Schmollers Jahrbücher*, 1883, стр. 1131); правительство беретъ въ настоящее время на себя много, и такихъ задачъ, которыя если и имѣютъ какое либо отношеніе къ властвованію, то самое отдаленное: народная медицина, изслѣдованіе полярныхъ морей, метеорологическія наблюденія, народное образованіе...

Но самымъ существеннымъ возраженіемъ противъ этого пониманія государства является неправильность самой той постановки вопроса, изъ которой оно исходитъ: спрашиваютъ, что изъ двухъ, правительство или государство, является субъектомъ, что изъ двухъ объектомъ. Но чѣмъ доказана возможность ихъ раздѣленія? Если они являются субъектомъ только вмѣстѣ, то всякій отвѣтъ на вопросъ, кто изъ нихъ, порознь взятое, субъектъ, будетъ невѣренъ. Признавать государство минусъ правительство за субъектъ было бы невѣрно, ибо государство безъ правительства представлялось бы чѣмъ то неорганизованнымъ, лишеннымъ способности такъ или иначе дѣйствовать, лишеннымъ способности какъ бы то ни было проявлять свою субъектоспособность. Правительство, отдѣльно взятое, тоже не можетъ быть признано субъектомъ правъ, во первыхъ потому, что оно есть лишь совокупность, лишенная единства, лишенная органа, который представлялъ бы именно правительство, а не государство, а во вторыхъ потому, что оно есть только средство, а не самостоятельная цѣль.

¹⁾ См. выше, стр. 276—282.

между государствомъ и органомъ не можетъ существовать отношенія мандата, довѣренности или полномочія, не только частно-правового, но и публичнаго, ибо тутъ нѣтъ двухъ субъектовъ права: чиновникъ есть субъектъ права, а государство, какъ правительство, есть простая совокупность субъектовъ, но не субъектъ ¹⁾.

¹⁾ Изъ германскихъ писателей мы ближе всего стоимъ къ Генелю (A. Hanel, главн. обр. Deutsches Staatsrecht. Томъ I. 1892), который признаетъ, что органы, это тѣ индивидуумы, которые черезъ посредство ихъ личной воли образуютъ и носятъ общую волю („Organe sind diejenige Individuen, welche durch individuelles Wollen den Gemeinwillen bilden und tragen“.—стр. 85), и отвергаетъ ту мысль, будто компетенція каждаго органа составляетъ право какаго то другого лица и только предоставлена этому органу для осуществленія или въ видѣ представителя этого чужого права („ursprünglich einer anderen Person zusteht und dem Organ nur in Ausübung oder in Vertretung eines fremden Rechtes... übertragen ist“, стр. 88), наконецъ, онъ считаетъ, что полномочія свои органъ получаетъ непосредственно отъ закона, отъ конституціи („unmittelbar aus der korporativen Verfassung selbst“.—Тамъ же). Тѣмъ не менѣе, все построеніе Генеля кажется намъ неприемлемымъ потому, что оно во первыхъ отличается въ цѣломъ чрезвычайною туманностью, во вторыхъ потому, что самые существенные юридическіе признаки конструируемаго имъ понятія онъ выражаетъ посредствомъ такого рода терминовъ, которые не имѣютъ никакого юридическаго смысла: самое существо отличія правъ чловѣка, какъ органа государства, отъ правъ его, какъ частнаго лица, Генель видитъ въ томъ, что первыя права принадлежать ему какъ „органическія“ права (стр. 86),—для юриста это слово вообще, въ особенности въ такомъ сочетаніи, ровню ничего не значить. Наконецъ, самымъ слабымъ мѣстомъ въ конструкціи Генеля является то, что онъ ведетъ ее примѣнительно ко всѣмъ „корпоративнымъ союзамъ“; понятіе это вообще не слишкомъ ясно; самъ Генель подводитъ подъ него не только государство, но и рядъ союзовъ частно-правовыхъ, напр., акціонерныя компаніи (стр. 81). Весьма возможно, что по своей юридической природѣ органы акціонерной компаніи имѣютъ много общаго съ органами государства, но вридь ли юридическая природа органа государства можетъ быть установлена путемъ аргументаціи, все время равно примѣняющейсѧ и къ государству, и къ акціонерной компаніи. И теорія акціонернаго общества, и постановленія положительнаго права, относящіяся къ нимъ, на столько проникнуты началами гражданскаго права, на столько приспособлены къ потребностямъ именно гражданскаго оборота, что моделировка понятія публично-правового органа государства примѣнительно къ понятію органа акціонерной компаніи подвергаетъ громадному риску внести въ понятіе органа государства такіе признаки, такіе частно-правовые элементы, которые, быть можетъ, вполне умѣстны въ конструкціи юридическаго лица частнаго права, но которыхъ не должно быть въ публично-правовой конструкціи органа государства. Самъ Генель находилъ (Studien zum deutschen Staatsrecht, II, 1898, стр. 232), что понятіе корпоративнаго союза напрасно выводятъ изъ болѣе простыхъ видовъ его и потомъ примѣняютъ къ государству; по его мнѣнію надо поступать наоборотъ: исходить изъ государства, какъ болѣе совершеннаго вида, и потомъ примѣнять къ другимъ единствамъ выработанное на государствѣ понятіе корпоративнаго союза. Чтобы самъ Генель въ послѣдней своей работѣ поступалъ именно по этому рецепту, этого не изъ чего не видно.

Но даже если оставить въ сторонѣ частно-правовыя юридическія лица

Но отсюда отнюдь не слѣдуетъ дѣлать того вывода, чтобы государство вообще не было субъектомъ правъ: свойства государства, какъ субъекта, проявляются всякій разъ, когда данное государство вступаетъ въ сношенія съ другимъ государствомъ. Государство является субъектомъ въ имущественныхъ отношеніяхъ. Оно является субъектомъ правъ и въ государственномъ правѣ, и напр. чиновникъ, поступая на государственную службу, приобретаетъ извѣстныя права и принимаетъ на себя извѣстныя обязанности по отношенію къ государству, какъ субъекту, какъ къ другому контрагенту въ возникающемъ публично-правовомъ отношеніи государственной службы ¹⁾.

Чтобы разобраться въ этомъ кажущемся противорѣчій, надо точно различать государство, какъ совокупность обывателей, и правительство, какъ совокупность органовъ, должностныхъ лицъ. Государство, по сколько оно можетъ входить въ юридическія отношенія съ третьими лицами (въ томъ числѣ и съ тѣми, кто входитъ, въ качествѣ обывателя, въ его составъ), есть юридическое лицо. Правительство само по себѣ, когда это слово не употреблено вмѣсто государства, не есть субъектъ правъ, оно ни въ какія отношенія отъ своего имени ни съ кѣмъ не входитъ: по крайней мѣрѣ мы ни одного примѣра подобныхъ юридическихъ отношеній представить себѣ не можемъ. Они не имѣли бы никакого реального смысла: правительство не есть самостоятельная цѣль, теперь оно только средство для жизни государства.

Правительство есть только простая совокупность органовъ государства, въ самомъ широкомъ смыслѣ: монарха (гдѣ онъ есть), парламента (гдѣ есть), чиновничества, органовъ самоуправления, войска...

и признать, что аргументація Генеля имѣетъ въ виду только государство, то и тогда къ полученнымъ выводамъ все таки пришлось бы отнести съ полнымъ недоумѣніемъ: они относились бы къ государству вообще,—къ государству Афинскому, къ Римской Республикѣ, къ государству Гуго Капета и къ современной Франціи.

Но такое понятіе должности, которое равно примѣнялось бы къ нимъ всѣмъ, было бы просто невѣрно относительно всѣхъ ихъ.

¹⁾ Поэтому намъ представляется не точной конструкція Н. М. Коркунова (Указъ и Законъ. 1892, стр. 193 и сл.—Русское Государственное право. Томъ I, стр. 10—15), повторенная въ послѣднее время А ф о л ь т е р о мъ, стр. 121—134.

По ихъ мнѣнію, государство является юридическимъ лицомъ въ международномъ, въ гражданскомъ и въ административномъ правѣ; въ государственномъ же правѣ оно является юридическимъ отношеніемъ. Мы бы еще понимали эту теорію, еслибы дѣло шло о томъ, съ какой точки зрѣнія государство изучается тою или иною дисциплиною, но если государство въ чемъ либо, гдѣ либо есть юридическое лицо, то про него нельзя говорить, хотя бы и въ книгѣ, посвященной государственному праву, что государство есть только юридическое отношеніе, ибо юридическое отношеніе никогда не можетъ быть юридическимъ лицомъ, не можетъ быть субъектомъ правъ.

Нельзя говорить, как это дѣлають нѣмцы, ¹⁾ что органъ государства и само государство—одно и то же: что это просто абсурдъ это очевидно. Городовой, стоящій на углу и говорящій прохожему „не толпись“, не есть государство Россійское, и государство Россійское не есть этотъ городовой. Нельзя даже говорить, чтобы устами этого городского, какого либо Ивана Петрова, говорила сама Россія, какъ этого желаетъ теорія органовъ: это произвольное утверждение явно неправильно,—говорить Иванъ Петровъ, а не Россія.

Этотъ Иванъ Петровъ, если онъ сюда поставленъ подлежащею властью, является лишь одною изъ составныхъ частей правительственного механизма Россіи. И нельзя утверждать, чтобы устами этого городского говорило правительство: часть не равна цѣлому. Чтобы не фантазировать, и не говорить прямой несообразности, нельзя считать, что городовой это Россія, или что онъ русское правительство.

Но что этотъ городовой часть того механизма, который въ совокупности называется правительствомъ, и что когда онъ, этотъ городовой, дѣйствуетъ, то дѣйствуетъ часть этого механизма, это ясно. Изъ этого и надо исходить.

Предлагаемая конструкція должности, какъ намъ кажется, позволяетъ объяснить и то, почему неправильныя должностныя дѣйствія надо считать дѣйствіями должностными.

Какъ мы видѣли ²⁾, изъ господствующихъ теорій должности разсматриваемой, какъ простая совокупность точно опредѣленныхъ полномочій, съ неизбежностью получается тотъ выводъ, что чиновникъ, выходя за предѣлы полномочій своей должности, перестаетъ совершать дѣйствія должностныя, а совершаетъ свои личныя.

Какъ мы указывали выше, выводъ этотъ находится въ непримиримомъ противорѣчій съ постановленіями положительнаго права и съ неустранимыми потребностями управленія и самого населенія. Но для господствующихъ теорій выводъ этотъ можно обойти только путемъ прямого самопротиворѣчія ³⁾.

Согласно же предлагаемой конструкціи, органомъ государства непосредственно является физическое лицо, чиновникъ; ему законъ представляетъ для осуществленія извѣстныхъ задачъ управленія нѣкоторую степень власти; пользуясь своею властью, чиновникъ,—и судья и администраторъ,—не является автоматомъ ⁴⁾: его

¹⁾ См. выше, стр. 239 и сл.

²⁾ См. выше, стр. 197—199.

³⁾ См. выше, стр. 220—226.

⁴⁾ Существуетъ весьма распространенное ученіе, что законъ по отношенію къ администраціи играетъ другую роль, чѣмъ по отношенію къ суду: у судей онъ опредѣляетъ самое содержаніе ихъ дѣятельности, административнымъ чиновникамъ онъ ставитъ извѣстные предѣлы, рамки, даетъ общія указанія. Въ такой общей формѣ положеніе это очевидно невѣрно. Такъ сказать качественно въ разсматриваемомъ отношеніи нельзя провести никакой разницы между су-

роль именно и состоитъ въ приложеніи своихъ дѣйствій и своихъ сужденій къ достиженію указанныхъ ему цѣлей управленія.

Законы, обращающіеся къ свободному сужденію человѣка, по необходимости имѣющіе въ виду средняго человѣка, не могутъ требовать отъ него математической точности и правильности сужденій и дѣйствій; ошибки неизбежны. Можно принимать мѣры къ ихъ предупрежденію или къ устраненію совершенныхъ. Но если государственное управленіе есть дѣятельность физическихъ лицъ, а не непогрѣшимыхъ абстрактныхъ установленій, — должностей, — то государственное управленіе нельзя предполагать неизмѣнно правильнымъ. А потому нельзя исключать изъ актовъ по государственному управленію и неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ.

Такимъ образомъ получаетъ свое обоснованіе тотъ фактъ, что неправильныя должностныя дѣйствія имѣютъ юридическую природу дѣйствій должностныхъ ¹⁾.

домъ и управленіемъ: и въ дѣятельности судовъ имѣются вопросы, въ предѣлахъ закона разрѣшаемые ихъ усмотрѣніемъ (оцѣнка доказательствъ, выборъ мѣръ пресѣченія), есть и у административныхъ чиновниковъ такіе виды дѣятельности, которые во всѣхъ подробностяхъ опредѣлены въ своемъ содержаніи (участковый паспортистъ). Общее противоположеніе судовъ и администраціи въ указанномъ отношеніи и потому не можетъ быть проведено скольконибудь послѣдовательно, что и въ средѣ администраціи имѣются должности, по характеру и содержанію своей дѣятельности ни чѣмъ не отличающіяся отъ судебныхъ: таковы всѣ органы, вѣдающіе взиманіе всякаго рода налоговъ и сборовъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ несомнѣнно, что законъ предоставляетъ иногда административнымъ чиновникамъ болѣе значительный просторъ въ выборѣ средствъ къ достиженію известной цѣли (и при томъ самую цѣль намѣчаетъ лишь общимъ образомъ), чѣмъ это когда либо имѣетъ мѣсто по отношенію къ судьямъ. Типичное выраженіе господствующей точки зрѣнія О. Вãhr. *Der Rechtsstaat*. 1864. Стр. 52. „Für die Gerichte bilden Recht und Gesetz das positive, innere ausschliessliche Prinzip ihrer Thätigkeit, für die Regierungsgewalt bilden Recht und Gesetz nur die äussere Schranke“.

¹⁾ Ср. аналогичныя соображенія, высказываемыя Мишу примѣнительно къ юридическимъ лицамъ вообще. — Мишу. 1. Стр. 418.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Юридическое основаніе отвѣтственности казны.

§ I. *Неправильныя и преступныя должностныя дѣйствія.*

I. Въ ту эпоху, когда чиновникъ разсматривался, какъ мандатаръ государя, отвѣтственность этого послѣдняго за убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями, была бы лишена всякого юридическаго основанія: мандатаръ, уполномоченный только на законныя дѣйствія, не можетъ обязывать своего довѣрителя дѣйствіями незаконными ¹⁾).

Въ конституціонную эпоху восторжествовавшая конструкція государства, какъ юридическаго лица, поставила чиновника въ непосредственныя юридическія отношенія не къ королю, а къ государству, какъ къ особому юридическому лицу.

Но какъ изъ отношенія чиновника къ государю нельзя было вывести отвѣтственности государевой казны за незаконныя дѣйствія чиновника, такъ точно нельзя было вывести этой отвѣтственности изъ отношенія чиновника къ стороннему для него юридическому лицу, государству.

Такъ называемая репрезентативная теорія, усматривающая въ дѣйствіяхъ должностныхъ лицъ дѣйствія самого государства, если бы она была вѣрна, приводила бы точно также къ безотвѣтственности государства, въ виду неограниченности современной государственной власти, стоящей надъ закономъ, и ни передъ кѣмъ не несущей юридической отвѣтственности.

Если же не противопологать правительство и каждое данное должностное лицо, какъ двухъ разныхъ субъектовъ правъ, а считать, что дѣйствія каждаго должностнаго лица, правильныя или неправильныя, являются дѣйствіями правительственными, что только въ этихъ должностныхъ дѣйствіяхъ и состоитъ то, что называется дѣйствіями государства, то роковой для отвѣтственности казны вопросъ: на какомъ

¹⁾ Ср. Bluntschli. Verhandlungen des VI deutschen Juristentags. Томъ I стр. 45.—Roth. Bayerisches Civilrecht. Томъ I. 1871, стр. 224.—Лаферриеръ, томъ I, стр. 678—679.

основаніи одно лицо должно нести отвѣтственность за дѣйствія другого, тѣмъ самымъ устраняется.

Такимъ образомъ, при такомъ пониманіи должностныхъ дѣйствій основного юридическаго затрудненія и не возникаетъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ надо имѣть въ виду, что надъ закономъ и надъ правомъ стоитъ не вся правительственная дѣятельность, а только одинъ опредѣленный видъ правительственныхъ актовъ: акты законодательной (или конституціонной) власти. Поэтому, по скольку вопросъ объ отвѣтственности за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, возникаетъ не по поводу дѣйствій законодательной власти, абсолютный характеръ современнаго государства отнюдь, съ нашей точки зрѣнія, не можетъ препятствовать отвѣтственности казны.

Тутъ можетъ возникнуть другой вопросъ: почему убытки, причиненные правительствомъ въ лицѣ одного изъ его составныхъ членовъ, должны падать на казну, на государственное казначейство? Для выясненія этого вопроса слѣдуетъ установить отношеніе правительства къ казнѣ.

Казна не есть народное богатство: населеніе можетъ быть бѣдно, казна же, государственныя имущества—изобильны, и наоборотъ. Юридически и фактически возможность такого положенія вещей не исключена. Казна—это совокупность имуществъ, предназначенныхъ для удовлетворенія потребностей управленія, для покрытія расходовъ именно правительственнаго механизма.

Поэтому, если по какимъ либо основаніямъ данный расходъ долженъ падать на правительство, то онъ долженъ быть покрытъ именно изъ средствъ казны ¹⁾.

Такимъ образомъ, если убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями, падаютъ на правительство, то они должны покрываться изъ казны. Но падаютъ ли они на правительство?

Убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями, слѣдуетъ разсматривать, какъ убытки, причиненные правительственнымъ механизмомъ. Но отъ простаго причиненія къ имущественной отвѣтственности безусловнаго перехода нѣтъ: я могу быть лишь физическою причиною тѣхъ или другихъ убытковъ, которые по существу дѣла должны разсматриваться, какъ причиненные чистою случайностью или непреодолимою силою, орудіемъ которой я являлся. Для моей отвѣтственности необходимо или, чтобы убытки могли быть мнѣ вѣннены въ

¹⁾ Duguit. Etudes de droit public. II. 1901 г. Стр. 637: когда актъ, совершенный въ виду такой цѣли, которая преслѣдуется государствомъ, и которой приурочены, affectés, имущества, составляющія собственность государства, по какой бы то ни было причинѣ, производить уменьшеніе въ имуществѣ, приуроченномъ къ частной цѣли.—нужно, чтобы это уменьшеніе было восстановлено изъ имущества государства.

вину, чтобы я могъ разсматриваться, какъ ихъ сознательная причина, или же, чтобы въ пользу возложенія этихъ убытковъ, (причиненныхъ мною безъ вины съ моей стороны, говорили какіе либо особые резоны экономического или этического свойства ¹⁾).

II. Итакъ, возникаетъ вопросъ, могутъ ли убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями, вѣнчаться правительству.

Каждая данная задача управленія можетъ быть осуществлена разными путями: и такимъ, который вовсе не обезпечиваетъ интересовъ и правъ обывателей отъ нарушенія ихъ ошибками чиновниковъ, и такимъ, который представляетъ вполнѣ достаточныя гарантіи: съ правильно организованной системой надзора и обжалованія, съ тщательнымъ подборомъ личнаго состава чиновниковъ.

Матерьяльно-правовыя нормы, регулирующія данное дѣло, могутъ быть составлены кое какъ, могутъ и отвѣчать всѣмъ требованіямъ науки и опыта.

И не только возможность ошибокъ, такъ называемыхъ неправильныхъ дѣйствій, находится въ зависимости отъ тѣхъ условій, въ которыя поставлена дѣятельность чиновниковъ, но въ зависимости отъ нихъ находится и возможность служебныхъ преступленій: колейная судебная процедура поощряетъ подкупъ, вяточничество; гласность затрудняетъ ихъ. То правило, что на постановленія земскихъ начальниковъ по ст. 61 Пол. Зем. Нач. не можетъ быть приносимо жалобъ, поощряетъ неправильное примѣненіе этой статьи и создаетъ почву для постоянныхъ незаконныхъ лишеній свободы.

Словомъ, наступленіе тѣхъ или иныхъ неправильностей въ дѣятельности данной отрасли службы по общему правилу не можетъ быть приписано такого рода случайности, которая не была и могла не быть предвидѣна тѣми, кто организовывалъ данную службу, т. е. тѣмъ или другимъ органомъ правительства. Какимъ именно органомъ, это другой вопросъ: законодательною ли властью, тою ли, которая приво-дила данный законъ въ исполненіе, или тою, которая назначила данныхъ чиновниковъ. Это вопросъ, который очень часто и не разрѣшится съ перваго взгляда.

Но во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что возможность неправильныхъ или преступныхъ дѣйствій въ данной части управленія всегда имѣетъ своею причиною неправильность организациі службы, недостаточность принятыхъ гарантій отъ возможности данныхъ случайностей.

Поэтому невозможно говорить, чтобы неправильности службы имѣли своею причиною дѣйствіе слѣпыхъ, безсознательныхъ силъ, которымъ надо подчиняться, ибо онѣ дѣйствуютъ по непрелож-

¹⁾ Матайя, стр. 20.

нимъ законамъ природы, и дѣйствіе которыхъ ничѣмъ измѣнено быть не можетъ.

Возложеніе ¹⁾ подобныхъ убытковъ на случайно подвергнувшагося обывателя, а не на казну, было бы тѣмъ болѣе несправедливымъ, что обыватель не можетъ устранить тѣхъ несовершенствъ службъ, которыя являются причиною, или вызывающею данную неправильность, или дѣлающею ее возможною, а правительство имѣетъ на то и юридическую, и фактическую возможность.

Замѣтимъ также, что убытки, какъ послѣдствіе тѣхъ или иныхъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ имѣютъ своею дѣйствительною причиною не дѣйствія одного какого либо лица, а именно систему порядка управленія дѣлъ, принятую въ данномъ учрежденіи. Отдѣльное лицо нерѣдко является безсильнымъ измѣнить ее. Во всѣхъ полицейскихъ управленіяхъ быть. Въ данномъ управленіи мнѣ сломали ребро, лишили меня работоспособности. Кто истинный виновникъ: тотъ ли полицейскій служитель, который меня билъ, или вообще система, что всюду быть ²⁾?

А недостатки системы, очевидно, должны быть вѣнчаны создавшему ее правительству, какъ цѣлому, и потому естественно относить убытки, обусловливаемые системою, на тотъ фондъ, который служить правительству, на казну.

Но помимо того, что въ большинствѣ случаевъ убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями, могутъ быть вѣнчаны правительству, какъ цѣлому, въ пользу возложенія этихъ убытковъ на казну говорятъ и существенныя соображенія экономическаго характера.

Чѣмъ совершеннѣе организована данная отрасль службы, тѣмъ меньше въ ней вѣроятность неправильныхъ и преступныхъ дѣйствій. Но болѣе совершенная организація сопряжена и съ большими расходами казны. Многія отрасли управленія остаются организованными совершенно неудовлетворительно, завѣдомо для ихъ авторовъ, только потому, что средства казны не позволяютъ сдѣлать этого иначе ³⁾.

¹⁾ Слѣдуетъ въ этомъ отношеніи М а т а й я (стр. 19), мы все время ставимъ вопросъ не о томъ, на кого долженъ быть перенесенъ данный вредъ, а о томъ, на кого онъ долженъ падать; первая постановка вопроса не точна, ибо заключаетъ въ себѣ помимо постановки вопроса еще и его предрѣшеніе: если данный вредъ съ кого либо переносится, то, значитъ, есть какое то основаніе, чтобы онъ уже гдѣ то лежалъ, и требуется второе, большее, основаніе для того, чтобы его перемѣстить съ этого его естественнаго мѣста. Этимъ естественнымъ мѣстомъ вреда признается его непосредственная жертва. Положеніе, быть можетъ, и очень простое, но помимо кажущейся простоты не имѣющее за себя ни малѣйшаго резона.

²⁾ Ср. по этому поводу М а т а й я, стр. 79.

³⁾ Извѣстнымъ примѣромъ этого являются волостные суды: для созданія

Но если казна экономить, то пусть она экономить на своей, а не на чужой счет: если экономія казны сказывается тѣмъ, что данное дѣло, вмѣсто того, чтобы идти гладко, въ нѣкоторыхъ, хотя бы и единичныхъ случаяхъ, приводитъ къ нарушенію правъ частныхъ лицъ, то нѣтъ основанія, чтобы эти убытки, если казна предпочитаетъ возможность причиненія ихъ болѣе правильному, но болѣе дорогому устройству службы, падали именно на эти случайныя жертвы. Уже одно то, что экономія ради идутъ на возможность правонарушеній, само по себѣ является не малымъ зломъ. Но разъ что правонарушенія эти вообще допускаются, то ихъ надо и возстановливать, но не такъ, какъ рѣшаются дѣла по неправильному лишенію свободы земскими начальниками по ст. 61, что по истеченіи нѣсколькихъ лѣтъ крестьянину объявляютъ, что онъ дѣйствительно отсидѣлъ зря, а возстановливать, поскольку дѣло идетъ о нарушеніи имущественныхъ правъ, возмѣщая убытки и ущербы ¹⁾.

III. Съ этой точки зрѣнія, съ точки зрѣнія общегосударственной экономія получаетъ свое оправданіе примѣненіе къ отвѣтственности казны теоріи „профессиональнаго риска“, или, какъ она обыкновенно въ этомъ случаѣ называется, „теоріи административнаго риска“.

Въ основаніи расширенной отвѣтственности промышленныхъ предпріятій ²⁾ лежитъ та мысль, что никакое крупное дѣло не можетъ идти безусловно правильно и гладко, что въ немъ всегда возможны неправильности, нарушающія права третьихъ лицъ. Отвѣтственность за эти правонарушенія, независимо отъ того, удалось или нѣтъ установить виновника даннаго конкретнаго случая, должны нести тѣ, въ чьихъ интересахъ существуетъ самое предпріятіе: эта отвѣтственность должна быть включена въ надержки производства или въ составъ предпринимательскаго риска. Обойтись безъ такой отвѣтственности въ настоящее время практически невозможно, ибо въ значительномъ большинствѣ случаевъ вина лежитъ на всемъ строѣ предпріятія. Вина эта такова, что ничего противозаконнаго въ себѣ не представляетъ,

средствъ, необходимыхъ для учрежденія земскихъ участковыхъ начальниковъ были упразднены мировые судьи, и дѣла ихъ частью были переданы въ волостные суды,—въ качествѣ ихъ работы и въ правосудности постановляемыхъ ими рѣшеній и тогда, при самомъ введеніи этой реформы, врядъ ли кто сомнѣвался.

¹⁾ Конечно, не всякая вообще неправильность въ организаціи службы, неправильность, ведущая къ случаямъ противозаконнаго нарушенія правъ обывателей, имѣетъ своею побудительною причиною экономію казенныхъ средствъ. Возможны отрасли управленія, стоящія казнѣ очень дорого и функционирующія, быть можетъ, именно въ силу слишкомъ сложной той или иной своей организаціи, крайне скверно. Но такіе случаи являются несомнѣннымъ исключеніемъ, и не изъ нихъ надо исходить.

²⁾ См. выше, стр. 249—252.

такъ что сама не можетъ быть основаніемъ отвѣтственности (если стоять на точкѣ зрѣнія вины). Между тѣмъ непосредственнаго виновника обыкновенно или вовсе нельзя найти, или же это какой либо рабочий, стрѣлочникъ, потому только и провинившійся, что былъ поставленъ въ неестественныя условія службы; нравственной вины на немъ нѣтъ; заставляя его нести отвѣтственность значить совершать по отношенію къ нему явную несправедливость. Само собою разумѣется, что возложеніе матерьяльной отвѣтственности, напр., за желѣзнодорожныя несчастія на стрѣлочника было бы не меньшею несправедливостью и относительно пострадавшихъ отъ этого несчастія. Что они съ этого стрѣлочника получаютъ? Къ тому же нельзя не принять во вниманіе и того, что разрѣшеніе вопроса о виновности служащаго въ данномъ предпріятіи, представляетъ практически почти неразрѣшимыя трудности: всегда возможны такого рода инструкціи, которыя, еслибы онѣ исполнялись служащими, дѣйствительно ограждали бы интересы третьихъ лицъ, но которыя систематически нарушаются этими служащими, знающими, что это инструкціи только для виду, что самъ хозяинъ считаетъ ихъ для предпріятія невыгодными, что въ дѣйствительности за точное исполненіе ихъ служащій подѣлъ тѣмъ или другимъ благовиднымъ предлогомъ будетъ уволенъ.

По образцу теоріи профессиональнаго или промышленнаго риска нѣкоторые юристы строятъ теорію отвѣтственности казны въ дѣлахъ публичныхъ.

„Когда эта огромная машина, которая называется государствомъ,— говоритъ Ларно,—машина, во сто кратъ болѣе могущественная и во сто кратъ болѣе опасная, чѣмъ машины, употребляемыя въ промышленности, причиняетъ кому либо вредъ, то слѣдуетъ, чтобы всѣ тѣ, въ чьихъ интересахъ она дѣйствовала, причиняя его, участвовали въ возмѣщеніи его. Этого требуютъ принципы солидарности и взаимности, которые являются основой нашихъ учреждений“¹⁾.

Затѣмъ эта теорія была развиваема во Франціи Ориу²⁾ и гл. образомъ Бэльби³⁾.

¹⁾ Lagnaud. Revue pénitentiaire. 1896. Стр. 6. „Lorsque cette grande machine qui s'appelle l'Etat, cent fois plus puissante et cent fois plus dangereuse que les machines de l'industrie, a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux, dans l'intérêt de qui elle fonctionnait en causant le préjudice, viennent le réparer. Ainsi l'exigent les principes de la solidarité et de mutualité qui sont le fondement même de nos institutions“.

²⁾ Въ особености въ четвертомъ изданіи его Précis de droit administratif. Стр. 174, 242—248.

³⁾ Bailby. De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers. 1901. Стр. 21, 35, 76, 106, 150, 173—179.—Свое понятіе риска („un événement dommageable dont la cause ne peut être imputée ni à celui qui le subit, ni à celui qui doit le réparer ou aux personnes dont ce dernier doit répondre“) Бэльби выработалъ, анализируя отношенія хозяевъ и рабочихъ въ промышленныхъ предпріятіяхъ. См. его же: Fondement juridique de la responsabilité du patron dans les accidents du travail.

Конечно, по скольку эта теорія имѣетъ своимъ основаніемъ аналогію съ частно-правовыми явленіями, она принята быть не можетъ. Съ хоаяйственной точки зрѣнія различіе существенно. Въ промышленности существуютъ доходы предпріятія, которые между прочимъ должны окупать и весь причиняемый даннымъ предпріятіемъ вредъ, иначе съ общегосударственной и экономической точки зрѣнія данное предпріятіе подлежитъ осужденію ¹⁾; государство своею публично-правовою дѣятельностью никому доходовъ не приноситъ. Не меньшее различіе существуетъ и съ точки зрѣнія чисто правовой: юридическое отношеніе между служащими въ торговомъ предпріятіи и самимъ предпріятіемъ иное, чѣмъ юридическое отношеніе между государствомъ и его органами.

Но одна изъ мыслей, лежащихъ въ основѣ теоріи профессиональнаго риска, вполне примѣнима и къ государству и можетъ служить оправданіемъ тому, чтобы вредъ, причиняемый неправильными должностными дѣйствіями, падалъ на казну.

Мысль эта заключается въ томъ, что въ той громадной и сложной организаціи, которую представляетъ собою государство, неправильности въ функціонированіи его органовъ практически неизбежны, и эти неправильности всегда могутъ быть причиною убытковъ обывателей. Для того, чтобы заставлятъ каждого случайно подвернувшегося обывателя нести на себѣ одномъ отрицательныя стороны той организаціи, которая существуетъ въ интересахъ всѣхъ, нѣтъ ни малѣйшаго ни нравственнаго, ни юридическаго основанія. Вредъ, причиненный неправильнымъ функціонированіемъ государства, долженъ падать на государство же, а не на случайно подвернувшуюся жертву ²⁾.

¹⁾ М а т а й я, стр. 24 и сл.

²⁾ Это ученіе особенно настойчиво проводится нѣкоторыми французскими юристами, слѣдующими въ этомъ отношеніи за практикою Государственнаго Совѣта. Они признаютъ казну отвѣтственною за такого рода убытки, причиненные такого рода неправильными должностными дѣйствіями, которые могутъ разсматриваться, какъ вина самой администраціи, при чемъ понятие вины принимается въ болѣе широкомъ смыслѣ, ничего не имѣющемъ общаго съ ученіемъ о винѣ въ гражданскомъ правѣ, обозначая лишь неправильный ходъ административной дѣятельности (*le mauvais fonctionnement d'un service*), О р і у, стр. 244. — Ср. Л а ф е р р і е р ъ, томъ II, стр. 188. „L'Etat assume lui même, en vertu de lois spéciales ou de la jurisprudence, certains risques des fonctions publiques“. — Ср. выше, стр. 302, выноски 1 — 3. Но нѣкоторые, напр. В э л ь б и слишкомъ много говорятъ о государствѣ, какъ о предпріятіи, *entreprise*, о гражданахъ, какъ о тѣхъ, qui en profitent. Благодаря этому, ихъ разсужденія приобрѣтаютъ частно-правовой характеръ. Но надо сказать, что и у нихъ наряду съ цивилистическими аналогіями имѣются соображенія публично-правовыя, оводящіяся къ неизбежности ошибокъ въ дѣйствіяхъ должностныхъ лицъ и къ тому, что справедливость требуетъ, чтобы послѣдствія этихъ ошибокъ были равномѣрно распределены.

Въ этомъ отношеніи въ высшей степени типична противоположность во взглядахъ, существующая между старыми и новыми писателями по вопросу о рискѣ, связанномъ съ дѣятельностью государственныхъ учреждений. Въ то время, какъ старые юристы, какъ напр. Моль ¹⁾ или Ленингъ ²⁾, считали вполне справедливымъ, чтобы этотъ рискъ падалъ на случайно подвернувшуюся жертву, современные писатели ³⁾ именно въ этомъ случайномъ характерѣ ошибокъ органовъ правительства видятъ основаніе къ тому, чтобы вредъ, причиненный этими ошибками, такъ или иначе раскладывался на всѣхъ ⁴⁾.

IV. Весьма распространеннымъ доводомъ противъ отвѣтственности казны являлось, въ особенности въ прежнее время, то соображеніе, что казна платитъ не свои деньги, а деньги плательщиковъ податей. Это соображеніе, съ только что указанной точки зрѣнія, должно быть признано серьезнымъ доводомъ именно въ пользу отвѣтственности казны.

Именно потому, что деньги, которыми располагаетъ правительство, въ концѣ концовъ деньги народа,—отвѣтственность казны практически сводится къ раскладкѣ убытковъ внутри круга болѣе или менѣе одинаково заинтересованныхъ лицъ. При осуществленіи общаго всѣмъ дѣла нѣкоторые, немногіе, несутъ убытки: убытки эти съ тою уравнительностью, которая достигнута въ данномъ государствѣ, раскладываются на всѣхъ.

Это приводитъ насъ къ наиболѣе широкому и наиболѣе твердому основанію отвѣтственности казны. Какъ говорить проф. Покровский въ уже не разъ цитированной нами статьѣ, „самыя явленія дѣйствительной жизни указываютъ на все большее и большее развитіе идеи разложенія случайнаго вреда на такія или иныя группы одинаковыхъ интересентовъ, при чемъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ такими одинаковыми интересентами признаются всѣ члены государства... На чемъ же собственно, какъ не на этой идеѣ, покоится напр.

¹⁾ См. выше, стр. 208.

²⁾ См. выше, стр. 213—214.

³⁾ Изъ новыхъ писателей то мнѣніе, что случайный вредъ должна нести и случайная жертва, высказывается Мишу, повидимому, подъ влияніемъ старыхъ нѣмцевъ, внимательно имъ изученныхъ. Онъ считаетъ впрочемъ, что это примѣнимо только по отношенію къ вреду, обусловленному легкой виною чиновника. *Revue de droit Public*. 1895 г. стр. 282. Но намъ кажется, что и въ случаѣ легкой вины нѣтъ ни малѣйшаго основанія заставлять случайную жертву нести вредъ.

⁴⁾ Ср. вполне аналогичную эволюцію, произошедшую въ нашихъ русскихъ правительственныхъ сферахъ. См. ниже, въ главѣ XII § 3 объ отвѣтственности казны за дѣйствія судебныхъ учреждений.

отвѣтственность казны за вытоптанные на маневрахъ поля, за принудительно ваятый фуражъ и т. п.? Вредъ, причиненный кому либо въ состояніи необходимости, не остается лежать на подвернувшемся подъ руку, а разлагается на все населеніе въ размѣрахъ его податныхъ отношеній“¹⁾).

Но отвѣтственность казны не есть чистый принципъ разложенія вреда: она была бы имъ, еслибы каждое уплоченное вознагражденіе отражалось бы пропорціональнымъ увеличеніемъ налоговъ. Между тѣмъ несомнѣнно, что ни отдѣльные случаи вознагражденія, ни даже установленіе общихъ законовъ объ отвѣтственности казны не имѣютъ подобныхъ послѣдствій. Мы нигдѣ не нашли указаній напр. на то, чтобы при изданіи отдѣльными государствами Германіи законовъ объ отвѣтственности казны, вызванныхъ введеніемъ въ дѣйствіе Герм. Гражд. Ул., гдѣ либо былъ введенъ спеціальныи налогъ на покрытие этой новой статьи расходовъ, или чтобы былъ увеличенъ одинъ изъ налоговъ существующихъ. Хотя по общему принципу государственнаго хозяйства доходы и соразмѣряются въ немъ съ ожидаемыми расходами, но этотъ общій принципъ на дѣлѣ не такъ то осуществимъ, и введеніе новой статьи расхода зачастую приводитъ или къ сокращенію расходовъ существующихъ или еще чаще къ тому, что откладывается осуществленіемъ какой либо проектъ, сопряженный съ расходами казны; а это уже не есть денежная раскладка. Возможны случаи, когда отвѣтственность казны будетъ сопровождаться прямымъ уменьшеніемъ свободной наличности государственнаго казначейства и непосредственно не приведетъ ни къ какой раскладкѣ выплаченной казною суммы. Поэтому нельзя сводить отвѣтственность казны исключительно къ началу разложенія вреда. Но въ концѣ концовъ практически въ большинствѣ случаевъ отвѣтственность казны сводится именно къ разложенію вреда, и является поэтому тѣмъ болѣе обоснованною, что это разложеніе само по себѣ является вполне справедливымъ и цѣлесообразнымъ.

§ 2. *Неправильныя дѣйствія, утрачивающія характеръ дѣйствій должностныхъ.*

Если убытки причинены такими дѣйствіями чиновниковъ, которыя по степени своей неправильности утратили характеръ дѣйствій должностныхъ (судебное рѣшеніе, постановленное городовымъ; совершенное имъ изнасилованіе; приговоръ мирового судьи о содраниі съ кого либо живьемъ кожи), то отвѣтственность казны не можетъ имѣть своимъ основаніемъ тотъ фактъ, что данное дѣйствіе является актомъ

¹⁾ Вѣстникъ Права 1899 г. № 9, стр. 35.

одного изъ составныхъ элементовъ правительства, какъ цѣлаго; поэтому къ подобнымъ убыткамъ непримѣнимо то соображеніе, что они, какъ причиненные правительствомъ, должны падать и на имущество, служащее правительству, т. е. на казну.

Но и въ разсматриваемомъ случаѣ убытки, причиненные должностными лицами должны иногда падать на казну. Если должностное лицо могло совершить данное преступленіе даннымъ (служебнымъ) способомъ только потому, что воспользовалось тѣмъ служебнымъ положеніемъ, въ которомъ находилось, тѣми служебными полномочіями, которыми было облечено именно, какъ органъ правительства, то хотя самое вредоносное дѣйствіе и не исходитъ отъ правительства, но правительство является причиною того, что создано положеніе вещей, использованное преступникомъ.

Причинная связь преступленія, самой возможности его съ дѣйствіями правительства въ такомъ случаѣ несомнѣнна¹⁾. При этомъ существенно, что эта возможность создается сообщеніемъ отдѣльнымъ лицамъ такого рода полномочій, которыя по самому существу своему представляютъ опасность въ рукахъ человѣка, не заслуживающаго особаго довѣрія, и которыя поэтому могутъ быть сообщаемы только съ большимъ разборомъ.

Съ народно-хозяйственной точки зрѣнія и эта отвѣтственность казны представляется вполне обоснованной: если тѣмъ или другимъ должностнымъ лицамъ сообщаются полномочія, то это дѣлается въ интересахъ государственныхъ, т. е. въ интересахъ народа, для котораго и существуетъ правительство.

Поэтому, если въ интересахъ всѣхъ данному чиновнику сообщены извѣстные полномочія, и отъ неправильнаго, преступнаго злоупотребленія ими пострадалъ какой либо Иванъ, то вполне правильно и цѣлесообразно, чтобы вредъ, понесенный этою случайною жертвою, былъ разложенъ на всѣхъ²⁾.

¹⁾ Ср. Уголовное Уложеніе, Проектъ Редакціонной Комиссіи съ объясненіями къ нему, томъ VIII, 1897, стр. 56—57, «...обладая, какъ лицо физическое, тѣми же самыми способами и средствами для совершенія общихъ преступныхъ дѣяній, которыя находятся въ распоряженіи частныхъ лицъ, служащихъ, будучи въ то же время и органомъ власти, такъ сказать, уполномоченнымъ на дѣйствія въ порядкѣ управленія делегатомъ,—имѣетъ въ распоряженіи своемъ и еще и иныя средства или способы для совершенія общихъ преступныхъ дѣяній. Сообразно сему служащій можетъ учинить общее преступленіе или общими способами, или способами чисто служебными». Ср. тамъ же, стр. 63.

²⁾ Современные дивиллисты нерѣдко основываютъ отвѣтственность частныхъ лицъ на томъ, что тотъ, кто сообщилъ данную власть, долженъ отвѣчать и за злоупотребленіе ею. Ср. напр. М а т а й я, стр. 82, и С о с а к, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I. 1900 г., стр. 110.—„Wer die Macht verleiht, muss auch für deren Missbrauch einstehen“. Если наше современное правосознаніе

§ 3. *Отвѣтственность казны за законы и за законныя дѣйствія властей.*

Вопросомъ, сопредѣльнымъ съ разсматриваемымъ нами вопросомъ объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные незаконными дѣйствіями должностныхъ лицъ, является отвѣтственность казны за убытки, причиненные законными ихъ дѣйствіями, а также актами верховной государственной, или законодательной, власти.—Это вопросъ, хотя и смежный, но по существу своему совершенно другой. Вопросъ о вознагражденіи за убытки, причиненные законами или дѣйствіями чиновниковъ, согласными съ закономъ, есть вопросъ объ обязательности для государства того права, которое государство признавать таковымъ не хочетъ.

Если не становится на точку зрѣнія милости и того, въ какихъ случаяхъ ее надо, и въ какихъ случаяхъ ее не надо оказывать, то вопросъ сводится къ тому, существуетъ ли какое либо право, стоящее надъ государственною властью, такое право, которое та обязана была бы уважать и съ нимъ считаться, хотя бы того не хотѣла. А отвѣтственность казны за неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ есть вознагражденіе за такое право, которое государство, въ лицѣ дѣйствующаго законодательства, само признаетъ и нарушать запрещаетъ.

Такимъ образомъ въ первомъ случаѣ надо стать, такъ сказать, надъ государствомъ и надъ закономъ и разрѣшить вопросъ объ ихъ отношеніи къ праву, и только тогда можно научно отвѣтить на то, обязано ли государство отвѣчать за законныя дѣйствія властей. Во второмъ же случаѣ предрѣшеніе этого „транслегальнаго“ вопроса является излишнимъ, и отвѣтственность казны за незаконныя дѣйствія властей отъ этого вопроса объ отношеніи закона и государства къ праву вовсе не зависитъ.

Въ виду такого принципиальнаго различія въ постановкѣ вопросовъ объ отвѣтственности за правильныя и за неправильныя должностныя дѣйствія мы въ настоящей нашей работѣ, посвященной именно второму вопросу, на первомъ останавливаться не будемъ. Замѣтимъ лишь, что по нашему мнѣнію въ настоящее время, въ виду той полноты юридически ничѣмъ не ограниченной власти, которою обладаетъ современное государство, всѣ юридическія основанія, приводимыя въ пользу отвѣтственности казны за неправомѣрныя дѣйствія чиновни-

требуется подобной отвѣтственности отъ частныхъ лицъ, которыя своимъ органамъ не могутъ сообщать власти надъ другими людьми, для тѣхъ безусловно обязательной, и власти распоряжаться по своему усмотрѣнію чужими правами, то тѣмъ болѣе должно отвѣчать государство, сообщающее своимъ органамъ право и власть, напр. лишать обывателей свободы въ тѣхъ случаяхъ, когда эти органы сочтутъ это нужнымъ.

ковъ, не могутъ имѣть примѣненія къ отвѣтственности за законныя ихъ дѣйствія.

Разъ, что современное государство стоитъ надъ правомъ ¹⁾, то по существу дѣла, какъ намъ кажется, нельзя и говорить о томъ, чтобы при какихъ бы то ни было условіяхъ на верховной государственной власти лежала юридическая обязанность нести отвѣтственность за что бы то ни было.

Эта отвѣтственность казны не можетъ быть установлена и особымъ закономъ, или вообще какимъ либо актомъ верховной власти: если законъ 20 марта эту отвѣтственность установить, то ничто не мѣшаетъ закону или вообще какому либо акту верховной власти 21 марта, нарушающему, или, правильнѣе говоря, отмѣняющему какое либо право, постановить, что вознагражденія за него не полагается.

Что же касается юридическихъ послѣдствій, хотя бы и для государственнаго казначейства, неправильныхъ дѣйствій подчиненныхъ органовъ государственнаго управленія, то эти послѣдствія конечно устанавливаются закономъ, обязательнымъ для органовъ власти, которымъ придется разрѣшать вопросъ о послѣдствіяхъ неправильныхъ

¹⁾ См. выше, стр. 257—258. Вопросъ объ отвѣтственности казны за законныя дѣйствія, главнымъ образомъ за законодательную отмѣну правъ частныхъ лицъ, имѣеть въ Германіи громадную литературу, связывающую этотъ вопросъ съ вопросомъ о такъ называемыхъ „благопріобрѣтенныхъ правахъ“ (*wohlerworbene Rechte*), при чемъ вопросъ въ послѣднія десятилѣтія XIX вѣка ставился обыкновенно такъ: должно ли умолчаніе закона, отмѣняющаго чье либо право, разсматриваться, какъ признаніе права на вознагражденіе? И утвердительный, и отрицательный отвѣты на этотъ вопросъ имѣютъ огромное число сторонниковъ, по большей части весьма голословно высказывающихъ свое мнѣніе. Въ самое послѣднее время вопросъ объ отвѣтственности казны за законныя дѣйствія властей и за законъ началъ разсматриваться въ связи съ вопросомъ объ отвѣтственности за неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ. Съ этой точки зрѣнія выработали теорію „особой жертвы“: государство обязано вознаградить за тотъ вредъ, который несправедливо причиненъ одному лицу публичнымъ управленіемъ. Эта теорія особенно подробно развита Отто Маѣеромъ (герм.), томъ II, стр. 345—365.—Ср. Мишу, 1895, II, стр. 407, II, стр. 254—255.—Штенгель.—Теллинекъ, стр. 322 и 232.—Ср. также между прочимъ Palazzo. *Teoria della responsabilità civile dello stato per gli atti legali del potere*. 1889.—*Carlier. La République Américaine*. III. 1890. Стр. 314.—*Duguit. Études de droit public*. II. 1901. Стр. 637.—*O. Gierke. Deutsches Privatrecht...* Томъ I, стр. 191 и сл.—*Anschütz. Der Ersatz aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handlungen der Staatsgewalt*. 1897.—*Sargwey. Das öffentliche Recht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Стр. 368 и сл.—*Rehm. Статья Fiscus въ III Ergänzungsband, Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*. Стр. 96—100.—*Leyer. Expropriationsrecht*. Стр. 450 и сл.—*Roth. Bayerisches Civilrecht I*. 1871. Стр. 223 и сл.—*Förster-Eccius. Preussisches Privatrecht. I*. 1892. Стр. 77, 86, 87.—*M. Seydel. Bayerisches Staatsrecht II*. 1896 г., стр. 371.—Прив. доц. В. Гагенъ. Къ вопросу объ отвѣтственности государства за дѣйствія должностныхъ лицъ. Вѣстникъ Права. 1903 г. № 9, стр. 19—20.

дѣйствиі должностныхъ лицъ, и, что самое существенное,—такимъ закономъ, который не можетъ быть отмѣненъ этимъ неправильно дѣйствующимъ подчиненнымъ органомъ ¹⁾.

¹⁾ Это существенное различіе законныхъ и незаконныхъ дѣйствій, причиняющихъ кому либо имущественный ущербъ, повидимому не замѣчается О. Майеромъ (герм.), томъ II, стр. 359, а также всеми тѣми, кто, исходя изъ абсолютнаго характера современнаго государства вообще, отрицаетъ возможность юридической обязанности казны нести отвѣтственность за неправильныя дѣйствія властей: они упускаютъ изъ виду, что абсолютно только верховная власть, и что подчиненные органы власти стоятъ не надъ правомъ, а подъ нимъ.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Общая отвѣтственность казны за убытки, причиненные должностными лицами въ дѣлахъ публично-правовыхъ по дѣйствующему праву западно-европейскихъ государствъ.

Въ самомъ началѣ ¹⁾ книги нами было указано, что положительное право большинства европейскихъ государствъ не признаетъ, по крайней мѣрѣ въ видѣ общаго правила, отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами при осуществленіи ими полномочій власти.

Однако нѣкоторыя отступленія отъ этого существовали уже давно.

Повидимому впервые отвѣтственность казны за должностныхъ лицъ была установлена въ видѣ общаго правила въ королевствѣ Саксоніи. Согласно рескрипту отъ 18 октября 1796 г. и § 15 закона 20 іюня 1817 г., казна отвѣчаетъ въ первую голову за вредъ, причиненный должностными лицами, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бы по правиламъ гражданскаго права отвѣтственность падала на самого чиновника ²⁾. Отвѣтственность эта, на сколько можно судить по нѣкоторымъ, довольно косвеннымъ указаніямъ, носила вполне реальный характеръ ³⁾.

Затѣмъ, въ серединѣ XIX столѣтія въ нѣсколькихъ мелкихъ государствахъ были изданы законы, устанавливающіе общую отвѣт-

¹⁾ Стр. 1—3.

²⁾ Ср. *Annalen des Kgl. Sächs. Ober-Landes-Gerichts zu Dresden*, томъ VI, стр. 537—538, рѣшеніе 26 февр. 1835 г.

³⁾ *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B.*, томъ II, 1898 г. Стр. 662. Ср. напр. въ цитированныхъ выше, вын. 2, *Annalen*, въ томъ II рѣш. 3 дек. 1880 г. № 138, гдѣ казна признана отвѣтственною за опекунскія учрежденія (стр. 473), въ томъ VI, рѣш. 17 марта 1884 г. № 95 (стр. 161 и сл.),—казна отвѣчаетъ за чиновниковъ, наблюдающихъ за общественными работами; въ томъ же VI томѣ, рѣш. 26 февр. 1885 г. № 5 (стр. 535 и сл.), гдѣ нижній чинъ искалъ съ казны убытковъ за утрату трудоспособности, благодаря побоямъ унтеръ-офицера: основаніемъ иска были признаны упущенія офицеровъ, допускавшихъ подобное обращеніе съ солдатами.

ственность казны. Таковы законъ Саксенъ-Альтенбурга отъ 18 апр. 1831 г. (§ 90), Шварцбургъ-Зондерсгаузена отъ 24 сентября 1841 г. (§ 64), Мекленбургъ-Шверина отъ 23 августа 1849 г. (§ 142) и Гамбургъ отъ 11 августа 1859 г. (§ 4—5). Законы эти, какъ кажется, почти не оказали вліянія на правовое развитіе Германіи. О томъ, какъ они примѣнялись на практикѣ, намъ тоже не удалось найти никакихъ сколько нибудь опредѣленныхъ свѣдѣній ¹⁾. Да и съ точки зрѣнія законодательной техники они представляются весьма мало удовлетворительными ²⁾.

Довольно широкую постановку отвѣтственность казны получила въ баварскомъ правѣ. По отдѣльнымъ родамъ дѣлъ, напр. по депозитамъ, отвѣтственность казны была признана въ Баваріи еще въ XVIII вѣкѣ ³⁾. Съ теченіемъ времени число категорій тѣхъ дѣлъ, по которымъ закономъ установлена была отвѣтственность казны, увеличивалось. Что же касается тѣхъ дѣлъ, относительно которыхъ отвѣтственность казны не была установлена никакимъ специальнымъ закономъ, то практика до 1848 г. колебалась. Начиная же съ этого времени отвѣтственность казны признается всѣми высшими баварскими судами въ видѣ общаго правила ⁴⁾. На сколько эта практика могла быть признана соотвѣтствующею точному смыслу баварскихъ законовъ, намъ не ясно, и возможно, что съ точки зрѣнія закона болѣе правъ былъ М. Зейдель, единственный, на сколько намъ извѣстно, баварскій писатель, отрицавшій отвѣтственность казны ⁵⁾, чѣмъ практика баварскихъ судовъ, эту отвѣтственность признававшихъ.

При этомъ стоитъ отмѣтить, что казна признавалась отвѣтственною (правда лишь субсидіарно) и въ тѣхъ областяхъ Баваріи, гдѣ дѣйствовало прусское Общее Земское Право, не смотря на то, что въ самой Пруссіи оно толкуется въ томъ смыслѣ, что оно отвѣтственности казны не устанавливаетъ. Точно такъ же въ тѣхъ областяхъ королевства, гдѣ дѣйствовало французское право, баварскіе суды основывали отвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ на ст. 1384 code civil, опять таки не смотря на то, что въ самой Франціи,

¹⁾ Подробности объ этихъ законахъ можно найти у Ленинга, стр. 110—113, и у Клевица, стр. 82—83.

²⁾ Напр. относительно въ дѣйствительности мало вразумительнаго Гамбургскаго закона 1859 г. въ германской литературѣ существуетъ даже разногласіе по вопросу, чью собственно отвѣтственность онъ устанавливаетъ, кааны ли, или должностныхъ лицъ. См. по этому поводу Ленингъ, стр. 113, и Prümker въ Verhandlungen des IX deutschen Juristentags. Томъ III, стр. 36.

³⁾ Законы 26 октября 1796 г. и 6 августа 1798 г.—Штенгель, стр. 486.

⁴⁾ Штенгель, стр. 486.—Roth. Bayerisches Civilrecht. I. 1871, стр. 224.

⁵⁾ Bayerisches Staatsrecht. II издание, томъ I, стр. 699; томъ II, стр. 371; томъ III, стр. 9.

какъ мы видѣли ¹⁾, это постановленіе считается непримѣнимымъ къ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ.

Существенное измѣненіе въ положеніи вопроса объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ было создано во многихъ германскихъ государствахъ одновременно съ введеніемъ въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія.

Само германское гражданское уложеніе вовсе обошло вопросъ объ отвѣтственности казны, считая его слишкомъ близко затрагивающимъ публичное право каждаго даннаго государства ²⁾. Согласно этому, законъ о введеніи въ дѣйствіе этого уложенія ³⁾ постановлялъ, что по введеніи его остаются въ силѣ законы отдѣльныхъ государствъ объ отвѣтственности казны и самоуправляющихся единицъ за вредъ, причиненный ихъ должностными лицами при осуществленіи полномочій публичной власти. При этомъ та же статья этого закона разрѣшала отдѣльнымъ государствамъ издавать постановленія, которыя бы ограничивали отвѣтственность должностныхъ лицъ, установленную гражданскимъ уложеніемъ, но лишь на столько, на сколько эта отвѣтственность принята на себя казною или возложена на самоуправляющіяся единицы ⁴⁾.

Нѣкоторыя изъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ въ своихъ законахъ о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія ⁵⁾ приняли на себя цѣликомъ ту отвѣтственность, которая по гражданскому уложенію падала бы на чиновника, при чемъ одни государства, какъ напр. Эльзась-Лотарингія, Гессенъ, Шварцбургъ-Зондерсгаузенъ и Рейсъ Старшей Линіи установили лишь субси-

¹⁾ Штенгель, стр. 486 и 561. и Roth, цитированное выше (стр. 311, выноска 4) сочиненіе, стр. 224. Надо впрочемъ отмѣтить, что самъ по себѣ прусскій Ландрехтъ скорѣе говоритъ въ пользу отвѣтственности казны и въ дѣлахъ публично-правовыхъ, чѣмъ противъ нея (см. въ особенности ст. 75 Einleitung). Если въ Пруссіи установилась неотвѣтственность казны, то не на основаніи Ландрехта, а на основаніи аутентическаго толкованія его, даннаго въ Kabinettsordre 4 декабря 1831 г., и, вопреки истинному смыслу истолкованныхъ имъ постановленій Ландрехта, существенно ограничившаго ихъ силу. Въ Баваріи этотъ Kabinettsordre не дѣйствовалъ. Повидимому Ротъ упускаетъ это изъ виду.

²⁾ Мотивы къ E. G. z. B. G. B., стр. 185.

³⁾ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

⁴⁾ Einf.-ges. zum BGB. Artikel 77: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden, sowie die landesgesetzliche Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschliessen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet“.

⁵⁾ Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

дарную отвѣтственность казны ¹⁾, а другія государства, какъ напр. Саксенъ-Альтенбургъ, Баденъ, Баварія, Вюртембергъ, Рейссъ Младшей Линіи и Саксенъ-Кобургъ-Гота ввели отвѣтственность казны въ первую голову ²⁾.

Къ прямой отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами при осуществленіи полномочій публичной власти, повидимому переходить и Венгрія ³⁾.

Въ концѣ концовъ къ той же системѣ постепенно и неуклонно подходит и Франція. Тамъ внѣ области сдѣлокъ по государственнымъ имуществамъ ⁴⁾ казна еще недавно признавалась вовсе безотвѣтственной. Мало по малу, во второй половинѣ XIX вѣка, выработавшееся понятіе *actes de gestion*, какъ такого рода дѣйствій, которыя хотя и относятся къ государственному управленію, но по существу своему могли бы быть совершены и частнымъ лицомъ ⁵⁾, позво-

¹⁾ Таковы *Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche* Эльзаса-Лотаринги (законъ 17 Апрѣля 1899 года, § 40), Гессена (законъ 17 Іюля 1899 года, § 78), Шварцбургъ-Зондерсгаузена (законъ 19 іюля 1899 г., Art. 19, § 1) и Рейсса Старшей Линіи (законъ 26 Октября 1899 г., §§ 29 и 69). — Напр., законъ Шварцб.-Зонд.: „Wenn ein Staatsbeamter wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung seiner Amtspflicht einem Dritten nach den Vorschriften des § 839 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist, so haftet der Staat dem Dritten für den verwirkten Schaden wie ein Bürge“.

²⁾ Таковы законы: Саксенъ-Альтенбурга (A. G. z. B. G. V. 4 Мая 1899 г., § 28), Баваріи (законъ 9 Іюня 1899 г., Art. 60), Бадена (законъ 17 Іюня 1899 г., Art. 5), Вюртемберга (законъ 28 іюля 1899 г., Art. 202), Рейсса Младшей Линіи (законъ 10 Августа 1899 г., § 48) и Саксенъ-Кобургъ-Готы (законъ 20 Ноября 1899 г., § 49). — Напр. баварскій законъ: „Verletzt ein Beamter des Staates, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft dem Dritten gegenüber die im § 839 des BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder den Verband, an dessen Dienste der Beamte steht“.

³⁾ Проектъ гражданскаго уложенія 1902 г., § 1790 Abs. I. „Der Staat haftet für den Schaden, den seine Beamten in Ausübung der zu ihrem Wirkungskreise gehörenden amtlichen Verrichtungen oder unter Benützung der ihnen übertragenen Amtsgewalt durch rechtswidrige und ihre eigene Verantwortlichkeit gleichfalls begründende Handlungen dritten Personen zufügen“. — Официальный нѣмецкій переводъ.

⁴⁾ Да и то съ существенными изъятіями и ограниченіями, см. выше стр. 61—67 и 82—89.

⁵⁾ Въ качествѣ приѣма для общаго расширенія отвѣтственности казны въ области дѣлъ публично-правовыхъ, это выдѣленіе изъ этихъ дѣлъ частно-правовыхъ элементовъ и примѣненіе къ нимъ отвѣтственности казны врядъ ли можетъ быть рекомендовано. — Ср. *Enciclopedia Giuridica Italiana*, томъ XIV, часть II, выпускъ 297, стр. 176 (по поводу таможи). — *Goos und Ganssen. Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark* (въ коллекціи *Marquardsen*), стр. 95 (по поводу депозитовъ). — Мишу. 1895, II, стр. 13, 18 и 261. Тотъ принципъ, чтобы въ каждомъ данномъ правоотношеніи расчленились элементы частно-правовые и публичные, и чтобы казна отвѣчала за первые и не отвѣчала за вторые, не можетъ

лило распространить отвѣтственность и на область, приближающуюся

быть проведенъ теоретически сколько нибудь послѣдовательно, а на практикѣ послѣдовательное и точное проведеніе этого принципа повело бы не къ расширенію отвѣтственности казны, а къ ограниченію ея. Теоретически эта постановка вопроса могла бы быть принята только въ томъ случаѣ, еслибы дѣйствія фискальныя и дѣйствія по осуществленію власти были по природѣ своей различны, и существовало какое либо логическое основаніе въ пользу того, чтобы за убытки, причиненные должностными лицами при осуществленіи публичной власти, казна не могла отвѣчать, и въ пользу того, что она должна отвѣчать за убытки, причиненные хозяйственными дѣйствіями чиновниковъ. Но вѣдь такого основанія нѣтъ. Другимъ необходимымъ условіемъ для того, чтобы эта теорія, какъ теорія, могла быть признана состоятельной, является возможность расщепленія въ дѣйствіяхъ чиновниковъ элементовъ частно-правовыхъ и публичныхъ. Но на дѣлѣ они тѣснѣйшимъ образомъ амальгамированы другъ съ другомъ. Практически послѣдовательное проведеніе этой теоріи, еслибы она могла быть послѣдовательно проведена, привело бы не столько къ установленію отвѣтственности въ нѣкоторыхъ дѣлахъ властнаго характера, сколько къ умаленію нынѣ существующей отвѣтственности въ дѣлахъ по управленію казеннымъ имуществомъ: элементы власти примѣшиваются къ каждому даже и типическому случаю правоотношенія казны, какъ юридическаго лица гражданскаго права. Если экзекуторъ даннаго департамента покупаетъ чернила по приказанію директора, то тутъ уже есть элементъ служебнаго подчиненія. Если же данное распоряженіе какого либо хозяйственнаго органа казны было обжаловано ея контрагентомъ по начальству, то властные элементы выступили во всей своей чистотѣ: отношенія этого органа къ начальству — это такія отношенія, въ которыхъ начальственнаго элемента отрицать нельзя.

Поэтому для тѣхъ странъ, въ которыхъ установилось ученіе о фискѣ, какъ государствѣ-юридическомъ лицѣ, подчиненномъ во всѣхъ своихъ дѣлахъ общимъ нормамъ гражданскаго права, цѣлесообразнѣе всего держаться того начала, что отвѣтственность или неотвѣтственность казны должна опредѣляться общимъ характеромъ всего даннаго правоотношенія въ его цѣломъ. Если это правоотношеніе публичное, то (до поры до времени) казна должна признаваться не отвѣтственной даже и за тѣ дѣйствія, которыя, ваятыя сами по себѣ, внѣ этого правоотношенія, могли бы быть признаны частно-правовыми. Въмѣстѣ съ тѣмъ, если все данное правоотношеніе въ его цѣломъ, — напр. казенный подрядъ, — есть правоотношеніе гражданское, то казна должна отвѣчать и за такія дѣйствія должностныхъ лицъ по исполненію этого договора, которыя, сами по себѣ ваятыя, должны были бы быть признаны публично-правовыми.

Для французскаго права — другое дѣло. Тамъ понятіе фиска получило столь узкое толкованіе и примѣненіе, что признаніе того положенія, что вопросъ о публичномъ или гражданскомъ характерѣ каждаго дѣйствія органовъ государства долженъ обсуждаться особо, ни къ какому умаленію отвѣтственности казны привести не можетъ.

Поэтому для французовъ понятіе *acte de gestion*, какъ такого дѣйствія администраціи, которое могло бы быть совершено и частнымъ лицомъ, и за которое казна должна отвѣчать, приводитъ на практикѣ лишь къ расширенію отвѣтственности казны. Въмѣстѣ съ тѣмъ, къ этому понятію *acte de gestion*, какъ къ чему то выработавшемуся постепенно, практикою, самою жизнью, не предъявляютъ тѣхъ требованій послѣдовательности и теоретической законченности, которымъ должно удовлетворять каждое научное построеніе.

къ дѣламъ публичнымъ ¹⁾. Но еще въ 1886 г. Отто Майеръ могъ писать, что казна вовсе не отвѣчаетъ въ дѣлахъ полицейскихъ и въ дѣлахъ судебныхъ ²⁾. Однако постепенное расширеніе понятія *acte de gestion publique*, тенденція административныхъ судовъ усматривать этого рода акты и въ дѣятельности чисто полицейской, въ дѣятельности, по нашимъ представленіямъ (и по прежнимъ французскимъ) кажущейся чистымъ осуществленіемъ публичной власти, привело къ тому, что уже въ настоящее время Оріу находятъ то положеніе, что казна не отвѣчаетъ въ дѣлахъ полицейскихъ, неправильнымъ: если въ данной дѣятельности полиціи имѣются элементы *acte de gestion*, то за убытки, ими причиненные, казна отвѣчаетъ ³⁾. Что касается судей, то въ настоящее время, съ изданіемъ закона 8 іюня 1895 г. о вознагражденіи жертвъ судебныхъ ошибокъ ⁴⁾, и за эти ошибки казна оказалась отвѣтственной, и такимъ образомъ отпала послѣдняя область, въ которой отвѣтственность казны принципиально отрицалась.

Такимъ образомъ, въ настоящее время и Францію также можно признать перешедшею къ системѣ общей отвѣтственности казны съ нѣсколькими лишь, и при томъ постепенно суживающимися изъятіями ⁵⁾.

Но помимо тѣхъ государствъ, въ которыхъ устанавливается отвѣтственность казны въ видѣ общаго правила, имѣется рядъ государствъ, гдѣ расширеніе отвѣтственности казны происходитъ путемъ распространенія ея отдѣльными законами на отдѣльные виды дѣлъ.

Обратимся къ разсмотрѣнію этихъ законовъ.

¹⁾ О. Майеръ (фр.), стр. 421.

²⁾ См. выше, стр. 83—87.

³⁾ Оріу, стр. 249.

⁴⁾ *Loi sur la revision des procès criminels et correctionnels et les indemnités aux victimes des erreurs judiciaires.*

⁵⁾ Остается безотвѣтственность казны въ области такъ называемыхъ *actes de gouvernement*. Но это такіа дѣла, въ которыхъ проявляется верховная государственная власть, за дѣйствія которой по самому существу современнаго государства отвѣтственность невозможна.

ГЛАВА ОДИННАДАТАЯ.

Нѣкоторые особенные случаи отвѣтственности казны въ дѣйствующемъ правѣ западно-европейскихъ государствъ.

§ 1. Отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ.

Помимо разсмотрѣнныхъ нами общихъ законовъ объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, почти повсемѣстно существуютъ спеціальныя постановленія, въ силу которыхъ казна несетъ отвѣтственность за какіе либо спеціальные случаи убытковъ.

Изъ этихъ спеціальныхъ случаевъ наибольшаго вниманія заслуживаетъ отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ: на этомъ случаѣ весьма отчетливо сказалась смѣна тѣхъ взглядовъ, которые вообще господствовали по вопросу объ отвѣтственности казны.

Римское право не знало отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ, внесенныхъ въ суды или какія либо другія присутственныя мѣста¹⁾. Германское право²⁾,—и законодательство, и судебная практика,—приблизительно до половины XVIII вѣка—тоже. Съ половины XVIII вѣка уже встрѣчаются судебныя рѣшенія, въ которыхъ признается отвѣтственность казны³⁾.

Германскія законодательства конца XVIII вѣка, не смотря на то, что практика становилась все категоричнѣе, колебались, и нѣмецкіе

¹⁾ Ленингъ, стр. 44 и 132.

²⁾ Во Франціи вопроса объ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ не возникаетъ, такъ какъ тамъ казна депозитовъ не принимаетъ. Депозиты могутъ вноситься во Франціи не въ казенныя установленія, а лишь въ особое учрежденіе, *caisse des dépôts et consignations*, являющееся особымъ отъ государства юридическимъ лицомъ. — Законъ 28 апрѣля 1816 г. — См. напр. *Oriu*, стр. 484. — Поэтому тамъ всѣ расчеты ведутся помимо казны. — Въ Италіи закономъ 17 мая 1863 г. учреждена аналогичная *cassa dei depositi e prestiti*, но при ея учрежденіи казна приняла на себя гарантію за нее. В *russa. Das Staatsrecht des Königreichs Italien* (въ коллекціи *Marquardsen*, томъ IV, первый полутомъ, отдѣленіе VII), 1892 г., стр. 308. Случаевъ, когда бы къ этой гарантіи пришлось прибѣгнуть, конечно, не было.

³⁾ Ленингъ, стр. 45, выноска 1. — *O. Gierke, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. 1887. Стр. 787, выноска 1.

наследователи цитируют по отношенію къ этой эпохѣ какъ такіе законодательные акты, въ которыхъ отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ признается ¹⁾, такъ и такіе, которые эту отвѣтственность возлагаютъ на должностныхъ лицъ, виновныхъ въ небрежномъ храненіи или неправильной выдачѣ ²⁾.

Позднѣйшая судебная практика на столько твердо стояла на томъ, что казна должна отвѣчать за сохранность депозитовъ, что не смотря на то, что вообще обычное право и судебная практика не признаются источниками нѣмецкаго административнаго права ³⁾,—по отношенію къ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ законодательство лишь восприняло прочно установленную обычно-правовую норму ⁴⁾.

При этомъ законы начала тридцатыхъ годовъ ⁵⁾ устанавливали лишь субсидіарную отвѣтственность казны. Непосредственно отвѣтственными передъ собственникомъ депозита такимъ образомъ признавались должностныя лица, растратившія депозитъ, или выдавшія его неподлежащему лицу. Объ отвѣтственности государства вопросъ могъ возникнуть лишь послѣ того, какъ попытка взыскать растраченное съ самого чиновника обнаружила бы его несостоятельность къ покрытію упадающаго на него взысканія. Самое основаніе отвѣтственности казны, или какъ въ ту эпоху еще иногда выражались, — государя,—усматривали въ упущеніи самого государя, не досмотрѣвшаго неправильностей въ храненіи депозита ⁶⁾. При этомъ выражали еще

¹⁾ Гессенъ-Кассельская Verordnung 11 октября 1776 г., баварскія Depositenordnungen 24 октября 1796 г. и 9 июля 1802 г.

²⁾ Напр., прусская Depositenordnung 15 сентября 1783 г., или Depositalordnung Липпе-Детмольда 12 марта 1789 г.—См. о нихъ Ленингъ, стр. 45, выноски 2 и 3, и Roth. Bayerisches Civilrecht. I. 1871, стр. 225, выноска 34.

³⁾ О. Майеръ (герм.), томъ I, стр. 130—134.—Клевицъ, стр. 95, вын. I.

⁴⁾ О. Майеръ (герм.), томъ II, стр. 350, вып. 7.—Клевицъ, стр. 95, вын. 1.—Ленингъ, стр. 133.—O. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887. Стр. 795—796.—Въ австрійскомъ правѣ, знающемъ двоякаго рода депозиты: въ судебныя и въ административныя (политическія) установленія, законодательной регламентаціи подверглась отвѣтственность казны лишь за сохранность судебныхъ депозитовъ (законъ 12 іюля 1872 г. R. G. Bl. Nr. 112), по отношенію же къ депозитамъ, внесеннымъ въ административныя установленія, отвѣтственность казны была установлена практикою судовъ (см. Duschenev, Belzky und Varetz. Oesterreichisches Rechts-Lexicon. Томъ II. 1895. Стр. 111—112) и такимъ образомъ появилась помимо закона.

⁵⁾ Мекленбургская Depositalordnung 20 сентября 1834 и Саксенъ-Мейнингенскій законъ 29 марта 1833 г.—Ср. Ленингъ, стр. 133, выноска 3.—Австрійское законодательство стояло на точкѣ зрѣнія субсидіарной отвѣтственности казны за депозиты вплоть до самой эпохи конституціонныхъ реформъ. О субсидіарной отвѣтственности также говоритъ еще и австрійскій законъ 12 марта 1859 г.—Ср. Клевицъ, стр. 86—87.

⁶⁾ Таковую конструкцію, по словамъ Ленинга, стр. 133, выноска 2, даютъ

и то требованіе, чтобы эта обязанность государя присматривать за чиновникомъ была прямо принята имъ на себя ¹⁾).

Загѣмъ въ теченіе XIX вѣка въ отдѣльныхъ государствахъ Германіи было издано значительное число законовъ, которыми признавалась отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ, при чемъ казна отвѣчала уже не субсидіарно, а въ первую голову ²⁾).

Всѣми этими законами отвѣтственность казны разсматривалась, какъ отвѣтственность передъ третьими лицами за убытки, причиненные имъ упущеніями должностныхъ лицъ. Эта же точка зрѣнія на существо юридическихъ отношеній по поводу растраты депозитовъ господствовала и въ юридической германской литературѣ 60-хъ, 70-хъ и 80-хъ годовъ.

Такъ напр., Цахаріэ находитъ ³⁾, что отвѣтственность казны возникаетъ вслѣдствіе неправильныхъ дѣйствій или упущеній чиновника, и что поэтому казна не отвѣчаетъ, если объектъ обязательства погибъ случайно или вслѣдствіе непреодолимой силы. Точно такъ же и Ленингъ ⁴⁾ конструируетъ отвѣтственность, какъ отвѣтственность за culpa или dolus представителей государства.

Такимъ образомъ исключалась возможность отвѣтственности казны за такого рода дѣйствія чиновниковъ, которыя не заключали въ себѣ признаковъ вины или умысла, а также и за случайную гибель депозита. Такая постановка вопроса была вполне согласна съ конструкціею публичнаго или судебного депозита, какъ договора поклада, depositum, заключаемаго обывателемъ съ государствомъ черезъ посредство чиновника, какъ представителя или органа государ-

Bülow und Nagemann, — Practische Erörterungen. 1804, томъ IV, стр. 268, — которые отрицаютъ отвѣтственность казны въ тѣхъ случаяхъ, когда der Regent очевидно никакого упущенія не совершилъ. Они находили, что „bei Deposition setze man sein ganzes Vertrauen nicht allein auf den Richter, sondern vorzüglich auf den Landes- und Gerichtsherrn“. Цахаріэ, стр. 597. — Вообще же, какъ свидѣлствуютъ Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 1892, томъ I, стр. 552, отвѣтственность казны въ то время старались обосновать упущеніемъ государства, вѣрнѣе того же Regent'a, при назначеніи чиновниковъ, хранящихъ депозиты (culpa in eligendo).

¹⁾ Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht 1829, стр. 162, признаетъ отвѣтственность казны „für rechtswidrige Handlungen der... Depositärverwalter, — sofern eine unbedingte Garantie oder eine bestimmte Controle übernommen und diese vernachlässigt worden ist“. — Этотъ взглядъ не стоялъ одиноко, ср. Цахаріэ, стр. 597, выноска 1.

²⁾ Перечень этихъ законовъ можно найти у Ленинга, стр. 133, выноска 3. и у Клевица, стр. 83, выноска 4. — Ср. Цахаріэ, стр. 647.

³⁾ Цахаріэ, стр. 627 и 629.

⁴⁾ Ленингъ, стр. 132. По поводу Ленинга ср. Клевица, стр. 95 вын. I. — Повидимому, сторонникомъ разсматриваемаго взгляда является и Siebenhaar. Ср. напр. Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. Томъ I. 1869. Стр. 97.

ства. Но такой выводъ находился въ непримиримомъ противорѣчїи съ существомъ, съ житейскою цѣлью и со всѣмъ смысломъ публичнаго депозита. Если казна приняла отъ васъ извѣстную сумму для того, чтобы по наступленїи извѣстнаго условїя или по истеченїи извѣстнаго срока выдать ее вамъ или указанному вами лицу, то для вашихъ взаимныхъ отношенїй совершенно безразлично, случайно или не случайно пропали эти деньги въ то время, какъ онѣ находились у того или другого должностнаго лица. Если по общимъ началамъ гражданскаго права случайная гибель вещи освобождаетъ отъ его обязанности того, кто былъ обязанъ передать ее третьему лицу ¹⁾, то къ публичному депозиту это положенїе примѣнено быть не можетъ. Поклажеприниматель не навязываетъ вамъ принудительно своихъ услугъ, не имѣетъ права требовать, чтобы вы непременно ему отдали на сохраненїе свои деньги. Казна нерѣдко устанавливаетъ подобное правило: опекунъ не можетъ держать у себя капиталовъ опекаемыхъ, но долженъ передать ихъ въ опекунское учрежденїе. Если законъ устанавливаетъ подобныя требованїя, если онъ внесенїе денегъ въ судъ депозитомъ на имя Сидора приравниваетъ платежу, произведенному этому Сидору, то это можетъ быть допущено только въ томъ предположенїи, что въ казнѣ эти деньги дѣйствительно будутъ сохранены и дойдутъ по назначенїю ²⁾. Въ этого предположенїя значительная часть постановленїй закона, разрѣшающихъ судебные депозиты или требующихъ ихъ, была бы лишена всякаго разумнаго основанїя.

Къ тому же по самому существу дѣла при храненїи судебныхъ депозитовъ врядъ ли можно говорить о случаѣ или о непреодолимой силѣ. Государство — это не простой поклажеприниматель, у котораго и чужое имущество подвержено тѣмъ же рискамъ, что и собственное имущество каждаго частнаго человѣка. Если непреодолимая сила устриваетъ отвѣтственность пароходныхъ предпрїятїй или желѣзныхъ дорогъ, хотя бы и казенныхъ, то на это имѣются основанїя, не примѣнимыя къ храненїю депозитовъ правительственными установленїями: тамъ влїянїе, всякихъ случайностей, возможность дѣйствїя приводящихъ силъ, при современномъ положенїи техники дѣйствительно непреодолимыхъ, вытекаетъ изъ самого существа желѣзнодорожныхъ или пароходныхъ предпрїятїй. При храненїи судебныхъ депозитовъ, сколько нибудь правильно поставленномъ, всякія случайности и дѣйствїе непреодолимыхъ силъ могутъ быть доведены до нуля: казна

¹⁾ См. напр. Баронъ. Система римскаго гражданскаго права. Перев. проф. Петражицкаго. Выпускъ III. 1899. Стр. 80—81, 149.—*Degnburg. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts.* II. 1889. Стр. 255—256.

²⁾ См. резонныя мысли по этому поводу у того же Цахарїа. Стр. 629.

имѣть на это возможность: гдѣ вихри бываютъ сильныя, строй зданія крѣпче; гдѣ случаются землетрясенія, держи въ подвалахъ; гдѣ разбойники есть, приставь стражу.

Но пусть даже извѣстная доля случайностей остается неустрашенной. И тогда нѣтъ основанія возлагать послѣдствія ея на собственника депозита, а не на казну: если отъ опекуна можно требовать, чтобы онъ не хранилъ денегъ опекаемыхъ у себя въ несгораемомъ шкафу, а передалъ ихъ въ опекунское установленіе, если отъ кредитора можно требовать, чтобы онъ самый фактъ внесенія денегъ въ судъ признавалъ уплатою ему, то только потому, что существуетъ абсолютная увѣренность, что деньги эти дойдутъ по назначенію. Словомъ, ограниченіе отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ, хотя бы то ограниченіе, что казна отвѣчаетъ только за вину и умыселъ чиновниковъ и не отвѣчаетъ за случай и за непреодолимую силу, противорѣчитъ самому существу и житейскому смыслу депозитовъ вообще.

Мало того, что эта конструкція депозита противорѣчитъ нашему ¹⁾ пониманію цѣли этого института, она противорѣчитъ и установившейся во многихъ государствахъ судебной практикѣ ²⁾ и, наконецъ, постановленіямъ положительныхъ законовъ, почти повсемѣстно признающихъ безусловную отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ т. е. отвѣтственность, не зависящую отъ наличности вины чиновниковъ, которымъ было поручено храненіе депозита.

Во вторыхъ, еслибы отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ была только отвѣтственностью за чиновниковъ, какъ представителей государства, какъ юридическаго лица, то она могла бы быть только отвѣтственностью субсидіарною, но не отвѣтственностью въ первую голову, по крайней мѣрѣ безъ прямого о томъ постановленія закона. Поэтому была бы недопустима практика всѣхъ тѣхъ судовъ, которые безъ такого постановленія въ законѣ признавали непосредственную прямую отвѣтственность казны.

Приемомъ, дающимъ, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, юридическое основаніе для прямой и безусловной отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ, является включеніе въ законъ того постановленія, что внесенные депозиты становятся собственностью казны. При наличности подобнаго постановленія государство, въ качествѣ хозяина, *qui sentit casum*, несетъ на себѣ рискъ всего того, что слу-

¹⁾ Не нашему лично, а пониманію всѣхъ тѣхъ, кто за послѣднее время писалъ о депозитахъ. Ср. напр. Roth, Bayerisches Civilrecht. Томъ I. 1871. Стр. 225.

²⁾ См. напр. цитированное въ предыдущей выноскѣ сочиненіе Рота и приведенныя у него на стр. 225, въ выноскѣ 36 рѣшенія баварскихъ судовъ. Ср. также практику другихъ судовъ у Stobbe. Deutsches Privatrecht III, стр. 560, выноски 48.

чайно или по винѣ должностныхъ лицъ можетъ приключиться съ депозитомъ; отношенія государства къ тому, кто имѣетъ получить депозитъ, принимаютъ въ такомъ случаѣ характеръ отношеній должговыхъ, вытекающихъ изъ договора займа ¹⁾.

Эта точка зрѣнія, по крайней мѣрѣ по отношенію къ депозитамъ, внесеннымъ въ административныя учрежденія, была отчетливо выдвинута прусскимъ закономъ 14 марта 1879 г. ²⁾.

Со времени этого закона въ Пруссіи юридическимъ основаніемъ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ слѣдовало бы считать не отвѣтственность казны, какъ юридическаго лица, за дѣйствія третьихъ лицъ—чиновниковъ, а лишь исполненіе непосредственно на ней лежащаго обязательства уплатить данную сумму денегъ ³⁾. Коль скоро казна приняла на себя обязательство уплатить извѣстную сумму денегъ данному лицу, то для этого лица и для его отношеній съ казною совершенно безразлична судьба тѣхъ или иныхъ денежныхъ знаковъ, которые были внесены вкладчикомъ: утрата ихъ, присвоеніе ихъ какимъ либо чиновникомъ, неподлежащая выдача третьему лицу,— всѣ эти факты никакъ не могутъ отразиться на существѣ обязательства между казною и вкладчикомъ; и практически дѣло свелось къ тому, что казна стала отвѣчать не только за вину чиновника, но и за случай, и даже за непреодолимую силу.

Эта столь удобная ⁴⁾ конструкція была, такъ сказать, рекомендована отдѣльнымъ государствамъ Германіи статьею 145 закона о введеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія ⁵⁾. Этою статьею отдѣльнымъ государствамъ Германіи между прочимъ „предоставляется право постановлять, что внесенныя депозитомъ деньги и цѣнныя бумаги поступаютъ въ собственность государства съ обязательствомъ для него вернуть ихъ“ ⁶⁾.

¹⁾ Förster-Eccius. Preussisches Privatrecht, I (1892), стр. 552. „Bei der gerichtlichen Depositverwaltung nach der Depositordnung haftete der Staat für die s. g. culpa in eligendo, während derselbe jetzt nach dem Hinterlegungsgesetz vom 14. März 1879 in ein Vertragverhältniss mit dem Hinterlegenden tritt.“

²⁾ Hinterlegungsordnung, § 7.

³⁾ H. Dernburg. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Томъ II (1889), стр. 252.—Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, томъ I (1892), стр. 552.—Spiez, въ Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Ergänzungsband I, стр. 99.

⁴⁾ Она удобна не только съ точки зрѣнія расчетовъ казны со вкладчикомъ; она также до чрезвычайности упрощаетъ и счетное дѣлопроизводство, и самое храненіе суммъ, устраняя необходимость храненія каждой суммы особо.

⁵⁾ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

⁶⁾ „Die Landesgesetze können... vorschreiben, dass die hintergelegten Gelder und Werthpapiere gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung in das Eigenthum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen.“

Многія государства Германіи дѣйствительно воспользовались этимъ предоставленнымъ имъ правомъ и включили соотвѣтственныя постановленія въ свои законы о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія ¹⁾ или въ одновременно съ нимъ изданные спеціальныя законы о публичныхъ депозитахъ ²⁾.

Сама по себѣ эта конструкція депозита, получающая, по крайней мѣрѣ въ германскомъ законодательствѣ, столь широкое распространеніе, вполне допустима. Законъ можетъ постановить, что предметы, вносимые депозитомъ, въ особенности столь замѣнимые предметы, какъ деньги ³⁾, поступаютъ въ собственность государства, которое обязуется въ свое время выплатить данному лицу соотвѣтствующую сумму. Отъ такой постановки вопроса это лицо ничуть не страдаетъ, пожалуй даже и выигрываетъ, потому что она и фактически, и юридически приводитъ къ безусловной отвѣтственности казны.

Но въ этомъ переходѣ къ государству права собственности на внесенныя вещи нельзя видѣть единственнаго юридическаго основанія безусловной отвѣтственности казны, во всякомъ случаѣ въ немъ нельзя видѣть дѣйствительно жизненнаго основанія этой отвѣтственности.

Истиннымъ жизненнымъ основаніемъ этой отвѣтственности казны является необходимость предоставить нѣкоторымъ суммамъ столь полную гарантію, на какую только способны право и государство. Для этой цѣли, если она признана закономъ, совершенно безразлично, про-

¹⁾ Ausführungsgesetze или Ausführungsverordnungen zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Напр. Саксонская Verordnung zur Ausführung einiger mit dem B. G. B. zusammenhängender Gesetze 24 іюля 1899 г. § 103.

²⁾ Напр. Гессенъ. Verordnung die gerichtliche Hinterlegung betreffend 19 авг. 1899 г. § 5.—Мекленбургъ-Шверинъ. Verordnung 9 апрѣля 1899 г. betreffend das Hinterlegungswesen. § 5.—Любекъ. Hinterlegungsordnung 20 мая 1899 г. § 17.—Брауншвейгъ. Gesetz über Hinterlegungswesen 12 іюня 1899 г. § 6.—Гамбургъ. Hinterlegungsordnung 14 іюля 1899 г. § 11.—Бременъ. Hinterlegungsordnung 18 іюля 1899 г. § 12.—Гессенъ. Verordnung die gerichtliche Hinterlegung betreffend 19 августа 1899 г. § 5.—Саксенъ-Кобургъ-Гота. Hinterlegungsordnung 23 октября 1899 г. § 6.—Эльзасъ-Лотарингія. Gesetz, betreffend das Hinterlegungswesen, 1 ноября 1899 г. § 4.—Таковъ же порядокъ храненія депозитовъ въ Баденъ. См. статьи Schenkela въ I Ergänzungsband'ѣ къ Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts III т е н г е л я стр. 111.

³⁾ Цитированные выше (выноски 1 и 2) законы говорятъ, что въ собственности государствъ переходятъ только внесенныя депозитомъ деньги, причемъ нѣкоторые изъ этихъ законовъ дѣлаютъ ту оговорку, что это постановленіе относится только къ kassenmässigem Geld (Саксонія), или только къ деньгамъ, состоящимъ изъ денежныхъ знаковъ Германской имперіи, Reichswährung (Бременъ: или только къ такимъ деньгамъ, которыя имѣютъ хожденіе въ государствѣ—не ausser Kurs gesetzte Landesmünzen и не иностранныя деньги—(Гамбургъ)).

была ли данная сумма денег нѣкоторое время собственностью казны, или не пробывла,—быль ли такой моментъ, въ теченіе котораго право собственности даннаго лица на данную сумму обращено было въ право требованія. Не ради этой метаморфозы обезпечиваются капиталы малолѣтнихъ.

Не являясь жизненнымъ основаніемъ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ, переходъ ихъ въ собственность государства не является и единственнымъ юридическимъ основаніемъ этой отвѣтственности. Вполнѣ достаточнымъ юридическимъ основаніемъ, и при томъ основаніемъ, вытекающимъ изъ самого существа возникающаго отношенія, является то, что извѣстная вещь поступила въ обладаніе органовъ правительства именно съ тѣмъ, чтобы быть навѣрное выданной опредѣленному лицу: пока она не выдана ему, отношеніе не ликвидировано; если вещь погибла, то замѣнимая вещь должна быть замѣнена, незамѣнимая возмѣщена денежнымъ эквивалентомъ. Та жизненная цѣль, которой служитъ договоръ, заключаемый казною, принимающею депозитъ, требуетъ его сохранности, совершенно независимо отъ того, внесенъ ли депозитъ звонкою монетою или именными паями какого либо товарищества.

И положительное право въ настоящее время отнюдь не связываетъ отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ съ тѣмъ, считаются ли они временно перешедшими въ собственность казны, или не считаются. И въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ подобнаго перехода собственности не установлено, казна все таки отвѣчаетъ: это установлено либо закономъ, либо твердо опредѣлившеюся практикою. И напр. Баварія,—государство, законодательство котораго ранѣе другихъ признало отвѣтственность передъ собственникомъ депозита лежащую не на чиновникѣ, его растратившемъ, а на казнѣ и до ¹⁾, введенія въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія не обращало вносимыхъ денежныхъ депозитовъ въ собственность казны и требовало, чтобы каждый депозитъ хранился особо и возвращался по принадлежности *in natura* ²⁾, не обращаетъ ихъ въ собственность казны и теперь ³⁾, и не смотря на то, признаетъ отвѣтственность казны въ самомъ широкомъ и безусловномъ видѣ ⁴⁾. Точно такъ же не содержать постановленія о переходѣ депозита въ собственность казны, но устанавливають безусловную

¹⁾ Въ Баваріи отв. казны за сохранность депозитовъ установили *Verordnungen* 26 октября 1796 г., 6 августа 1798 г. и 9 июля 1802 г.—См. Штенгель, стр. 486.

²⁾ См. статью *Stengel* въ издаваемомъ имъ *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Ergänzungsband I*, стр. 106.

³⁾ *Königliche Allerhöchste Verordnung das gerichtliche Hinterlegungswesen betreffend* 18 декабря 1899 г. § 8.

⁴⁾ См. выше, стр. 320 вын. 2.—Ср. Штенгель, стр. 486.

отвѣтственность ея за цѣлость депозита: законодательство Италіи ¹⁾, венгерскій проектъ гражданскаго уложенія ²⁾ и тѣ государства Германіи, которыя, подобно Баваріи, не устанавливаютъ этого перехода депозитовъ въ собственность казны ³⁾.

Поэтому отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ нельзя ни связывать съ переходомъ депозитовъ въ собственность казны, ни тѣмъ болѣе обусловливать этимъ переходомъ. Эта конструкція даетъ осязательное и несомнѣнное основаніе къ тому, чтобы казна несла безусловную отвѣтственность, но даетъ основаніе, вытекающее не изъ существа отношенія между казною и вкладчикомъ, а изъ нѣкагого привходящаго и при томъ случайнаго, не постояннаго условія.

Но самое слабое мѣсто господствующей теоріи заключается въ томъ, что она ищетъ какого то договора между государствомъ и вкладчикомъ депозита.

Заключеніе договора предполагаетъ согласіе двухъ „воль“, если не относительно содержанія будущаго правоотношенія между сторонами, то по крайней мѣрѣ относительно самаго факта его наступленія. Уже и тотъ договоръ, относительно самаго содержанія котораго „воль“ сторонъ не предоставлено ни самомалѣйшей свободы, въ корнѣ расходится съ нашими основными представленіями о договорѣ вообще. Но такая сдѣлка, которую одна изъ сторонъ по закону обязана совершить, а тѣмъ болѣе такая, которую совершить обязаны обѣ стороны, ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть подведена подъ установившееся представленіе о договорѣ. Приемъ новобранцевъ никому не придетъ въ голову разсматривать, какъ договоръ, заключаемый государствомъ съ каждымъ поступающимъ на службу.

То же и при депозитѣ: въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ разрѣшаетъ внесеніе депозита, подлежащее должностное лицо обязано его принять. Ни его собственная воля, ни представляемая имъ воля государства тутъ не при чемъ. Когда чиновникъ, завѣдующій казеннымъ домомъ, нанимаетъ для него дворника, онъ дѣйствительно

¹⁾ Enciclopedia Giuridica Italiana. Томъ XIV, часть II, выпускъ 297, стр. 176. Впрочемъ относительно Италіи слѣдуетъ принять во вниманіе оговорку, сдѣланную на стр. 316, вын. 2.

²⁾ Проектъ 1902 г. § 1790. По этому проекту по общему правилу казна отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, когда возможна отвѣтственность самого чиновника. Въ видѣ изъятія постановлено, что при судебныхъ депозитахъ „ist der Staat für den durch sachlich unrichtige behördliche Verfügung verursachten Schaden auch dann haftbar, wenn den betreffenden Beamten selbst keine Verantwortlichkeit trifft.“ Цитируемъ по официальному нѣмецкому переводу.

³⁾ Исключеніе представляетъ, на сколько намъ извѣстно, лишь Рейссъ Старшей Линіи, согласно Hinterlegungsordnung котораго (отъ 10 августа 1899 г.) казна не отвѣчаетъ за случайную гибель депозита: § 16 „Den durch Zufall entstehenden Schaden hat der Eigenthümer des hintergelegten Gegenstandes zu tragen“.

заключаетъ договоръ отъ имени казны и, какъ представитель ея, проявляетъ непринужденную волю: хочеть, нанимаетъ Сидора, хочеть, Карпа; хочеть, даетъ имъ 10 р. жалованія, хочеть, 11; хочеть, нанимаетъ съ сегодняшняго дня, хочеть, съ завтрашняго. При приѣмѣ депозита чиновникъ связанъ: если по закону депозитъ можетъ быть внесенъ, чиновникъ обязанъ его принять, обязанъ совершить всѣ установленныя формальности, и непринужденной волѣ его нѣтъ мѣста.

Еще болѣе страннымъ съ точки зрѣнія договорной теоріи депозита является тотъ случай, когда обыватель обязанъ внести деньги въ присутственное мѣсто, напр. на основаніи закона, обязывающаго къ тому опекуна. Въ такомъ случаѣ и вкладчикъ депозита, и органъ казны, его принимающій, осуществляютъ не собственную непринужденную волю, а велѣніе закона. Считать возникшія между ними отношенія договорными можно только, перевернувъ вверхъ ногами всѣ наши представленія о договорѣ.

Только въ одномъ отношеніи вкладъ и приѣмъ депозита представляютъ дѣйствительную аналогію съ договоромъ: какъ для заключенія договора требуется совершеніе сторонами извѣстныхъ дѣйствій, направленныхъ къ достиженію извѣстнаго правового результата, такъ и при депозитѣ совершаются извѣстныя дѣйствія со стороны вкладчика и со стороны чиновника: правоотношенія по депозиту возникаютъ именно въ силу этихъ дѣйствій, а не изъ самого закона. Но не всегда же дѣйствія обывателя или дѣйствія должностныхъ лицъ, направленные къ достиженію опредѣленной правовой цѣли, представляютъ дѣйствія по заключенію договора. Прописка моего паспорта въ участкѣ предполагаетъ извѣстныя мои дѣйствія, — доставленіе паспорта въ участокъ, — предполагаетъ и извѣстныя дѣйствія полицейскихъ чиновниковъ, но ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть названа договоромъ между мною и государствомъ. Поэтому и тотъ фактъ, что внесеніе депозита предполагаетъ извѣстныя дѣйствія, совершаемыя съ этою цѣлью вкладчикомъ и чиновникомъ, принимающимъ вкладъ, тоже ни въ коемъ случаѣ не можетъ являться доказательствомъ договорнаго характера возникающихъ при этомъ отношеній.

Отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ по нашему мнѣнію можно правильно объяснить себѣ, исходя лишь изъ слѣдующей конструкціи депозита: принятіе депозита есть такое правительственное дѣйствіе, которое имѣетъ своимъ юридическимъ послѣдствіемъ возложеніе на подлежащіе органы правительства: 1. извѣстныхъ обязанностей по завѣдыванію данною суммою или даннымъ предметомъ (по отношенію къ суммамъ или храненіе ихъ особо отъ другихъ суммъ, или перечисленіе и обращеніе ихъ въ собственность казны), и 2. какъ необходимый конечный результатъ—другой административный актъ: выдачу данной суммы или даннаго предмета опредѣлен-

ному лицу при наступленіи тѣхъ или другихъ условій или сроковъ. Этотъ второй актъ является необходимымъ въ томъ смыслѣ, что только ради него установленъ пріемъ депозитовъ въ казну.

При такой конструкціи отвѣтственность казны является въ сущности простымъ признаніемъ того, что никакія неправильности, совершенныя должностными лицами по завѣдыванію даннымъ депозитомъ, не устраняютъ необходимости того, чтобы данная сумма была выдана подлежащему лицу. И по скольку этотъ правительственный актъ состояться не можетъ, напр. вслѣдствіе гибели незамѣнимаго предмета, денежный эквивалентъ этого предмета долженъ быть возмѣщенъ изъ того фонда, изъ котораго покрываются всѣ вообще издержки, связанныя съ необходимостью тѣхъ или другихъ актовъ управленія, т. е. изъ казны.

Существующая на западѣ отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ является юридически обоснованною именно только по стольку, по скольку мы признаемъ безусловную необходимость того, чтобы второй актъ, выдача депозита дѣйствительно состоялась.

Конструировать эту отвѣтственность, какъ отвѣтственность за убытки, причиненныя неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, невозможно не только потому, что казна отвѣчаетъ за сохранность депозитовъ и въ тѣхъ государствахъ, гдѣ отвѣтственности казны за убытки, причиненныя должностными лицами, не существуетъ, какъ наприм. въ Пруссіи ¹⁾, но и потому, что казна отвѣчаетъ, и по существу дѣла должна отвѣчать за депозитъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда никакой неправильности никакимъ должностнымъ лицомъ не совершено.

§ 2. *Отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ ипотечныхъ учреждений.*

Другою областью, въ которой, по крайней мѣрѣ въ Германіи ²⁾, сравнительно рано установилась отвѣтственность казны, является дѣятельность ипотечныхъ учреждений.

Въ этой области судебная практика признавала казну отвѣтственною еще до того, какъ отвѣтственность эта была установлена закономъ ³⁾.

Что касается закона, то онъ началъ съ признанія отвѣтственности должностныхъ лицъ, потомъ перешелъ къ субсидіарной отвѣтствен-

¹⁾ Это затрудненіе само по себѣ и не столь еще существенно, потому что можно предположить существованіе для депозитовъ спеціальной нормы.

²⁾ Во Франціи этой отвѣтственности казны не существуетъ. Ср. *code civil art. 2108, 2197, 2198, 2202.*

³⁾ O. Gierke. *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887* Стр. 796, выноски 2.

ности казны ¹⁾, и лишь затѣмъ перешелъ къ отвѣтственности казны въ первую голову съ правомъ регресса государства къ виновному чиновнику ²⁾.

Причину, почему въ ипотечныхъ дѣлахъ установилась отвѣтственность казны, трудно видѣть въ какихъ бы то ни было специфическихъ юридическихъ особенностяхъ правоотношеній, существующихъ между государствомъ или чиновникомъ съ одной стороны и обывателемъ съ другой. По крайней мѣрѣ никѣмъ изъ сторонниковъ отвѣтственности казны за упущенія чиновниковъ въ этихъ дѣлахъ ни на какія такія специфическія особенности указываемо не было. Говорится о томъ, что въ этихъ дѣлахъ вопросъ идетъ о существенныхъ матеріальныхъ интересахъ, и что слѣдовательно имъ надо доставить дѣйствительную гарантію, говорится, что для собственниковъ и вообще для лицъ, обладающихъ вещными правами на имѣніе, исполненіе всей процедуры, требуемой существованіемъ вотчинной системы, сопряжено съ значительными неудобствами, какова напр. гласность ипотечныхъ книгъ, съ хлопотами и издержками, которыя не имѣли бы оправданія, еслибы та гарантія, которая обѣщается, могла зависѣть отъ простой ошибки каждаго чиновника; говорится, что въ пошлинахъ, уплачиваемыхъ за вотчинное производство, включена страховая премія на возмѣщеніе возможныхъ убытковъ, и т. д. Но всѣ эти соображенія въ полной мѣрѣ, безъ какихъ либо оговорокъ, примѣнимы напр. къ дѣятельности гражданскихъ судовъ, отвѣтственности за которую на казну не возлагаютъ,

¹⁾ Прусская Grundbuchordnung 5 мая 1872 г. § 29. Ср. Oberneck. Die Preussischen Grundbuchgesetze. 1896, стр. 218—220.—De n b u r g. Preussisches Privatrecht I. 479.—Такая же субсидіарная отвѣтственность казны существовала въ Баваріи (Roth. Bayerisches Civilrecht, I, 1871, стр. 225, вын. 42), въ Саксенъ-Веймарѣ (Gesetz betreffend die Führung der Grundbücher 6 мая 1839 г., § 355), въ Саксенъ-Мейнингенѣ (Gesetz betreffend die Anlage von Grund und Hypotekenbüchern 15 іюля 1862 г., Art 29), въ Саксенъ-Альтенбургѣ (Gesetz betreffend die Grund-und Hypotekenbücher § 141), въ обоихъ Мекленбургахъ: въ Мекленбургъ-Стрелицъ (Hypothekenordnung für ritterschaftliche Güter 18 октября 1848 г. § 38, Staatsbuchordnung 21 декабря 1857 г. § 52; Hypothekenordnung für ritterschaftliche Hinterlassen 3 февраля 1855 г. § 52), и въ Мекленбургъ-Шверинѣ (Ritterschaft-Hypothekar-Ordnung der Stadtbücher und die Hypothekenordnung für die wismarschen Grundstücke § 38).—Ср. К л е в и ц ъ, стр. 83.

²⁾ Такова Grundbuchordnung für das Deutsche Reich 24 марта 1897 г., § 12, вступившая въ дѣйствіе въ государствѣ Германской Имперіи съ 1 января 1900 г.—Съ этого времени всѣ законы, не признававшіе отвѣтственности казны или устанавливавшіе лишь субсидіарную ея отвѣтственность, утратили силу.—

Въ Саксоніи прямая отвѣтственность казны существовала и ранѣе того, ибо тамъ существовала общая отвѣтственность казны за чиновниковъ (обстоятельство, повидимому упущенное изъ виду составителями русскаго проекта учрежденія Вотчинныхъ установленій.—Ср. Объясненія къ этому проекту, стр. 41). Такую же отвѣтственность казны въ первую голову устанавливаетъ и проектъ венгерскаго гражданскаго уложенія (1902 г.) § 1790.

примѣнимы и къ дѣйствіямъ обыкновенныхъ нотаріусовъ, отвѣтственности за которыхъ государство почти нигдѣ на себя не принимаетъ.

Дѣйствительною причиною того, что въ дѣлахъ ипотечныхъ устанавливается отвѣтственность казны, и при томъ устанавливается иногда ранѣе, чѣмъ въ какой бы то ни было области, кромѣ отвѣтственности за сохранность депозитовъ, надо видѣть въ томъ, что самое введеніе ипотечной системы имѣетъ своею цѣлью именно доставить вотчиннымъ правамъ полную ясность, твердость и обезпеченность. Какъ при растратѣ чиновникомъ депозита, принятаго казеннымъ присутственнымъ мѣстомъ именно для того, чтобы доставить даннымъ деньгамъ полную сохранность, невозможность взыскать эти деньги съ растратившаго ихъ чиновника поражаетъ противорѣчіемъ между принимаемою на себя государствомъ задачею и практическимъ ея осуществленіемъ, такъ и убытки, которые благодаря ошибкѣ ипотечнаго учрежденія несетъ собственникъ недвижимаго имущества, поражаютъ несоотвѣтствіемъ того, что данная процедура установлена для огражденія правъ, а въ дѣйствительности является причиною ихъ нарушенія. Случай, когда правительственное установленіе является причиною убытковъ для частнаго лица, вообще нерѣдки, но съ ними такъ или иначе мирятся, потому что по общему правилу данное учрежденіе признается существующимъ для цѣлей цѣлаго, для цѣлей правительственныхъ, и въ такомъ случаѣ мирятся съ тѣмъ, что тому или другому лицу приходится приносить на алтарь отечества свое то или другое право. Но когда убытки приносятъ именно то учрежденіе, единственною цѣлью котораго является предохраненіе отъ этихъ убытковъ, то общественное мнѣніе возмущается и требуетъ, чтобы потерпѣвшій былъ удовлетворенъ. А тутъ еще, на придачу, потерпѣвшимъ въ значительномъ большинствѣ случаевъ оказывается или землевладѣлецъ, или ипотечный кредиторъ, т. е. по общему правилу лицо, принадлежащее къ правящимъ классамъ общества. Появленіе въ законѣ постановленія, ограждающаго ихъ интересы на счетъ казны, вообще вполне естественно ¹⁾.

§ 3. Ответственность казны за убытки, причиненные дѣйствіями судебныхъ учреждений.

Вопросъ объ отвѣтственности казны за судей имѣетъ весьма длинную и сложную исторію. Возникъ этотъ вопросъ на почвѣ другого вопроса: о возстановленіи правъ лицъ, приговоренныхъ къ уголовнымъ наказаніямъ, эти наказанія отбывшихъ и затѣмъ признанныхъ невинными жертвами судебной ошибки.

Тотъ поворотъ, которому въ глазахъ общества подвергается обвиненный въ уголовномъ преступленіи, физическія страданія, связанныя

¹⁾ Ср. К. Вогнак. Preussisches Staatsrecht. II. 1889, стр. 47.

съ отбытіемъ наказанія, связанный съ нимъ матеріальный ущербъ, нерѣдко сводящійся къ полному раззоренію, естественно вызываютъ напряженное общественное сочувствіе къ тому, кто оказывается отбывшимъ наказаніе, не совершивъ того преступленія, за которое былъ осужденъ, и кто такимъ образомъ является ни въ чемъ не повинною жертвою несовершенства существующаго процесса.

Весьма настоятельные голоса въ пользу необходимости того или иного удовлетворенія тѣхъ изъ приговоренныхъ къ уголовнымъ наказаніямъ, которые впоследствии признаются невинными, начали раздаваться, напр. во Франціи, еще съ XVIII вѣка. Впрочемъ, тогда возмѣщенію нравственнаго ущерба придавали большее значеніе, чѣмъ возмѣщенію ущерба чисто матеріальнаго. Нельзя однако сказать, чтобы предлагавшіяся мѣры были придуманы особенно удачно: напр. проектировалось давать оправданному медаль на бѣлой лентѣ съ надписью „признанная невинность“, или считать день оправданія патріотическимъ праздникомъ ¹⁾.

Нельзя конечно отрицать значенія того или иного возмѣщенія моральнаго вреда, причиненнаго невинному судебною ошибкою. Но вопросъ этотъ лежитъ внѣ рамокъ нашего изслѣдованія, и на немъ мы останавливаться не можемъ.

Вопросъ объ обязанности государства матеріально вознаграждать за матеріальный вредъ, причиненный неправильными судебными рѣшеніями, былъ поставленъ ребромъ въ Германіи въ срединѣ XIX вѣка.

При этомъ, какъ это ни можетъ показаться страннымъ съ перваго взгляда, вопросъ этотъ разрѣшался въ отрицательномъ смыслѣ даже и наиболѣе убѣжденными сторонниками того ученія, что государство вообще обязано вознаграждать убытки, причиненные дѣйствіями его органовъ. И отрицали отвѣтственность государства за судей не только тѣ, кто стоялъ на чисто гражданской точкѣ зрѣнія—какъ напр. Буддеусъ, Блюнчли или Цопфль ²⁾, но и представители государственныхъ теорій отвѣтственности казны, какъ напр. Геффтеръ или Пфейфферъ ³⁾, изъ болѣе позднихъ Лоранъ ⁴⁾

¹⁾ Объ этихъ вѣяніяхъ въ вопросѣ о вознагражденіи невинно осужденныхъ см. И. Я. Фойницкій, О вознагражденіи невинно къ суду привлекаемыхъ. Спб. 1884, стр. 24—36.—Ср. также Н. Н. Розинъ. О вознагражденіи лицъ, невинно привлеченныхъ къ уголовному суду. Журналъ Мин. Юстиціи. 1897 г., № 9, стр. 84—85.

²⁾ *Buddeus* въ *Rechtslexicon Weiske*. Томъ I, 1844 г., стр. 231 и сл.—*Zöpfl*, *Grundsätze des Staatsrechts*. 1856, томъ II, стр. 793.—*Bluntschli*. *Verhandlungen des VI Juristentags*. Томъ I, стр. 49.

³⁾ *Heffter*. *Beiträge zum deutschen Staats und Fürstenrecht*. 1829. Стр. 169.—*B. W. Pfeiffer*. *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*. 1828, томъ II, стр. 361.

⁴⁾ *Laurent*. *Droit civil*, томъ XX, n° 440.

или Штенгель ¹⁾). Основаніемъ для отрицанія отвѣтственности казны за убытки, причиненные судебными установленіями, являлась обыкновенно ссылка на независимость судей и на законную силу судебных рѣшеній.

Но, какъ вполнѣ резонно замѣтилъ уже Г. А. Цахаріа ²⁾, находить, что независимость судей является препятствіемъ для отвѣтственности казны, можно, будучи сколько нибудь послѣдовательнымъ, только съ точки зрѣнія теорій, понимавшихъ отвѣтственность казны за чиновниковъ, какъ отвѣтственность фюрста за его собственное упущеніе въ надзорѣ за чиновниками (*culpa in inspiciendo*). Но если понимать отвѣтственность казны, какъ отвѣтственность государства за дѣйствія его органовъ, то необходимо признать, что независимость судей является для вопроса объ отвѣтственности за ихъ дѣйствія обстоятельствомъ вполнѣ безразличнымъ: судъ органъ государственной власти; онъ существуетъ и дѣйствуетъ въ интересахъ государства, какъ цѣлаго, нуждающагося въ правосудіи; самая независимость суда вызывается потребностями правосудія, т. е. того же государства ³⁾. И по скольку та или другая неправильность можетъ обусловливаться именно независимостью судовъ, государство, установившее эту независимость именно въ своихъ интересахъ, должно нести на себѣ и невыгодныя послѣдствія этой независимости. По скольку же независимость суда не имѣетъ никакого отношенія къ сдѣланной судомъ ошибкѣ, независимость не можетъ вліять и на отвѣтственность казны.

Ссылка на непререкаемость вошедшихъ въ законную силу судебных рѣшеній является, по крайней мѣрѣ съ виду, нѣсколько болѣе серьезнымъ аргументомъ противъ отвѣтственности казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями судебныхъ установленій: пока рѣшеніе не вошло въ законную силу, оно можетъ быть обжаловано тѣмъ, чьи права оно нарушаетъ, и для иска объ убыткахъ еще нѣтъ мѣста. А коль скоро оно вошло въ законную силу, то *res judicata pro veritate habetur*, и для иска объ убыткахъ уже нѣтъ мѣста.

Но при ближайшемъ разсмотрѣніи и этотъ доводъ оказывается безусловно несостоятельнымъ: во первыхъ, убытки могутъ быть причинены не только вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ или приговоромъ, но и частнымъ опредѣленіемъ; могутъ быть причинены и предварительнымъ исполненіемъ неправильнаго, не вошедшаго еще въ законную силу рѣшенія. Наконецъ и вошедшее въ законную силу судебное рѣшеніе, и судебный приговоръ при наличности извѣстныхъ условій могутъ подлежать пересмотру, уголовное дѣло можетъ быть возобновлено.

¹⁾ Штенгель, стр. 491.

²⁾ Цахаріа, стр. 637—641.

³⁾ Ср. по этому вопросу Michoud въ *Revue de droit public* 1896 г. стр. 21.

Съ устраненіемъ этихъ двухъ соображеній, приводимыхъ противъ отвѣтственности казны за убытки, причиненные дѣйствіями судебныхъ установленій, вопросъ о принципиальной допустимости или недопустимости этой отвѣтственности свелся къ общему вопросу объ условіяхъ отвѣтственности казны, по существу своему не представляя никакихъ юридическихъ особенностей ¹⁾.

Но не представляя никакихъ особенностей съ точки зрѣнія своей юридической допустимости или недопустимости, отвѣтственность казны за судебныя установленія занимаетъ совершенно особое мѣсто по степени своей психологической настоятельности.

Невиннаго человѣка по какому либо болѣе или менѣе правдоподобному подозрѣнію хватаютъ, подвергаютъ предварительному заключенію, потомъ представляютъ на судъ, гдѣ онъ, растерянный, запуганный, оказывается не въ состояніи опровергнуть цѣпь построенныхъ противъ него, быть можетъ, и по чьему либо ложному доносу, косвенныхъ уликъ, и человѣкъ на нѣсколько лѣтъ приговаривается къ позорному, мучительному тюремному заключенію, навсегда разрушающему то матерьяльное благосостояніе, которое было достигнуто многими годами честной работы. Отъ такой картины вчужь ужасъ беретъ. И когда, въ особенности по какому либо нашумѣвшему процессу, со временемъ обнаруживается, что лицо, отбывавшее наказаніе, не было виновно въ томъ преступленіи, за которое судилось, то вполнѣ естественно всеобщее сознаніе необходимости какъ либо вознаградить невиннаго страдальца, если не за его нравственныя муки, то по крайней мѣрѣ за понесенный имъ матерьяльный ущербъ.

Такое же впечатлѣніе производитъ на культурное общество, сознающее неприкосновенность человѣческой личности, и всякое неправомѣрное лишеніе человѣка свободы.

Что же касается суда гражданскаго, то впечатлѣніе, производимое на общественное мнѣніе неправильнымъ рѣшеніемъ, гораздо менѣе рѣзко, чѣмъ впечатлѣніе, производимое неправильнымъ приговоромъ: гражданскими дѣлами вообще интересуются меньше. Всякій думаетъ, что въ этихъ гражданскихъ дѣлахъ все кляузы, придирки къ словамъ, къ запятымъ; кто въ нихъ разберетъ, кто правъ, кто виноватъ; а если съ Ивана въ пользу Петра неправильно и взыскали

¹⁾ Возможны особенности въ порядкѣ осуществленія этой отвѣтственности казны, возможны особенности и въ тѣхъ условіяхъ отвѣтственности, которыя обуславливаются отличіями въ постановкѣ судебныхъ дѣлъ, по сравненію съ административными, какъ напр. возможно то ограниченіе, что пока рѣшеніе, вошедшее въ законную силу, въ установленномъ порядкѣ не отмѣнено, не можетъ быть иска объ убыткахъ, причиненныхъ постановленіемъ этого рѣшенія. Но самый вопросъ, можетъ ли казна отвѣчать за судъ, какъ она отвѣчаетъ за администрацію, долженъ разрѣшаться на основаніи тѣхъ же соображеній.

сто рублей, такъ, во первыхъ, почему онъ самъ этого рѣшенія не обжаловаль, а во вторыхъ, пускай ихъ Иванъ ищетъ обратно съ Петра.

Этими психологическими моментами и опредѣлялась на практикѣ исторія положительныхъ законодательствъ по разсматриваемому нами вопросу ¹⁾.

Законы объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные судебными установленіями, появлялись ²⁾ обыкновенно въ видѣ серій болѣе или менѣе одновременныхъ и однохарактерныхъ законодательныхъ актовъ.

Первая изъ этихъ серій, появившаяся въ Германіи, стоитъ въ непосредственной связи съ національнымъ движеніемъ 1848 года. Въ „Имперской Конституціи“, выработанной Франкфуртскимъ Парламентомъ, въ конституціи, никогда не имѣвшей силы дѣйствующаго права, но оказавшей громадное вліяніе на развитіе правосознанія Германіи и на развитіе положительнаго публичнаго права почти всѣхъ ея государствъ, заключалось постановленіе, согласно которому въ случаѣ противозаконнаго ареста или въ случаѣ противозаконнаго продленія ареста, потерпѣвшій имѣеть право требовать вознагражденія съ виновнаго, а если это потребуетъ, то и съ государства ³⁾. Въ соотвѣтствіе съ этимъ въ цѣломъ рядѣ германскихъ государствъ были изданы законы, болѣе или менѣе точно воспроизводившіе это постановленіе Имперской Конституціи ⁴⁾.

Постановленія эти, повидимому, имѣли въ виду главнымъ образомъ административные аресты, но были редактированы въ столь общихъ выраженіяхъ, что по скольку въ тѣ времена въ германскихъ

¹⁾ Въ сравнительно болѣе позднее время въ пользу отвѣтственности казны за убытки, причиненные судебными учреждениями, высказываются иногда и принципиальные противники отвѣтственности казны вообще. Такъ напримѣръ Л е н и н г ъ, исходя изъ того, что отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, потому несправедлива, что частныя лица имѣютъ право сопротивляться неправильнымъ дѣйствіямъ чиновниковъ (см. выше, стр. 212), и признавая вмѣстѣ съ тѣмъ, что сопротивление исполненію вошедшаго въ законную силу рѣшенія по закону недопустимо, находилъ, что отвѣтственность казны за убытки, причиненные судебнымъ рѣшеніемъ, въ установленномъ порядкѣ признаннымъ неправильнымъ и отмѣненнымъ, можетъ быть оправдана *de lege ferenda* въ томъ случаѣ, если причиною неправильности является упущеніе должностныхъ лицъ. *De lege lata* Л е н и н г ъ въ 1879 г. отказывался признать эту отвѣтственность установленною германскимъ положительнымъ правомъ. Ср. стр. 125—127.

²⁾ Совершенно обособленно стоитъ тосканское уголовное уложеніе 1786 г. О немъ см. цитированную выше (стр. 329, вын. 1) работу проф. Ф о й н и ц к а г о, стр. 30.

³⁾ Основные права Германскаго народа (27 дек. 1848 г.), § 8.

⁴⁾ Баденъ, Брауншвейгъ, Ольденбургъ, Саксенъ-Альтенбургъ, Шварцбургъ-Зондерсгаузенъ, Ангальтъ-Бернбургъ, Ангальтъ-Дессау.—О нихъ см. К л е в и ц ъ, стр. 84 и 110.

государствахъ нижнія ступени уголовного суда были отдѣлены отъ полиціи, постановленія эти могли примѣняться и къ судамъ.

Приблизительно въ то же время нѣкоторые швейцарскіе кантоны издали аналогичные законы, распространивъ ихъ не только на случай противозаконнаго ареста, но и на неправильное привлеченіе къ уголовному дѣлу и на невинно осужденныхъ ¹⁾.

Затѣмъ, со второй половины 80-хъ годовъ ²⁾ слѣдуетъ вторая серія законовъ объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные судебными ошибками. Это законы разнообразнѣйшихъ государствъ, касающіеся вознагражденія невинно осужденныхъ уголовными судами ³⁾.

Всѣ эти законы ⁴⁾, по крайней мѣрѣ тѣ изъ нихъ, которые намъ удалось видѣть, представляютъ то отличіе отъ общаго типа законовъ объ отвѣтственности казны въ области отношеній публично-правовыхъ, что не ставятъ отвѣтственность казны въ зависимость отъ того или другого упущенія ея органовъ: тутъ достаточно доказать, что человѣкъ, отбывавъ наказаніе незаслуженно, и не только не требуется доказать причинную связь этой незаслуженности наказанія съ какимъ либо упущеніемъ органа правительства, но право на полученіе вознагражденія отъ казны не устраняется и въ томъ случаѣ, если причиною неправильнаго приговора явилось лжесвидѣтельство какого либо обывателя, или вообще такая обстановка дѣла, при которой судъ, дѣйствуя со всею добросовѣстностью и тщательностью, во всякомъ случаѣ впалъ бы въ ту же ошибку ⁵⁾.

¹⁾ Таковы законы кантоновъ: Ваада 1850 г., Фрибурга и Берна 1854 г. Объ этихъ законахъ см. у Розина, въ журналѣ М-ва Юстиціи, 1897 г. № 9. стр. 89.

²⁾ Опередила другія государства только Австрія со своимъ закономъ 12 іюля 1872 г.

³⁾ Женева, законъ 1 января 1885 г.; Фрейбургъ, зак. 18 ноября 1885 г.; Швеція, зак. 12 марта 1886 г.; Ааргау, зак. 7 іюля 1886 г.; Норвегія, уст. уг. суд. 1887 г.; Данія, зак. 5 апр. 1888 г.; Базель-Городъ, зак. 9 дек. 1889 г.; Австрія, зак. 16 марта 1892 г.; Португалія, зак. 17 февр. 1895 г.; Франція, зак. 8 іюня 1895 г.; Венгрія, уст. уг. суд. 1896 г.; Германія, зак. 20 мая 1898 г.—Изданію этихъ законовъ предшествовало, частью ему сопутствовало чрезвычайное оживленіе въ литературѣ по вопросу объ отвѣтственности казны передъ невинно осужденными. Этой литературѣ наука повидимому обязана первыми, и довольно неясными, намеками на теорію административнаго и судебного риска, который должно принять на себя государство. Но вообще, на сколько она намъ извѣстна, литература эта лишена принципиальнаго интереса.

⁴⁾ Кромѣ стараго австрійскаго закона 1872 г., въ этомъ отношеніи измѣненнаго закономъ 16 марта 1892 г.

⁵⁾ Таковы законы: шведскій, норвежскій и датскій, Базеля-Города, австрійскій, французскій, португальскій, венгерскій и германскій.—Таковы же, изъ законовъ предыдущей эпохи, по словамъ Н. Н. Розина (ср. выше вын. 1) законы кантоновъ Ваада и Берна.

Такимъ образомъ мы имѣемъ въ этихъ законахъ чистую отвѣтственность за вредъ, а не отвѣтственность за вину ¹⁾).

Правильно ли это со стороны закона? По нашему мнѣнію, правильно. Нарушеніе чиновниками своего служебнаго долга является только одною изъ тѣхъ многихъ причинъ, благодаря которымъ правительственныя установленія могутъ нарушать права обывателей. Если на отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями правительственныхъ учреждений, смотрѣть, какъ на средство равномерно распредѣлять тѣ убытки, которые неминуемо связаны съ самимъ функционированіемъ машины, то надо признать совершенно безразличнымъ, причинены ли убытки благодаря тому, что въ видахъ достиженія тѣхъ или иныхъ общественныхъ цѣлей отдѣльнымъ должностнымъ лицамъ поручается работа, превосходящая то, что имъ по ихъ нравственнымъ и умственнымъ силамъ можно довѣрить, и потому происходитъ нарушеніе ими ихъ служебнаго долга, или же эти убытки причинены благодаря тому, что самая задача, возложенная на правительственный органъ, получила такую постановку, что при ней случаи причиненія этимъ органомъ вреда являются практически неизбѣжными, какъ бы этотъ органъ ревностно къ своимъ обязанностямъ ни относился.

И тотъ фактъ, что по какой либо категоріи дѣлъ законодательства европейскихъ государствъ вступили на путь отвѣтственности казны за вредъ, а не за вину, съ нашей точки зрѣнія можетъ только привѣтствоваться.

И вполнѣ естественно, что этотъ видъ отвѣтственности казны получилъ наибольшее развитіе именно въ тѣхъ дѣлахъ, которыя сильнѣе всего волнуютъ общественное мнѣніе, въ дѣлахъ о лицахъ, неправильно подвергнутыхъ уголовному наказанію.

По поводу законовъ о вознагражденіи невинно осужденныхъ (терминъ „отвѣтственность казны“ даже какъ то мало и принимается къ этимъ дѣламъ) возникаетъ рядъ практическихъ вопросовъ. Остановимся на нихъ.

Прежде всего возникаетъ сомнѣніе, слѣдуетъ ли вознаграждать одинъ матерьяльный ущербъ, или же и такъ называемый нравственный, *tort moral*.

Намъ кажется, что дать общій отвѣтъ на этотъ вопросъ, отвѣтъ, пригодный для всѣхъ временъ и народовъ, нельзя. Если въ какомъ либо правѣ развито вознагражденіе за нравственный вредъ, если денежное возмѣщеніе нематерьяльныхъ убытковъ практикуется въ видѣ общаго правила, къ которому приспособились и гражданскій оборотъ, и народное правосознаніе, то дѣлать исключеніе для воз-

¹⁾ Cp. Bailby. De la responsabilité de l'Etat. 1901, стр. 177.—Hauriou. Revue de droit public. 1896, II, стр. 53, вын. 2.

награжденія невинно осужденных нѣтъ никакого резоннаго основанія. И лица, вообще сочувствующія денежному вознагражденію вреда, не поддающагося исчисленію на денежные единицы, конечно должны сочувствовать всякому проникновенію въ положительное право этого принципа.

Если же въ данномъ правѣ вознагражденіе за нематерьяльный вредъ вообще не признается, то, съ нашей точки зрѣнія, не было бы ни малѣйшаго основанія вводить это вознагражденіе именно для невинно осужденныхъ.

Другимъ вопросомъ, возникающимъ по поводу этого вознагражденія невинно осужденныхъ, является слѣдующій: имѣетъ ли право на вознагражденіе лишь тотъ, кто былъ осужденъ и затѣмъ, по возобновленіи дѣла, съ полною несомнѣнностью доказалъ свою невинность, или же и тотъ, кто былъ привлеченъ къ уголовному преслѣдованію, если затѣмъ это преслѣдованіе было прекращено за недостаткомъ уликъ, за истеченіемъ давности или по какимъ либо другимъ причинамъ, не устанавливающимъ невинности привлеченнаго. Положительныя законодательства даютъ и тотъ, и другой отвѣтъ на этотъ вопросъ ¹⁾.

Намъ кажется, что вопросъ этотъ можетъ быть разрѣшенъ на основаніи слѣдующаго соображенія: право на вознагражденіе создается тѣмъ, что человѣка зря, безъ достаточныхъ законныхъ основаній или безъ наличности необходимыхъ объективныхъ данныхъ, таскали по допросамъ, держали въ предварительномъ заключеніи, сажали на скамью подсудимыхъ, держали потомъ въ тюрьмѣ, тѣмъ отняли у него и массу времени, лишили его заработка. И все это для того, чтобы обезопасить общество отъ преступниковъ, къ которымъ онъ не принадлежитъ. Тутъ совершенно безразлично, въ какой моментъ терзанія человѣка прекратились. Важно то, что въ интересахъ борьбы общества съ преступностью подвергали терзаніямъ человѣка и причинили ему матерьяльный ущербъ въ то время, какъ онъ этому подвергаться не долженъ былъ.

На сколько ему навредили, столько ему и возмѣстить. А въ какой моментъ причиненіе вреда прекратилось, это для дѣла совершенно безразлично. Почему, если признается, что человѣкъ, невинно отсидѣвшій полгода въ тюрьмѣ, имѣетъ право на вознагражденіе,

¹⁾ Разборъ съ этой точки зрѣнія значительной части законовъ, цитированныхъ выше, на стр. 333 вын. 3. произведенъ въ Объяснительной Запискѣ къ проекту новой редакціи Уст. Уг. Суд., томъ IV, стр. 154. Впрочемъ, съ тѣхъ поръ изъ числа государствъ, въ которыхъ, по словамъ Объяснительной Записки, имѣютъ право на вознагражденіе только признанные невинными, надо исключить Германію, гдѣ поднять вопросъ о вознагражденіи и тѣхъ, кто подвергся предварительному аресту, и кто потомъ былъ освобожденъ отъ суда. Ср. Вѣстникъ Права. 1904 г. № 2, стр. 200.

отказывать въ этомъ вознагражденіи человѣку, котораго годъ продержали въ предварительномъ заключеніи, а потомъ убѣдились, что преступленіе, въ которомъ онъ подозрѣвается, уже было погашено давностью въ моментъ возбужденія дѣла, или что его вообще и совершено вовсе не было?

Требовать, для возможности вознагражденія, чтобы человѣкъ доказалъ свою „невиновность“, значитъ вводить въ уголовный процессъ, по крайней мѣрѣ по вопросу о вознагражденіи невинно пострадавшихъ отъ привлеченія ихъ къ дѣлу въ качествѣ обвиняемыхъ, какую то презумпцію виновности каждаго привлеченнаго къ дѣлу, презумпцію, которую этотъ привлеченный долженъ опровергнуть. Получается, что не тотъ преступникъ, кто осужденъ, а всякій обыватель преступникъ, пока онъ съ несомнѣнностью не доказалъ свою невиновность.

Что касается отвѣтственности казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями судей при постановкѣ рѣшеній по гражданскимъ дѣламъ, то вопросъ этотъ до самого послѣдняго времени, вовсе не интересовалъ ни общественное мнѣніе, ни юристовъ, занимающихся отвѣтственностью казны. Положительное право тоже обходило этотъ вопросъ ¹⁾. Лишь въ самое послѣднее время, 1 января 1900 г., во многихъ германскихъ государствахъ установилась отвѣтственность казны и за гражданскихъ судей, опредѣляемая постановленіями ²⁾ Германскаго Гражданскаго Уложенія объ отвѣтственности судей передъ тѣми, кому они своими неправильными рѣшеніями причинили убытки, и постановленіями мѣстныхъ законодательствъ отдѣльныхъ государствъ Германіи, принявшихъ на государство ту отвѣтственность, которую Герм. Гр. Уложеніе возложило на должностныхъ лицъ ³⁾.

При изданіи этихъ послѣднихъ законовъ гражданскихъ судей (повидимому) специально въ виду не имѣли, и если отвѣтственность казны распространилась и на нихъ, то это случилось, такъ сказать, за одно: они просто подошли подъ общую норму, установленную общимъ закономъ.

§ 4. *Отвѣтственность казны за нотаріусовъ и судебныхъ приставовъ.*

Своеобразною, не только съ точки зрѣнія дѣйствующаго русскаго права, но и съ точки зрѣнія господствующихъ у насъ юридическихъ представленій, является существующая во многихъ государствахъ отвѣтственность казны за нотаріусовъ, судебныхъ приставовъ и врачей.

¹⁾ Только въ Баваріи и въ Саксоніи существовала эта отвѣтственность. R o t h, Bayerisches Civilrecht, томъ I. 1871, стр. 225.

²⁾ § 839, 1674, 1848.

³⁾ Ausführgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche.—Объ этомъ см. выше, стр. 312—313.

Вопросъ объ отвѣтственности казны за лицъ патентованныхъ государствомъ или получившихъ отъ него концессию на то, чтобы оказывать тѣ или другія услуги публикѣ,—за врачей, нотариусовъ, судебныхъ приставовъ,—былъ поставленъ еще Пфейфферомъ, и разрѣшенъ имъ въ томъ смыслѣ, что по сколькоу на государство падаетъ culpa in eligendo, оно отвѣчать должно ¹⁾. Аналогичная точка зрѣнія была развиваема Кисслингомъ на VIII съѣздѣ германскихъ юристовъ ²⁾.

Цахаріэ замѣчалъ по поводу Пфейффера, что его точка зрѣнія является устарѣлою точкою зрѣнія мандата или вины государства, и что поэтому она должна быть отвергнута. Со своей стороны Цахаріэ находилъ, что государство можетъ отвѣчать только въ томъ случаѣ, если на немъ лежитъ гарантія за его чиновниковъ, его представляющихъ ³⁾.

На сколько намъ извѣстно, эта послѣдняя точка зрѣнія являлась господствующею до самаго послѣдняго времени: чуть ли не во всѣхъ законодательствахъ Европы, и если гдѣ и возникалъ вопросъ объ отвѣтственности казны за подобнаго рода лицъ, то онъ разрѣшался отрицательно.

Исключеніемъ изъ этого общаго правила являлась Баварія, въ которой съ 1861 г. ⁴⁾ на нотариусовъ была распространена отвѣтственность казны за судей въ тѣхъ случаяхъ, когда нотариусъ дѣйствовать, исполняя порученіе суда ⁵⁾. Въ нотаріальномъ положеніи, изданномъ въ Баваріи въ 1899 г., общая отвѣтственность казны за должностныхъ лицъ распространена и на нотариусовъ ⁶⁾.

Что касается судебныхъ приставовъ, то до послѣдняго времени повидимому не возникало сомнѣнія въ томъ, что государство не можетъ отвѣчать за ихъ дѣйствія и на томъ основаніи, что пристава

¹⁾ См. по этому поводу Цахаріэ, стр. 636—637.

²⁾ Verhandlungen des IX deutschen Juristentags. III, стр. 51.—Ср. Клевицъ стр. 77.

³⁾ См. выше, вын. 1.

⁴⁾ Notariatsgesetz 10 ноября 1861 г. § 149.—Ср. К. v. Stengel, Annalen des Deutschen Reichs. 1901 г. Стр. 486.

⁵⁾ Въ тѣхъ же условіяхъ была признана отвѣтственность казны и австрійскимъ закономъ 12 іюля 1872 г.—Ср. Клевицъ, стр. 88.

⁶⁾ Notariatsgesetz 9 іюня 1899 г., Art. 126.—Въ законахъ другихъ германскихъ государствъ о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія (Ausführungsgesetze zum BGB.) вопросъ объ отвѣтственности казны за нотариусовъ обыкновенно обходится молчаніемъ: предполагается, что вопроса объ этой отвѣтственности и возникнуть не можетъ.—Въ Ausführungsgesetze zum BGB. Гессена (17 іюля 1899 г. Art. 79) и Шварцбургъ-Зондерсгаузена (19 іюля 1898 г. Art. 19, § 3) имѣется прямая оговорка, что за нотариусовъ казна не отвѣчаетъ.

Точно такъ же отрицательно разрѣшаютъ вопросъ объ отвѣтственности казны за нотариусовъ законы Рейсса Старшей Линіи и Саксенъ-Кобургъ-Готы. Ср. Doçk. Die Haftung des Staates. Archiv für öffentliches Recht. 1901. Стр. 275.

являются представителями, органами взыскателя, а не государства ¹⁾. Это считается на столько само собою разумѣющимся, что большинство законовъ, устанавливающихъ общую отвѣтственность государства за должностныхъ лицъ, даже признають излишнимъ включать какую бы то ни было оговорку относительно судебных приставовъ ²⁾. Прямо устанавливают отвѣтственность казны за судебных приставовъ лишь законодательства Баваріи ³⁾ и Шварцбургъ-Зондерсгаузена ⁴⁾.

Однако въ юридической литературѣ начинаетъ проявляться и та мысль, что судебный приставъ, производящій взысканіе по требованію частнаго лица, все таки является органомъ власти и осуществляетъ при этомъ полномочія, полученныя отъ государства. И если онъ причинитъ вредъ, то можетъ причинить его своими полномочіями, полученными отъ государства ⁵⁾. Мало того, судебный приставъ, производя взысканіе по требованію истца, не является по отношенію къ этому истцу простымъ, свободно имъ избраннымъ повѣреннымъ: законъ требуетъ, чтобы я поручилъ производство моего взысканія именно тому или иному приставу, и для отвѣтчика приставъ является не чьимъ либо частнымъ представителемъ, а именно органомъ власти, какъ и всякій другой чиновникъ ⁶⁾. И въ настоящее время уже начинаетъ высказываться то мнѣніе, что отсутствіе въ законѣ государства, вообще признающаго отвѣтственность казны за должностныхъ лицъ, какой либо оговорки относительно судебных приставовъ, должно толковаться въ томъ смыслѣ, что государство отвѣчаетъ и за нихъ ⁷⁾.

§ 5. Отвѣтственность казны за цензуру, таможенно, за учрежденія по взиманію косвенныхъ налоговъ и за педагогическій персоналъ публичныхъ учебныхъ заведеній.

I. Въ нѣкоторыхъ государствахъ, пока въ нихъ существовала цензура, законъ устанавливалъ и отвѣтственность казны за убытки, причиненныя изъятіемъ изъ продажи сочиненій, выпущенныхъ въ свѣтъ съ предварительнаго цензурнаго разрѣшенія. Таковъ напр. прусскій

¹⁾ „Non sono funzionari propriamente detti“. Enciclopedia Giuridica Italiana. Томъ XIV, часть II, выпускъ 297, стр. 176.

²⁾ Таковы напр. всѣ законы отдѣльныхъ германскихъ государствъ о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія, кромѣ Гессена (AG. z. BGB. 17 іюля 1899 г. Art. 79).

³⁾ Баварскій AG. z. BGB. 9 іюня 1879 г. Art. 60 Abs. 2.

⁴⁾ Шварцбургъ-Зондерсгаузенъ: AG. z. BGB. 19 іюля 1899 г. Art. 19 § 3.— Въ этомъ послѣднемъ законѣ имѣется оригинальная оговорка, что отвѣтственность казны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не можетъ превышать 300 марокъ.

⁵⁾ M a n d r u. Württembergisches Privatrecht. I. 1901. Стр. 122.—Ср. К л е в и ц ъ, стр. 58, вын. 3.

⁶⁾ D o c k. Die Haftung des Staates. Archiv für öffentliches Recht. 1901. Стр. 279.

⁷⁾ M a n d r u, см. выше, выноски 5.

„кабинетсордеръ“ 28 декабря 1824 г., ¹⁾ устанавливавший субсидиарную отвѣтственность казны.

Въ послѣдующую эпоху кое гдѣ, напр. въ Баденѣ или въ Австріи, была установлена отвѣтственность казны за неправильные или противозаконные аресты, наложенные на произведенія печати ²⁾.

Эта отвѣтственность казны носитъ совершенно сепаратный характеръ и не можетъ быть поставлена въ связь ни съ какимъ другимъ постановленіемъ закона, дѣйствующимъ или дѣйствовавшимъ въ тѣхъ государствахъ, гдѣ она была признана.

II. Такой же характеръ чего то стоящаго совершенно обособленно носить и существующая во многихъ государствахъ Европы отвѣтственность казны за сохранность товаровъ, сданныхъ для очистки пошлиною въ таможенные учрежденія ³⁾.

III. Вопросъ объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ по взиманію косвенныхъ налоговъ, въ томъ числѣ и таможенныхъ, получилъ своеобразную постановку во французскихъ законахъ революціонной эпохи, сохранившихъ свою силу и по настоящее время ⁴⁾.

Согласно этимъ законамъ, взысканіе косвенныхъ налоговъ производится во Франціи судебнымъ порядкомъ. Въ связи съ этимъ признается и судебная компетенція для разсмотрѣнія дѣлъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями чиновниковъ при самомъ взысканіи налога (неправильный арестъ имущества неправильное обложеніе его, отказъ выпустить товаръ въ обмѣнъ за представленный залогъ и т. п.). Что же касается таможи, то приведенные выше законы устанавливаютъ отвѣтственность казны и вообще за всѣ дѣйствія таможенныхъ органовъ, совершенныя при исполненіи ими служебныхъ обязанностей, напр. за убійство, совершенное таможенною стражею, ошибочно думавшей, что она имѣетъ дѣло съ контрабандистомъ ⁵⁾.

IV. Совершенно своеобразный случай отвѣтственности казны уста-

¹⁾ К л е в и ц ъ, стр. 113.

²⁾ Австрійскій законъ 17 декабря 1862 г., § 11, и баденскій законъ 1868 г.—Ср. Л е н и н г ъ, стр. 123—124, и К л е в и ц ъ, стр. 112—113.

³⁾ Въ Пруссіи отвѣтственность казны замѣнила прежде существовавшую отвѣтственность таможенныхъ чиновниковъ со времени Zollordnung 26 мая 1818 г. (§ 19).—Ср. Л е н и н г ъ, стр. 46.—R ö p p e. Staatsrecht der Preussischen Monarchie, томъ III, 1883 г., стр. 584, вын. 101.—Въ Италіи эта отвѣтственность казны установлена судебною практикою. Ср. Enciclopedia Giuridica Italiana томъ XIV, часть II, выпускъ 297, стр. 176.—Въ Даниі, по словамъ G o o s u n d G a n s e n, (Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark, въ коллекціи Marquardsen, стр. 96), въ силу закона 25 марта 1872 г., § 11, казна отвѣчаетъ за возвратъ вещей, внесенныхъ въ таможню для оплаты пошлиною.—Относительно Франціи см. ниже.

⁴⁾ Зак. 22 авг. 1791 г., титуль 2, ст. 3; титуль 13, ст. 19; и зак. 1 жерм. XIII г. ст. 29.

⁵⁾ M i c h o u d. Revue de droit public. 1895. II. Стр. 10—11.—O. M a i e r ъ (франц.) стр. 398 и 401.—Л а ф е р р и е р ъ, томъ I, стр. 684.

новленъ во Франціи закономъ 20 Іюля 1899 г.: этимъ закономъ на казну перенесена отвѣтственность, до того, въ силу предпоследняго пункта статьи 1384 гражданскаго кодекса, лежавшая на педагогическомъ персоналѣ: отвѣтственность за вредъ, причиненный воспитанниками, находящимися подъ наблюденіемъ этого персонала ¹⁾).

Эта отвѣтственность представляетъ много своеобразнаго. Прежде всего эта отвѣтственность, относящаяся несомнѣнно къ публичной области или во всякомъ случаѣ къ области *actes de gestion publique*, регулирована закономъ, изданнымъ въ дополненіе статьи 1384 гражданскаго кодекса, не смотря на то, что по господствующимъ ученіямъ эта статья къ *actes de gestion publique* примѣняема быть вообще не можетъ ²⁾).

Во вторыхъ, не смотря на то, что отвѣтственность казны по дѣламъ этого рода по общему правилу можетъ быть устанавливаема лишь административными, но никакъ не гражданскими судами, законъ 20 Іюля 1899 г. въ ст. 2 прямо постановилъ, что иски къ казнѣ, основанные на этомъ законѣ, предъявляются въ подлежащемъ гражданскомъ судѣ ³⁾).

Въ третьихъ, не смотря на то, что учрежденія публичнаго образованія, *établissements d'instruction publique*, могутъ принадлежать не только казнѣ, но и общинамъ, и департаментамъ, отвѣтственность за педагогическій персоналъ всегда падаетъ на казну.

Казна имѣетъ право регресса къ виновному педагогу ⁴⁾).

Такъ какъ отвѣтственность воспитателей, *instituteurs*, хотя и основана на презумируемой закономъ ихъ винѣ, но, въ противоположность другимъ случаямъ отвѣтственности, по статьѣ 1384 допускаетъ то возраженіе, что они не могли предотвратить дѣянія, причинившаго вредъ, то и отвѣтственность казны за педагоговъ устраняется тѣмъ же возраженіемъ ⁵⁾).

¹⁾ Loi sur la responsabilité civile des membres de l'instruction publique.

²⁾ См. выше, стр. 82—89.

³⁾ См. выше, гл. обр. стр. 85. Изъ того, что такимъ образомъ въ законодательномъ порядкѣ установлены правила, противорѣчащія тому, что выработано судебно-административною практикою, можно было бы придти къ тому заключенію, что практика эта осуждена закономъ, и что отъ нея слѣдуетъ отказаться. Но повидному этого вывода французы не дѣлаютъ, и въ работахъ, въ которыхъ затрагивается вопросъ о подсудности исковъ къ казнѣ о вознагражденіи за убытки, и которыя изданы послѣ этого закона, правила о подсудности казны и о примѣнимости къ ней статьи 1384 и вообще всего гражданскаго кодекса, не только излагаются въ старомъ видѣ, но даже о томъ, какое значеніе этотъ законъ могъ бы имѣть для вопроса о сохраненіи впредь старой практики, и не упоминается.

⁴⁾ Роже, стр. 62, вын. 1.

⁵⁾ Это вытекаетъ изъ того, что по точному смыслу закона 20 іюля отвѣтственность казны замѣнила отвѣтственность, лежавшую на педагогахъ: „la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public“.

Этотъ видъ отвѣтственности казны былъ установленъ во Франціи вслѣдствіе сильнаго движенія общественнаго мнѣнія, вызваннаго нѣсколькими процессами, въ которыхъ втеченіе сравнительно незначительнаго промежутка времени нѣсколько лицъ изъ педагогическаго міра были приговорены къ уплатѣ убытковъ въ размѣрахъ, для нихъ совершенно раззорительныхъ, при томъ условіи, что нравственной вины на нихъ никакой не было, а тотъ фактъ, что бремя доказыванія ихъ невинности лежало на нихъ, по обстоятельствамъ дѣла приводилъ для нихъ къ невозможности сложить съ себя отвѣтственность ¹⁾. Для устраненія подобныхъ случаевъ отвѣтственности, возбудившихъ противъ себя общественное мнѣніе, и былъ изданъ этотъ законъ 20 Іюля 1899 г.

¹⁾Изложеніе нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ можно найти въ докладѣ Палаты Депутатовъ, сдѣланномъ 4 марта 1898 г. специальною парламентскою комиссіей, назначенною для разсмотрѣнія трехъ законопроектовъ, внесенныхъ по этому вопросу въ 1896—1898 г.г. См. Documents Parlementaires. Chambre. 1898 г., томъ I стр. 777—780.

ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ.

ОТВѢТСТВЕННОСТЬ КАЗНЫ ПО ДѢЙСТВУЮЩЕМУ РУССКОМУ ПРАВУ.

§ 1. *Отдѣльные специальные законы, устанавливающие отвѣтственность казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ.*

Въ Россіи по общему правилу казна не отвѣчаетъ за убытки, причиненные дѣйствіями должностныхъ лицъ при осуществленіи ими полномочій публичной власти.

Какъ мы уже видѣли, тѣ соображенія, которыми Гражданскій Кассационный Департаментъ Пр. Сената стремится подкрѣпить эту отвѣтственность казны въ противоположность отвѣтственности ея за убытки, причиненные чиновниками, какъ представителями казны по ея имуществамъ,—не могутъ быть признаны убѣдительными ¹⁾. Но тотъ фактъ, что Гр. Касс. Д-тъ Пр. Сената упорно проводитъ точку зрѣнія неотвѣтственности казны въ дѣлахъ публичныхъ, сомнѣнію не подлежитъ, какъ не подлежитъ сомнѣнію и то, что это есть точка зрѣнія не только одного Гр. Касс. Д-та, но и всѣхъ административныхъ и судебныхъ установленій Россіи.

I. Однако по нѣкоторымъ, случайнымъ дѣламъ отдѣльными законами была устанавливаема отвѣтственность и за убытки, причиненные должностными лицами въ области публично-правовой.

Такова напр. ст. 180 Уст. Ценз., согласно которой, „если правительство признаетъ за нужное запретить напечатанную съ дозволенія цензуры книгу, то... напечатанную и потомъ запрещенную книгу получаетъ отъ правительства удовлетвореніе за понесенный чрезъ то убытокъ“. Такова же ст. 704 Там. Уст.: „если какое мѣсто въ пакгаузѣ поступило, а онаго на лицо не сыщется, то отвѣтствуетъ непосредственно пакгаузный надзиратель и того пакгауза помощникъ его и досмотрщики, а хозяину утраченнаго товара выдается цѣна онаго изъ казны.“

Отвѣтственность казны за изытіе изъ продажи дозволенныхъ цензурою книгъ и отвѣтственность казны за сохранность товаровъ,

¹⁾ См. выше, стр. 140—146 и 216—220.

сданныхъ въ таможду, установленная, какъ мы видѣли, и нѣкоторыми иностранными законодательствами ¹⁾, у насъ носить совершенно случайный характеръ; въ ней трудно усмотрѣть проведеніе какого либо общаго юридическаго принципа, и она стоитъ въ нашемъ законодательствѣ довольно обособленно. Того общаго принципа, который какъ бы положенъ въ основу ст. 180 Уст. Цenz., а именно отвѣтственности казны за убытки, причиненные отобраніемъ даннаго разрѣшенія, у насъ не существуетъ. Напр. если по утвержденіи плана даннаго лѣсорубочнаго хозяйства лѣсъ впослѣдствіи признается защитнымъ, то никакого вознагражденія за это изъ казны не слѣдуетъ, хотя бы собственникъ лѣса и предпринялъ извѣстныя дѣйствія въ расчетъ на рубку этого лѣса. Что же касается отвѣтственности за сохранность товаровъ, сданныхъ въ таможду, то и въ этомъ нельзя видѣть проявленія какого либо общаго начала, и напр. за сохранность рукописей, сданныхъ въ цензуру, казна не отвѣчаетъ.

Практическаго значенія эти два случая отвѣтственности казны тоже не имѣютъ. Случаевъ примѣненія ст. 180 Уст. Цenz. намъ вовсе не извѣстно. Что же касается отвѣтственности таможди, то на практикѣ подобные случаи бывають, и сумма уплачиваемаго на этомъ основаніи казною вознагражденія въ среднемъ составляетъ около 4000 р. въ годъ ²⁾.

II. Особымъ видомъ отвѣтственности казны не столько по ея юридическому основанію, сколько именно по тому, что она устанавливается безъ всякаго спеціальнаго юридическаго основанія, незамѣтно, такъ сказать, прокрадываясь, является та отвѣтственность казны, которая устанавливается по тѣмъ дѣламъ, по которымъ въ законѣ установлено вознагражденіе за имущественный ущербъ, причиняемый законными дѣйствіями должностныхъ лицъ: таковы нѣкоторыя натуральныя повинности, таково принудительное отчужденіе земель на государственныя или общественныя пользы.

Въ особенности при отчужденіи земель, напр. при постройкѣ жел. дороги, нерѣдки случаи, что отчужденіе одного участка сопровождается порчею сосѣдняго, потравомъ его и т. п. Возможны также случаи, что участокъ, первоначально предполагавшійся къ отчужденію, былъ занятъ строителями дороги, на немъ начали было производить какія то работы, потомъ его оставили. Онъ въ черту отчужденія не вошелъ, но и на немъ собственнику причинены тѣ или другіе убытки. Оцѣночныя Комиссіи, производящія оцѣнку отчуждаемыхъ земель, первоначально отказывались входить въ разсмотрѣніе подобнаго рода убытковъ, отсылая потерпѣвшихъ въ судъ ³⁾. Но съ теченіемъ

¹⁾ См. выше, стр. 338—339.

²⁾ Ср. смѣту Д-та Там. Сборовъ, § 12, ст. 3.

³⁾ Основаніемъ для этого была ст. 453 Пол. Взыск. Гражд. Иад. 1892 г.

времени Оцѣночныя Комиссіи начали принимать къ своему разсмотрѣнію и этого рода убытки, и Государственный Совѣтъ, разсматривая одно подобное дѣло, Высочайше утвержденнымъ 23 Апрѣля 1885 г. мнѣніемъ своимъ призналъ, что если имущественный ущербъ, понесенный владѣльцемъ, „находится въ непосредственной связи съ отчужденіемъ“, то вопросъ о вознагражденіи за этотъ убытокъ долженъ разсматриваться тою же Оцѣночною Комиссіею, а не судомъ ¹⁾).

Собственно говоря, если убытки не заключаются въ самомъ томъ отчужденіи, на которое подлежащіе органы были уполномочены, то они являются такого рода убытками, которые причинены незаконными, неправильными дѣйствіями органовъ правительства ²⁾, и потому по общему правилу могли бы дать основаніе для иска къ виновнымъ должностнымъ лицамъ, а не къ возмѣщенію убытковъ на счетъ казны.

Но въ настоящемъ случаѣ то или иное разрѣшеніе вопроса, правильно или неправильно дѣйствовали должностныя лица, и для потерпѣвшаго собственника, и для существа дѣла, для отношенія собственника къ дорогѣ, для которой производилось отчужденіе, настолько безразлично, отысканіе этого виновнаго настолько затруднительно, что всяческая справедливость заставляетъ вознаграждать этого собственника, совершенно независимо отъ наличности или отсутствія чьей либо вины.

И не только несправедливо заставлять потерпѣвшаго собственника искать съ виновнаго должностнаго лица, но не менѣе несправедливымъ являлось бы и возложеніе отвѣтственности на это должностное лицо, хотя бы въ его дѣйствіяхъ и не все было правильно. Не для себя и не въ своихъ личныхъ интересахъ занималъ онъ тѣ или другія земли, а въ интересахъ предпріятія. Естественно, чтобы предпріятіе,—его строительный капиталъ,—и расплачивалось за тѣ убытки, которые были причинены въ интересахъ постройки.

¹⁾ См. Сводъ руководящихъ сужденій Государственнаго Совѣта, извлеченныхъ изъ дѣлъ объ отчужденіи имуществъ на государственную и общественную надобность и о вознагражденіи владѣльцевъ этихъ имуществъ. Изданіе государственной канцеляріи, 1894 г., стр. 16.—Ср. В. В. С а л о в ъ. Отчужденіе недвижимой собственности для государственной или общественной пользы. 1902 г. Стр. 75—78.

²⁾ Если напр. они причинены при постройкѣ казенной желѣзной дороги, то виновными въ нихъ являются органы м-ва путей сообщенія, т. е. органы правительства, какъ публичной власти, и при томъ именно при осуществленіи такого рода полномочій ея, которыя носятъ явно публичный характеръ, ибо принудительное лишеніе кого либо собственности предполагаетъ отношенія властныхъ, а не договорныхъ.—Если же строилась дорога частная, то виновными въ смыслѣ превышенія должностныхъ полномочій или упущенія и бездѣйствія власти являются органы правительственной инспекціи, согласіе которыхъ требуется при занятіи тѣхъ или другихъ земель строителями дороги.

Не малое значеніе въ смыслѣ установленія отвѣтственности казны въ дѣлахъ этого рода имѣло и то обстоятельство, что помимо казенныхъ желѣзныхъ дорогъ строились и частныя, гдѣ на желѣзной дорогѣ, какъ на юридическомъ лицѣ, лежала отвѣтственность за дѣйствія служащихъ, хотя бы по существу своему эти дѣйствія служащихъ и являлись осуществленіемъ тѣхъ публичныхъ полномочій, которыми снабжена каждая желѣзная дорога ¹⁾.

Словомъ, цѣлый рядъ соображеній, скорѣе психологическаго, чѣмъ юридическаго характера заставили въ разсматриваемомъ случаѣ признать отвѣтственность казны, хотя она никакимъ закономъ не установлена, при чемъ мы здѣсь имѣемъ ту особенность, что эта практика призвана правильно актомъ Высочайшей власти, хотя и состоявшимся по частному дѣлу.

Что касается натуральныхъ повинностей, то онѣ дѣлятся на двѣ категоріи: часть ихъ отбывается населеніемъ безвозмездно (такова напр. повинность дорожная), часть же за вознагражденіе. Къ этимъ послѣднимъ принадлежатъ преимущественно „повинности, отбываемыя для потребностей войскъ“ ²⁾, а также для потребностей Высочайшаго Двора ³⁾.

Всѣ эти законы или такъ редактированы, что въ нихъ не проводится различія между тѣми случаями, когда исполненіе повинности потребовано вполнѣ правильно, отъ тѣхъ случаевъ, когда самое требованіе повинности является „неправильнымъ дѣйствіемъ“ того или другого органа власти. Если повинность исполнена, иногда даже, если только населеніе со своей стороны сдѣлало все, что отъ него зависѣло, для исполненія потребованныхъ отъ него дѣйствій, а дѣйствія эти потребованы были властью, вообще компетентною для предъявленія даннаго требованія, то,—хотя бы это требованіе и было незаконнымъ,—по смыслу закона вознагражденіе обывателямъ должно быть выдано.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ обязанность казны уплатить за то, что было потребовано неправильно, и за то, чѣмъ казна не могла восполь-

¹⁾ Ср. напр. ст. 30¹ Уст. о Нак.

²⁾ Къ числу этихъ возмездныхъ повинностей, по дѣйствующему изданію IV тома Свода Законовъ 1899 г. и по продолженію 1902 г., относятся: 1) повинность по доставленію квартирнаго довольствія (ст. 477 и 666), 2) по снабженію нижнихъ чиновъ постельными принадлежностями (ст. 644 и 645), 3) отводъ земель для маневровъ и для лагернаго расположенія войскъ (ст. 670), 4) отводъ земель подъ саперныя работы (ст. 671), 5) отводъ земель подъ плацы для стрѣльбищъ и для строевыхъ ученій (ст. 672), 6) поставка обывательскихъ подводъ (ст. 680, 683, 694, 690), 7) поставка для войскъ лошадей (ст. 788—791 и ст. 745, прим. 1, прил. пп. 40—43), 8) поставка для войскъ повозокъ и упряжи (ст. 831 и ст. 822 прим. 2, прил., п. 26), 9) отводъ пастбищныхъ мѣстъ (ст. 674, прил. п. 2).

³⁾ Поставка лошадей для Высочайшихъ путешествій (ст. 263, п. 3, прил. пп. 14, 22, 29—35, 36, 37).

зоваться выражена самымъ прямымъ образомъ. Особенно интересна въ этомъ отношеніи ст. 684 Уст. Зем. Пов. ¹⁾.

Причина, почему въ этой области установилась самимъ закономъ привная отвѣтственность казны ²⁾, по нашему мнѣнію носить тоже скорѣе психологическій, чѣмъ строго юридическій характеръ. Кредитъ на вознагражденіе исполнившихъ данную повинность открытъ. Самый размѣръ убытковъ или таксированъ закономъ и спора не возбуждаетъ, или же для опредѣленія размѣровъ вознагражденія, слѣдующаго за самое исполненіе повинности, установлена такая процедура, въ которую ничего не стоитъ включить и опредѣленіе размѣра причиненнаго убытка ³⁾. Съ точки зрѣнія обывателя вопросъ о томъ, правильны или неправильны были дѣйствія властей, потребовавшихъ исполненія данной повинности, настолько безразличенъ, расчлененіе убытковъ, причиненныхъ правильными дѣйствіями, отъ убытковъ, причиненныхъ неправильными, на столько обывателю недоступно, на столько по всей справедливости (здѣсь особенно очевидной) безразлично, что казна, платя за одно, естественно стала платить и за другое ⁴⁾.

¹⁾ „Обыватели за продержаніе ихъ съ подводами на станціяхъ противъ назначеннаго по маршруту времени, удовлетворяются во всякомъ случаѣ, *по какимъ бы причинамъ они ни были задержаны на станціяхъ.* (Курсивъ въ самомъ законѣ). Въ удовлетвореніе за напрасный простой подводъ, въ ожиданіи прибытія полка или команды, партіонные начальники обязуются платить обывателямъ по ст. 683 немедленно; о причинахъ же поздняго прибытія на станцію командъ и обозовъ производится въ установленномъ порядкѣ надлежащее изслѣдованіе. Если по разсмотрѣннн слѣдствія будутъ обнаружено, что подводы были задержаны отъ вины воинскихъ начальниковъ, или отъ нераспорядительности полиціи, либо отъ вины слѣдующихъ за обозами возчиковъ, то взысканіе причитающейся суммы, взаменъ употребленныхъ для удовлетворенія обывателей за простое время контрамарокъ или денегъ, обращается на виновныхъ. Въ случаѣ задержанія подводъ на станціяхъ, по причинамъ, не зависящимъ отъ войскъ, наряжаемые для сопровожденія ихъ полицейскіе чиновники выдаютъ о семъ воинскимъ начальникамъ свидѣтельства. Если же несвоевременное прибытіе на станцію воинскихъ обозовъ послѣдуетъ отъ худобы или безсилія обывательскихъ лошадей или по внезапнымъ случаямъ, какъ-то: при разлитіи рѣкъ, снося и провалѣ мостовъ и т. п., то слѣдующее обывателямъ вознагражденіе принимается на счетъ государственнаго казначейства“.

²⁾ А что область налоговъ и повинностей есть область публично-правовая, въ этомъ, конечно, сомнѣнія быть не можетъ.

³⁾ Ср. въ особенноти прим. къ ст. 670 Уст. Зем. Пов., въ которомъ установленъ порядокъ опредѣленія вознагражденія за убытки, причиненные маневрами, и за земли, отводимыя подъ лагерное расположеніе войскъ, подъ стрѣльбища и подъ саперныя работы.

⁴⁾ И напр. по поводу неправильнаго привлеченія къ исполненію тѣхъ повинностей, которыя исполняются населеніемъ безвозмездно (этапная повинность), не только не существуетъ законодательнаго постановленія о возмѣщеніи

§ 2. Возникновеніе ответственности казны за сохранность депозитовъ.

А. Въ практикѣ Государственнаго Совѣта и административныхъ учрежденій. Въ Россіи вопросъ объ ответственности казны за сохранность депозитовъ ¹⁾ имѣлъ исторію, аналогичную той, что и на Западѣ.

Наше дореформенное право, конечно, не допускало и мысли о возможности ответственности казны за сохранность денегъ, по требованію закона внесенныхъ обывателями въ присутственныя мѣста. Такая ответственность не только противорѣчила бы всему алчному складу нашей всегда нуждавшейся въ деньгахъ дореформенной администраціи, но при низкомъ нравственномъ уровнѣ нашего стараго чиновничества, при почти полномъ отсутствіи у государства средствъ дѣйствительнаго контроля надъ нимъ,—было бы также мѣрою, крайне опасною для казны.

Поэтому неудивительно, что наше дореформенное законодательство, натолкнувшись по частному случаю на вопросъ объ ответственности за сохранность денегъ, внесенныхъ въ присутственное мѣсто, разрѣшило этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что за эти

причиненныхъ этимъ убытковъ изъ казны, но и на практикѣ вопроса о такомъ вознагражденіи, на сколько намъ извѣстно, не возникало. Между тѣмъ юридическія основанія для ответственности казны за оба случая убытковъ повидимому совершенно тождественны. Вполнѣ аналогичная ответственность казны существуетъ и на Западѣ, но и тамъ она остается какъ то незамѣченной. Во Франціи всѣ эти случаи подводятся подъ понятіе *acte de gestion publique* или даже *acte de gestion privée* (наемъ обывательскихъ подводъ), и ответственность казны по поводу нихъ опредѣляется общими правилами, допускающими ответственность казны въ весьма широкихъ размѣрахъ. Что касается специально стрѣльбищъ, то по вопросу объ ответственности казны см. рѣшенія государственнаго совѣта и примѣчанія къ нимъ, напечатанныя у *Sirey, Jurisprudence Générale, 1892 г., отдѣлъ III, стр. 25 и 61*. Они подтверждены закономъ 17 апрѣля 1901 г.—О немъ и объ изданныхъ во исполненіе его административныхъ распоряженіяхъ см. *Revue générale de l'administration, 1902, томъ II, стр. 242 и сл.*—Въ Пруссіи, по словамъ *Stengel'я (Archiv des Deutschen Reichs, 1901, стр. 576)*, искъ къ казнѣ по поводу убытковъ, причиненныхъ стрѣльбищемъ, невозможенъ, по скольку дѣйствія властей были законными.—Германскій имперскій законъ о натуральныхъ повинностяхъ для потребностей войска (*Ueber die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht in Frieden*) редактированъ такъ, что, подобно русскимъ законамъ, примѣненіе его не исключается и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствія офицеровъ были неправильны. Ср. *Piloty, Annalen des Deutschen Reichs, 1888, стр. 247, вын. 1.*

¹⁾ Говоря о депозитахъ по русскому праву, мы разумѣемъ не только депозиты въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но и вообще всякія частныя деньги, находящіяся въ казенномъ управленіи и завѣдываніи (деньги, на которыя наложенъ арестъ, деньги, взятые подъ казенный присмотръ, внесенные залогомъ и т. п.). Ср. напр. Зак. Гражд. ст. 507, 1164, 1166, 1243.

деньги отвѣчаютъ должностныя лица, виновныя въ ихъ растратѣ, но не казна ¹⁾).

Правило это вошло въ X томъ Свода изданія 1832 г. ²⁾ и затѣмъ перешло въ послѣдующія изданія, не исключая и нынѣ дѣйствующаго ³⁾).

Но съ развитіемъ правосознанія, съ развитіемъ потребности въ большей обезпеченности правъ принципъ безответственности казны долженъ былъ уступить. И въ послѣднее время, не смотря на отсутствіе закона, который бы возлагалъ на казну отвѣтственность за сохранность имущества, ввѣряемаго по службѣ должностнымъ лицамъ, Государственный Совѣтъ неоднократно признавалъ необходимость отпуска изъ казны денегъ на покрытіе растратъ имущества обывателей, произведенныхъ должностными лицами, и эти мнѣнія Госуд. Совѣта неизмѣнно получали Высочайшее утвержденіе.

По одному изъ дѣлъ этого рода, чуть ли даже не по первому изъ нихъ, дошедшему до Гос. Совѣта, по дѣлу о возмѣщеніи суммъ, растраченныхъ судебнымъ слѣдователемъ С.-Петербургга, Федоровымъ, Гос. Совѣтъ мнѣніемъ, получившимъ Высочайшее утвержденіе 28 апр. 1887 г., не только разрѣшилъ ассигнованіе необходимыхъ для того средствъ, но и поручилъ Министру Юстиціи „войти, по соглашенію съ подлежащими вѣдомствами, въ соображеніе, при какихъ условіяхъ и

¹⁾ Напр. законъ 27 марта 1830 г., П. С. З. № 3562. Этотъ законъ, точнѣ сенатскій указъ, формулированъ въ Сводѣ Законовъ слѣдующимъ образомъ: „если деньги, внесенныя на удовлетвореніе частныхъ требованій, будутъ растрачены, то оныя взыскиваются съ виновныхъ въ растратѣ“ (Сводъ Законовъ изд. 1832 г., т. X, ч. I, ст. 1542). Въ самомъ сенатскомъ указѣ, на которомъ основана эта статья, вопросъ ставился еще характернѣе. Указъ гласитъ: „Пр. Сенатъ слушали дѣло о мѣрѣ взысканія за утайку частныхъ суммъ съ лицъ, виновныхъ въ оной. Приказали: поелику Рентмейстерскою Инструкціею определено производить вдвойнѣ взысканіе растратъ казенъ принадлежащаго; деньги же, по Вольскому городовому магистрату растраченныя, внесены были на удовлетвореніе частныхъ взысканій и за переносъ дѣлъ по апелляціи, а по Саратовскому уѣздному казначейству рекрутскія складочныя, принадлежащія помѣщикамъ; то по сему, согласно мнѣнію гг. министровъ вн. дѣлъ и фин-совъ, растраченныхъ денегъ, на удовлетвореніе частныхъ претензій слѣдующихъ, и рекрутскихъ складочныхъ взыскивать вдвойнѣ не должно“. Такимъ образомъ тутъ ставился вопросъ не о томъ, кто отвѣчаетъ за растрату, а о томъ, въ какой мѣрѣ отвѣчаютъ должностныя лица. Перваго вопроса и не возникало: указъ явно исходитъ изъ того предположенія, что денежная отвѣтственность падаетъ на чиновниковъ, а отнюдь не на казну. Это видно изъ того толкованія, которое дано этому указу въ Св. Зак.—Замѣтимъ, что первое изданіе Свода имѣетъ характеръ законодательный, и что потому даваемое имъ толкованіе есть толкованіе аутентическое, т. е. является обязательнымъ. Ср. „Право“ 1899 г. № 37, стр. 1681—1691. Статья „Законъ и Сводъ“.

²⁾ Т. X, ч. I, ст. 1542.

³⁾ Томъ X, ч. 1, изд. 1842 г., ст. 2121; томъ X, ч. 2, изд. 1857 г., ст. 100; томъ X, ч. 2, изд. 1876 г. Законы о Судопроизводствѣ и Взыск. Гражд., ст. 8; томъ XVI, ч. 2, изд. 1892 г. Зак. Суд. Гражд., ст. 614.

въ какихъ предѣлахъ можетъ быть возлагаема на Гос. Казначейство денежная отвѣтственность за растраты должностными лицами ввѣренныхъ имъ по службѣ денежныхъ суммъ, а затѣмъ о предположеніяхъ по сему предмету внести въ Гос. Совѣтъ особое представленіе въ установленномъ порядкѣ“.

Проектъ закона, составленный въ Министерствѣ Юстиціи во исполненіе этого Выс. утв. мнѣнія Гос. Совѣта, былъ разосланъ въ 1890 г. на заключеніе подлежащихъ вѣдомствъ, и, на сколько намъ извѣстно, за неполученіемъ отъ нихъ отзывовъ остается безъ движенія вотъ уже четырнадцатый годъ.

Тѣмъ временемъ растраты частныхъ суммъ должностными лицами не прекращались, и по крайней мѣрѣ Министерство Юстиціи неоднократно возбуждало по отдѣльнымъ дѣламъ вопросъ о пополненіи изъ казны той или другой растраты.

Если размѣры растраты не достигаютъ 1000 р., то расходъ на пополненіе ея обращается на свободные смѣтные остатки даннаго министерства, что и производится не въ законодательномъ порядкѣ, а административно, путемъ соглашенія съ Министромъ Финансовъ и Государственнымъ Контролеромъ ¹⁾.

Если сумма растраты превышаетъ 1000 р. и поэтому не можетъ быть отпущена по соглашенію подлежащаго вѣдомства съ Министромъ Финансовъ и Гос. Контролеромъ, то съ представленіемъ объ открытіи соответственнаго кредита входятъ въ Гос. Совѣтъ ²⁾.

Такимъ образомъ на дѣлѣ отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ пріобрѣтаетъ характеръ отвѣтственности какъ бы въ путяхъ монаршаго милосердія.

Такое разрѣшеніе вопроса было бы конечно совершенно неправильно. О дарѣ, о милости, оказываемой во вниманіе къ какимъ либо исключительнымъ обстоятельствамъ, тутъ конечно не можетъ

¹⁾ Въ силу Выс. утв. 14 марта 1868 г. мнѣнія Гос. Совѣта.—Въ такомъ порядкѣ были возвращены: въ 1893 г. мѣщанину Габасову 77 р. 95 коп., растроченные въ 1869 г. судебнымъ слѣдователемъ 4-го участка Оренбургскаго уѣзда Сергѣевымъ; въ томъ же году башкирамъ Агузарову и Габдулгамидовой на покрытіе растраты, произведенной и. д. судебного слѣдователя Уфимск. губ. Москвиннымъ; наконецъ въ 1895 г. Кунигундѣ Яроцкой 40 р., растроченныхъ помощникомъ секретаря Варшавскаго Окр. Суда Гурскимъ.

²⁾ Въ такомъ порядкѣ были покрыты, кромѣ упоминавшейся уже нами растраты Федорова въ 4.067 р. 43 к. (Выс. утв. 28 апр. 1887 г. мнѣн. Гос. Сов.), цѣлый рядъ отдѣльныхъ растратъ въ судебныхъ установленіяхъ въ 1892 г. (Выс. утв. 18 іюня 1892 г. мнѣніе Соед. Д-товъ Гос. Экономіи и Гражд. и Дух. Дѣлъ), всего на сумму въ 8.032 р.; растраты на сумму въ 18.374 р. 7 к., произведенныя судебнымъ приставомъ Спб. стол. мир. сѣзда Дѣтскимъ (Выс. утв. 3 янв. 1894 г. мнѣніе тѣхъ, Д-товъ); и наконецъ 9 іюля 1904 г. получило Выс. утвержденіе мнѣніе тѣхъ же Д-товъ, коимъ было отпущено 111.144 р. 43 к. на покрытіе растраты, произведенной въ С.-Петербургской Дворянской Опекѣ.

быть и рѣчи. На сколько намъ извѣстно, въ дѣйствительности тутъ ни въ одномъ дѣлѣ на какія либо исключительныя обстоятельства не ссылались.

Обращеніе къ Высочайшей власти обусловливается исключительно только отсутствіемъ въ законѣ какого либо основанія, которое позволило бы Д-ту Государственнаго Казначейства отпустить потребныя суммы на покрытіе установленной растраты. Вопросъ, слѣдуетъ ли покрывать изъ казны растрату, произведенную чиновниками, на сколько намъ извѣстно, ни разу за послѣднее время сомнѣнія къ Госуд. Совѣтѣ не возбуждалъ ¹⁾, и покрытіе растраты разсматривается не какъ милость ²⁾, оказываемая во вниманіе къ какимъ либо исключительнымъ обстоятельствамъ. Стоитъ отмѣтить, что, не смотря на то, что вопросъ о покрытіи растраты разрѣшается въ законодательномъ порядкѣ, самый расходъ относится „на кредитъ, ассигнованный по ст. 3, § 21 смѣты Д-та Гос. Казначейства на производство выдачъ, присужденныхъ изъ казны“ ³⁾.

Однако нельзя не замѣтить, что нѣкоторыя отрицательныя стороны порядка „въ путяхъ милосердія“ имѣются и при разрѣшеніи дѣла Госуд. Совѣтомъ. Частное лицо не можетъ войти въ него со своимъ представленіемъ. Такимъ образомъ возможность полученія этимъ путемъ изъ казны растроченныхъ денегъ находится въ зависимости отъ того, пожелаетъ ли подлежащее вѣдомство войти въ соглашеніе съ Министерствомъ Финансовъ и съ Госуд. Контролеромъ и затѣмъ, по вопросу объ ассигнованіи суммъ, внести представленіе въ Госуд. Совѣтъ.

¹⁾ Противъ отвѣтственности казны, главнымъ образомъ противъ обязанности ея нести отвѣтственность за сохранность депозитовъ возражалъ, при разсмотрѣніи дѣла о растратѣ Дѣтскаго (см. предыдущую выноску), Н. А. Неклюдовъ, тогда товарищъ госуд. секретаря, настаивая на томъ, что государство въ области отношеній публичныхъ за чиновниковъ отвѣчать не можетъ.

²⁾ На такой постановкѣ вопроса настаивалъ Н. А. Неклюдовъ (см. обѣ предыдущія выноски).—Вообще, отвѣтственность казны въ путяхъ милосердія и теоретически (ибо тутъ вопросъ не о милости, а о правѣ), и практически (ибо отвѣтственность пріобрѣтаетъ случайный характеръ), является самымъ неудачнымъ разрѣшеніемъ вопроса. Въ Германіи сторонникомъ отвѣтственности казны лишь въ путяхъ милосердія, и то лишь въ исключительныхъ случаяхъ, являлся Мольтъ (см. выше, стр. 208), изъ болѣе новыхъ писателей — Блюмчли при обсужденіи этого вопроса на VI сѣздѣ германскихъ юристовъ. *Verhandlungen des VI deutschen Juristentages*, томъ 1, стр. 51.—Изъ законодательныхъ актовъ, стоящихъ на этой же точкѣ зрѣнія, можно указать на приводимый К л е в и ц о мъ австрійскій законъ 12 марта 1859 г. о вознагражденіи потерпѣвшихъ отъ судебныхъ ошибокъ: устанавливая принципъ неотвѣтственности казны за вину судебныхъ чиновниковъ, этотъ законъ въ случаяхъ, заслуживающихъ особаго вниманія, разрѣшалъ возбужденіе вопроса объ отвѣтственности казны въ административномъ порядкѣ.

³⁾ Выс. утв. 9 іюля 1904 г. мнѣніе Соед. Д-товъ Гос. Экон. и Гражд. и Дух. Дѣлъ Гос. Совѣта.

И напиримърь дѣло о покрытіи изъ казны растраты, произведенной С.-Петербургской Дворянской Опекѣ, вовсе не возникало вплоть до учрежденія въ составѣ Министерства Внутреннихъ Дѣлъ Канцеляріи по Дѣламъ Дворянства. Благодаря этой Канцеляріи, дѣло двинулось, и на вознагражденіе потерпѣвшимъ дворянамъ деньги ассигнованы.

Но напр. по дѣлу о растратѣ въ С.-Петербургскомъ Сиротскомъ Судѣ капиталовъ, принадлежавшихъ нѣкоторымъ мѣщанамъ ¹⁾, потерпѣшіе, проведеншіе дѣло по всеѣмъ инстанціямъ, для нихъ доступнымъ, и по сей часъ, на сколько намъ извѣстно, остались безъ вознагражденія.

Б. Въ практикѣ Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената. Изложенный порядокъ возмѣщенія изъ казны суммъ, принадлежавшихъ частнымъ лицамъ и растроченныхъ чиновниками, представляетъ еще и ту невыгодную сторону, что онъ почти никому не извѣстенъ. Мнѣнія Государственнаго Совѣта, состоявшіяся по этимъ дѣламъ, не были опубликованы во всеобщее свѣдѣніе, постановленія, состоявшіяся по соглашенію съ Министромъ Финансовъ и Государственнымъ Контролеромъ, и подавно.

Практика, созданная всеѣми этими мнѣніями и постановленіями по отдѣльнымъ дѣламъ, остается практикою канцелярскою, келейною, неизвѣстною даже самой администраціи внѣ тѣхъ учреждений, которыя принимали непосредственное участіе въ разрѣшеніи этихъ дѣлъ. Поэтому пріобрѣтаютъ особенное практическое значеніе тѣ дѣла объ отвѣтственности казны за растрату, совершенную должностными лицами, которыя поступали на разсмотрѣніе Кассационнаго Сената, и рѣшенія по которымъ опубликованы во всеобщее свѣдѣніе.

Первое сенатское рѣшеніе по вопросу объ отвѣтственности казны за должностную растрату относится къ 1892 г. ²⁾ Рѣшеніе это признало отвѣтственность казны. Затѣмъ тотъ же вопросъ разсматривался и былъ разрѣшенъ въ томъ же смыслѣ въ рѣшеніи Гражд. Касс. Д-та 10 мая 1900 г. ³⁾.

Въ виду принципиальнаго и практическаго значенія рѣшенія Общаго Собранія 1892 г. № 52, остановимся на соображеніяхъ, положенныхъ въ его основаніе ⁴⁾.

¹⁾ На этомъ дѣлѣ мы подробнѣе остановимся въ главѣ объ отвѣтственности „избравшихъ обществъ“.

²⁾ Рѣш. Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1892 г. № 52.— Докладывалъ дѣло сенаторъ Н. Н. Мясоѣдовъ.

³⁾ Сборн. рѣш. 1901 г. № 56. Докладывалъ дѣло сенаторъ В. И. Лихачевъ, заключеніе давалъ сенаторъ Н. Н. Мясоѣдовъ, исполнявшій обязанности об.-прокурора.

⁴⁾ Мотивы рѣшенія Гр. К. Д. 1901 г. № 56 представляются лишь краткою перифразою рѣшенія О. С. 1892 г. № 52, при чемъ въ рѣшеніи Гр. К. Д. 1901 г. № 56

Въ частномъ случаѣ, по которому возникъ вопросъ объ отвѣтственности казны, дѣло шло о растратѣ мировымъ судьей суммъ, входившихъ въ составъ охранявшагося имъ наслѣдства. Дѣло возникло въ одной изъ губерній Царства Польскаго, т. е. относительно растраты, совершенной мировымъ судьей по назначенію, а не выборнымъ ¹⁾.

Сенатъ нашелъ, что при охраненіи наслѣдственныхъ денегъ „имѣеть мѣсто такое установленное самимъ закономъ положеніе вещей, при которомъ, независимо отъ воли частныхъ лицъ, имущество, на которое они имѣютъ право, поступаетъ въ завѣдываніе правительственной власти. Такое положеніе не можетъ не вызывать твердой увѣренности въ дѣйствительности охраны, т. е. въ совершенной обезпеченности охраняемаго имущества отъ случайностей. Что касается должностныхъ лицъ, непосредственно принимающихъ охранительныя мѣры, то по отношенію къ частнымъ лицамъ они являются указанными закономъ исполнителями, черезъ посредство которыхъ совершается переходъ имущества въ правительственную охрану. При такомъ значеніи должностныхъ лицъ непосредственныя обязательственныя отношенія по имуществу, взятому въ охрану, между частными лицами и представителями правительства не возникаютъ. Эти отношенія устанавливаются къ самой власти, поставившей должностныхъ лицъ въ положеніе, при которомъ для частныхъ лицъ возможно только подчиненіе ихъ распоряженіямъ, на законѣ основаннымъ. ...Подчиняясь законному порядку (частныя лица) должны имѣть увѣренность, что, независимо отъ степени довѣрія къ личности мирового судьи, уполномоченнаго исполнять требованія закона, достояніе ихъ, временно изъятое изъ ихъ обладанія..., поставляется въ условія, устраняющія всякія опасенія за цѣлость охраняемаго имущества. Если по закону нѣтъ другого средства охраны, кромѣ того порядка, при которомъ частныя лица обязаны подчиняться распоряженіямъ мировыхъ судей, то такой способъ охраны только и оправдывается

категорично признано, что „для правильнаго разрѣшенія возникшаго спора о томъ, отвѣчаетъ ли казна за деньги, хранящіяся въ губернскомъ казначействѣ депозитомъ окружнаго суда, когда деньги эти выданы по подложной ассигновкѣ подлежащему лицу, судебной палатѣ надлежало руководствоваться соображеніями, высказанными Пр. Сенатомъ въ приведенномъ рѣшеніи Общаго Собранія“.— Повидимому на томъ же рѣшеніи Общ. Собр. 1892 г. № 52 основано и рѣшеніе 4-го Д-та Пр. Сената по дѣлу о растратѣ, произведенной въ Виленскомъ губернскомъ правленіи Айгустовымъ. Указъ по этому послѣднему рѣшенію послѣдовалъ, на сколько объ этомъ можно судить по одному представленію М-ра Вн. Д. въ Гос. Совѣтъ (30 окт. 1903 г., № 1425), 16 ноября 1895 г. (въ томъ же представленіи этотъ указъ называется и указомъ 16 ноября 1896 г.).

¹⁾ Это обстоятельство существенно упрощало вопросъ объ отвѣтственности казны, устраняя возможность отвѣтственности „избравшихъ общество“ по ст. 360 Ул. Нак.

тѣмъ, что при посредствѣ должностныхъ лицъ, облеченныхъ довѣріемъ правительства, частные интересы ввѣряются попеченію самой правительственной власти, располагающей всѣми средствами къ дѣйствительной охранѣ имущества. Достоинство этой власти возлагаетъ на нее отвѣтственность за дѣйствія должностныхъ лицъ, черезъ посредство которыхъ имущество было ввѣрено охранѣ и защитѣ ея“.

Надо сознаться, что эти доводы Сената, столь правильные сами по себѣ, имѣютъ характеръ скорѣе законодательныхъ мотивовъ, чѣмъ соображеній судебного рѣшенія. Дѣйствительно, коль скоро съ депозитами обстоитъ такъ, какъ это описываетъ Сенатъ, а описываетъ онъ безусловно вѣрно, то ясно одно: необходимо установить въ законѣ отвѣтственность казны. Но изъ этихъ соображеній не видно, чтобы изданіе соотвѣтственнаго закона уже состоялось.

Въ дѣйствительности никакого закона объ отвѣтственности казны не существуетъ. Законодательство по этому вопросу молчитъ. И изъ этого молчанія нельзя дѣлать того вывода, чтобы законъ молчаливо признавалъ отвѣтственность казны: по тому частному поводу, по которому наше казуистичное законодательство этого вопроса коснулось, оно разрѣшило его въ томъ смыслѣ, что отвѣчаетъ не казна, а виновное въ растратѣ должностное лицо ¹⁾.

Къ тому же, если признавать обязательность тѣхъ практическихъ выводовъ, которые получаются изъ этихъ соображеній Сената, то пришлось бы признать отвѣтственность казны не только по отношенію къ депозитамъ, но и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда какое либо имущество поступаетъ по закону во временное завѣдываніе органовъ правительства.

Возьмемъ наприм. такой случай: инспекторъ типографій провѣряетъ наличность типографскаго прифѣта. При этомъ онъ начинаетъ такъ орудовать съ этимъ прифѣтомъ, что приводитъ его въ негодность. Въ этомъ примѣрѣ имущество частнаго лица, собственника типографій, поступило во временное завѣдываніе органа правительства; поступило не по желанію этого частнаго лица, а по требованію закона. Этотъ органъ правительства распоряжается прифѣтомъ, какъ считаетъ это нужнымъ, и собственникъ типографіи остается при этомъ совершенно пассивнымъ, подчиняясь всѣмъ распоряженіямъ инспектора. Подчиняясь имъ въ силу закона, онъ долженъ имѣть увѣренность въ томъ, что независимо отъ степени довѣрія къ личности инспектора, уполномоченнаго исполнить требованіе закона, прифѣтъ, временно поступившій въ распоряженіе этого инспектора, не будетъ испорченъ. Между тѣмъ самъ же Сенатъ, правда уже много лѣтъ тому назадъ, разсматривая дѣло объ инспекторѣ типографій Т., призналъ, что отвѣтственность за порчу прифѣта лежитъ на этомъ инспекторѣ, а не на казнѣ ²⁾.

¹⁾ См. выше, стр. 348—349.

²⁾ Рѣш. Соед. Прис. 1-го и Касс. Д-товъ Пр. Сената 4 іюля 1867 г.

Всѣ эти соображенія Сената не являются руководящими принципами дѣйствующаго русскаго права; еще менѣе могутъ они быть названы принципами, искони признававшимися русскимъ законодательствомъ. Это постулаты новаго правосознанія, требованія разившагося правового чувства.

Да и самъ Сенатъ повидимому признаетъ, что, какъ мотивы судебнаго рѣшенія, эти соображенія недостаточны: говоря, что этими соображеніями „уже предрѣшается вопросъ объ отвѣтственности казны за растрату денегъ, подвергнутыхъ храненію“, что эти соображенія устанавливають отвѣтственность правительства по самому его положенію, Сенатъ считаетъ нужнымъ сослаться на какое либо постановленіе закона и продолжаетъ, утверждая, что „эта отвѣтственность выводится и изъ постановленій гражданскихъ законовъ“. При этомъ Сенатъ, ссылаясь на ст. 687 Зак. Гражд. и ст. 1384 Гражд. Кодекса, устанавливають отвѣтственность вѣрителей за дѣйствія ихъ повѣренныхъ, говоритъ: „хотя прямого указанія на отвѣтственность правительства въ приведенныхъ законахъ и не содержится, тѣмъ не менѣе выраженное въ нихъ общее начало соотвѣтствуетъ отношеніямъ этого рода и подлежитъ примѣненію къ разсматриваемому случаю по ст. 9 Уст. Гражд. Суд.“.

Намъ кажется, что и эта ссылка на статью 687 Зак. Гражд. не должна была бы обосновывать въ глазахъ Сената отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ: признавая примѣнимость ст. 687 въ этомъ случаѣ, Сенатъ долженъ былъ бы признать отвѣтственность казны вообще за дѣйствія должностныхъ лицъ, также и за дѣйствія ихъ, состоящія въ осуществленіи полномочій публичной власти, т. е. признать неправильною всю свою практику по вопросу объ отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ ¹⁾).

Ссылка Сената на ст. 9 Уст. Гражд. Суд. ²⁾ тоже представляется намъ съ его точки зрѣнія неправильной: имѣется ли въ данномъ

¹⁾ См. выше, стр. 1—2.—Публичный характеръ юридической природы депозита обуславливается тѣмъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда внесеніе депозитомъ данной суммы обязательно, внесеніе депозита основывается не на непринужденномъ согласіи обывателя, а на требованіи закона, имѣющаго при этомъ въ виду не хозяйственныя потребности казны, а интересы управляемыхъ, совершенно независимые отъ тѣхъ или другихъ интересовъ казны.—Если же обыватель вноситъ депозитъ по свободному своему усмотрѣнію, то публичная природа все таки не утрачивается: если обыватель можетъ внести данный депозитъ, то подлежащій чиновникъ обязанъ его принять, и обязанъ не въ силу своего частнаго соглашенія съ обывателемъ, а по закону, опредѣляющему кругъ его дѣятельности именно какъ должностнаго лица, т. е. по закону, публичный характеръ котораго стоитъ внѣ спора. Условія и порядокъ храненія депозита все таки опредѣляются не частными соглашеніями и не Зак. Гражд., а законами публичными, Общимъ Уставомъ Счетнымъ и Кассовыми Правилами.

²⁾ „Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ“.

случаѣ неполнота, неясность, недостатокъ или противорѣчіе въ законахъ? Намъ кажется, что нѣтъ: Сенатъ признаетъ, что въ дѣлахъ публично-правовыхъ законъ вообще не знаетъ отвѣтственности казны.

Тотъ фактъ, что отвѣтственности казны законъ не устанавливаетъ, не создаетъ „пробѣла“ закона, ибо отсутствіе подобнаго постановленія имѣетъ тотъ вполне опредѣленный смыслъ, что казна не отвѣчаетъ. Тутъ смыслъ закона не нуждается въ томъ, чтобы его „восполняли“ какими бы то ни было толкованіями: можно говорить, что этотъ смыслъ нехорошъ, но съ точки зрѣнія, послѣдовательно проводимой Сенатомъ, нельзя сомнѣваться въ томъ, каковъ онъ. Отвѣтственности казны первоначально вовсе не было; она можетъ быть допущена только тамъ, гдѣ установлена какимъ либо источникомъ положительнаго права, закономъ, обычаемъ, судебною практикою; статьи 687 Зак. Гражд. и 1384 Гражд. Код. къ вопросу объ отвѣтственности казны отношенія не имѣютъ.—Распространеніе этихъ статей на отвѣтственность казны въ дѣлахъ публичныхъ есть не раскрытіе смысла этихъ статей, не восполненіе редакціоннаго пробѣла этихъ статей примѣнительно къ той законодательной мысли, которую предполагалось въ нихъ выразить; но есть установленіе новой нормы.

Но намъ кажется ¹⁾, что для обоснованія отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ нѣтъ нужды въ томъ, чтобы прибѣгать къ статьямъ 687 Зак. Гражд. и 1384 Гражд. Код., и Сенатъ могъ бы и не вступать такимъ образомъ въ противорѣчіе съ собственною своею практикою по примѣненію и толкованію этихъ-статей.

Наше законодательство по вопросу о депозитахъ, по крайней мѣрѣ денежныхъ, проводитъ именно ту же самую конструкцію депозита, которая позволила установить отвѣтственность казны въ германскомъ, въ частности въ прусскомъ правѣ.

Согласно статьямъ 1082—1084 Общ. Учр. Губ. ²⁾ и статьямъ 40—47 Общаго Устава Счетнаго ³⁾, въ казначействахъ хранятся только казенныя деньги. Всѣ деньги, поступающія въ казначейство, записываются въ одну общую (кассовую) книгу на приходъ, а при выдачѣ выписываются на расходъ въ одну общую (бухгалтерскую) книгу; такимъ образомъ всѣ деньги, находящіяся въ казначействѣ, составляютъ одну общую массу казенныхъ денегъ, и каждый вносимый депозитъ сливается съ этою общею массою, ничѣмъ въ ней не выдѣляясь.

Такимъ образомъ, то лицо, которому депозитъ долженъ быть выданъ, не имѣетъ права на опредѣленные денежные знаки, временно хранящіеся въ казначействѣ, но имѣетъ лишь право требовать, чтобы

¹⁾ Слѣдующія за симъ соображенія были уже нами высказаны въ одномъ „Обозрѣніи практики Гражд. Касс. Д-та за 1900 г.“, напечатанномъ въ № 35 газеты „Право“ за 1901 г., стр. 1603—1608.

²⁾ Св. Зак., Томъ II, ч. I, изд. 1892 г.

³⁾ Св. Зак., Томъ VIII, ч. 2, изд. 1857 г.

казна уплатила ему опредѣленную сумму денегъ. Другими словами, по русскому закону внесеніе денегъ депозитомъ въ присутственное мѣсто не является заключеніемъ договора поклажи (римское depositum), регулируемаго статьями 2100—2125 Зак. Гражд., но по существу возникающихъ отношеній ближе всего подходитъ къ договору ссуды.

Создавшееся такимъ образомъ обязательство естественно можетъ быть погашено только однимъ способомъ: уплатою подлежащей суммы управомоченному лицу.

Если сумма, равная той, которая должна была быть уплачена Ивану, будетъ украдена изъ казначейства, то, согласно изложенному, украдена будетъ сумма, по русскому закону признаваемая казенною, и эта покража на отношеніяхъ, существовавшихъ между Иваномъ и казною, естественно, никакъ отразиться не можетъ и конечно не можетъ погасить обязательства казны уплатить эту сумму Ивану. Это несомнѣнно.

Не менѣе несомнѣнно и то, что если Сидоръ путемъ обмана, напр. назвавшись Иваномъ, получить подъ видомъ Ивана какую либо сумму изъ казначейства, то это опять таки обязательственнаго отношенія между Иваномъ и казною ни въ чемъ затронуть не можетъ, и право Ивана на полученіе слѣдовавшей ему суммы не можетъ считаться погашеннымъ.

Неправильная выдача денегъ Сидору, по ошибкѣ чиновника принятому за Ивана, никакого убытка этому Ивану причинить не можетъ, ибо ни въ чемъ не погашаетъ принадлежащаго ему права на полученіе изъ казны данной суммы. Сидоръ получилъ деньги казенныя, а не деньги Ивана. Казна и несетъ этотъ убытокъ ¹⁾. А Иванъ долженъ получить слѣдующія ему деньги, совершенно независимо отъ того, что потеряла казна вслѣдствіе того, что она ошибкою уплатила другому лицу, или что у нея было украдено ²⁾.

Такимъ образомъ, переходъ депозитовъ въ собственность казны, съ превращеніемъ права собственности вкладчика въ право требованія къ казнѣ, является такою вытекающею изъ дѣйствующаго русскаго законодательства конструкціею депозита, которою отвѣт-

¹⁾ И если уже видѣть въ приемѣ депозита договоръ и распространять на него постановленія Законовъ Гражд., то намъ казалось бы, что законное основаніе отвѣтственности казны надо было бы видѣть не въ ст. 687 Зак. Гражд., а въ ст. 1537 Зак. Гражд. и въ ст. 178 Пол. Каз. Пост. и Подр., говорящихъ о неизблѣмости договоровъ, заключенныхъ казною.

²⁾ Разрѣшая дѣла объ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ. Гр. Касс. Д-тъ могъ бы вспомнить свое рѣшеніе 1880 г. № 93, въ которомъ Сенатъ говоритъ, что „выдача и полученіе денегъ неподлежащимъ лицомъ не освобождаетъ должника отъ отвѣтственности по обязательству передъ дѣйствительнымъ кредиторомъ“.

ственность казны обуславливается самымъ прямымъ и непосредственнымъ образомъ.

Совершенно иначе обстоитъ дѣло въ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ депозита являются не деньги, вообще не замѣнимыя вещи, напр. когда подъ охрану органовъ власти поступаютъ какіе либо предметы или даже незамѣнимыя (напр. именныя) цѣнныя бумаги.

Къ нимъ предлагаемая конструкція отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ непримѣнима, и въ дѣйствующемъ законодательствѣ не оказывается юридической опоры для этихъ депозитовъ, не могущихъ поступить въ собственность казны. Этою точкою опоры могъ бы быть только спеціальнй законъ, устанавливающій отвѣтственность казны. Но такого закона нѣтъ, по крайней мѣрѣ по отношенію къ депозитамъ, хранимымъ чиновниками, служащими по назначенію отъ правительства.

И пока такого закона нѣтъ, практика вынуждена или отрицать отвѣтственность за сохранность неденежныхъ депозитовъ (что нравственно представляется безусловно недопустимымъ, и что самымъ рѣзкимъ образомъ оскорбляло бы наше современное правовое чувство), или же основывать эту отвѣтственность на такого рода постановленіяхъ закона, которыя не имѣли въ виду отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ.

Германская судебная практика вступила на этотъ послѣдній путь въ 1751 г., наша сенатская въ 1892 г.—Можемъ ли мы, становясь на точку зрѣнія требованій законности, осуждать эту практику? Намъ кажется, что не можемъ.

Противъ того, что статьи закона, имѣющія отношеніе только къ частнымъ лицамъ, распространены помимо какого бы то ни было законодательнаго постановленія на государство въ его имущественныхъ отношеніяхъ,—противъ того, что судебною практикою вообще было создано, помимо или почти помимо закона, и самое понятіе казны, какъ субъекта частно-правовыхъ отношеній,—противъ этого никто не спорить и спорить не можетъ.

И коль скоро статья 687, вопреки своему первоначальному смыслу, распространена на государство въ его имущественныхъ частно-правовыхъ отношеніяхъ въ дѣлахъ одного какого либо рода, то ничто не можетъ препятствовать распространенію этой же статьи и на дѣла какой либо другой категоріи, если только примѣненіе этой статьи именно въ этой категоріи дѣлъ имѣетъ за себя достаточныя житейскія основанія, и если тотъ практическій выводъ, который получается при примѣненіи этой статьи, соотвѣтствуетъ общимъ началамъ права или даже настоятельно требуется ими.

И такъ какъ трудно и представить себѣ другую категорію дѣлъ, въ которыхъ отвѣтственность казны имѣла бы большія жизненныя и правовыя основанія, чѣмъ отвѣтственность казны за сохранность тѣхъ денегъ, относительно которыхъ она требуетъ, чтобы онѣ были

сданы ей на хранение, то намъ и кажется, что судебная практика, устанавливающая въ этомъ вопросѣ отвѣтственность казны хотя бы путемъ распространенія на государство тѣхъ или иныхъ постановленій законовъ гражданскихъ, отвѣчаетъ несомнѣннымъ житейскимъ потребностямъ, отвѣчаетъ категорическимъ требованіямъ нашего правосознанія и потому ни въ коемъ случаѣ осуждена быть не можетъ.

В. Русскіе законопроекты по вопросу объ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ. Какъ мы уже упоминали ¹⁾, Министерствомъ Юстиціи въ 1890 г. по порученію Государственнаго Совѣта былъ выработанъ проектъ закона объ отвѣтственности Государственнаго Казначейства за растраты должностными лицами ввѣренныхъ имъ по службѣ суммъ.

Этотъ проектъ исходитъ изъ распространенія на казну общихъ положеній Законовъ Гражданскихъ объ отвѣтственности господъ и вѣрителей за слугъ и повѣренныхъ ²⁾.

Хотя при этомъ Мин. Юстиціи мимоходомъ и замѣчаетъ, что такая отвѣтственность казны, „соотвѣтствуя общему духу законодательства, а равно и достоинству правительственной власти“, находитъ себѣ должное подтвержденіе и въ дѣйствующей практикѣ, но въ общемъ проектъ Министерства Юстиціи всецѣло стоитъ на цивилистическомъ пониманіи отвѣтственности казны, а поэтому и чреватъ всѣми тѣми недоразумѣніями, неточностями и пробѣлами, которые обусловливаются распространеніемъ на публично-правовую отвѣтственность казны постановленій гражданского права о поклажѣ или объ отвѣтственности господъ и вѣрителей ³⁾.

Интересующая насъ въ данное время часть проектированнаго закона изложена такъ: „Когда виновные въ присвоеніи или растратѣ ввѣренныхъ имъ по службѣ денежныхъ суммъ или другого имущества не въ состояніи сами заплатить падающее на нихъ за сіе взысканіе, то оно обращается на имѣвшихъ за ними надзоръ и изблеченныхъ въ упущеніяхъ по оному, въ случаѣ неизблеченія или несостоятельности послѣдняго,—на казну, если виновные занимали должности по опредѣленію отъ правительства“.

¹⁾ См. выше, стр. 348—349.

²⁾ „Обязанность казны возмѣстить убытки, причиненные растратами должностныхъ лицъ, не выражена прямо въ законѣ. Тѣмъ не менѣе, руководствуясь общимъ смысломъ содержащихся въ Законахъ Гражд. постановленій объ отвѣтственности за вредъ и убытки, надлежитъ придти къ заключенію, что, при несостоятельности правительственнаго агента, учинившаго растрату, и невозможности возмѣстить растраченное имъ путемъ взысканія съ пособниковъ или имѣвшихъ надъ нимъ надзоръ, имущественная отвѣтственность должна падать на казну, подобно тому, какъ таковая обращается на господъ и вѣрителей за дѣйствія, совершенныя ихъ слугами и повѣренными (ст. 687 т. X, ч. I), или на владѣльцевъ желѣзнодорожныхъ или пароходныхъ предпріятій (ст. 688)*.“

³⁾ См. выше, стр. 316—326.

Этотъ законъ, вводя у насъ отвѣтственность казны, устанавливаетъ отвѣтственность субсидіарную, собственно говоря, даже не во вторую голову, а въ третью: сначала отвѣчаетъ самъ виновникъ, въ случаѣ его неоплатности отвѣчаютъ имѣвшіе надъ нимъ надзоръ и изблеченные въ упущеніяхъ по оному, и лишь въ случаѣ несостоятельности имѣвшаго надзоръ и изблеченнаго въ упущеніи, или въ случаѣ не-изблеченія въ упущеніи по надзору отвѣчаетъ казна.

Практически это конечно всегда сведется къ отвѣтственности во вторую голову: на дѣлѣ привлеченія къ отвѣтственности лицъ, имѣвшихъ надзоръ, т. е. по общему правилу начальства, почти никогда не бываетъ. Если это начальство дѣйствительно виновно въ упущеніяхъ и тѣмъ создало благопріятную обстановку для растраты, то на практикѣ это скорѣе можетъ только вести къ безнаказанности чиновниковъ, производившихъ растрату: чтобы не предавать суду начальство, не предадутъ и ихъ. Преданіе суду непосредственнаго виновника конечно будетъ имѣть мѣсто чаще всего въ тѣхъ случаяхъ, когда начальство чисто.

Но даже и отвѣтственность казны, хотя бы и не въ третью, а во вторую голову, когда обывателю приходится сначала вѣдаться съ самимъ чиновникомъ, практически является величайшею несправедливостью. Установленіе факта виновности именно того, а не другого чиновника для обывателя часто является совершенно невозможнымъ; розысканіе самого чиновника, въ особенности бѣжавшаго,— тоже; производство всей, по большей части бесполезной процедуры взысканія съ ничего не имѣющаго чиновника ничего кромѣ непродизводительныхъ издержекъ для потерпѣвшаго и напрасной траты времени не представляетъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ эта лишь субсидіарная отвѣтственность казны является и теоретически совершенно неправильной.

Однако нельзя не вспомнить, что во многихъ государствахъ, если не повсемѣстно, отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ при первоначальномъ своемъ установленіи имѣла именно характеръ отвѣтственности субсидіарной ¹⁾.

Повидимому и Россія въ своемъ правовомъ развитіи суждено пройти черезъ эту ступень.

Проектъ Министерства Юстиціи вызываетъ и то возраженіе, что, будучи вставкою, проектированною въ Улож. о⁸ Наказаніяхъ, онъ связываетъ возможность отвѣтственности казны съ тою или другою виною должностныхъ лицъ, которымъ по службѣ ввѣрено какое либо имущество. Но гибель депозита возможна и безъ вины должностныхъ лицъ, возможна и безъ вины какого либо опредѣлимаго должностнаго человѣка: виновникъ можетъ быть и не розысканъ. Суммы могутъ

¹⁾ См. выше, стр. 317.

быть похищены изъ казеннаго сундука и безъ какой либо. вины со стороны тѣхъ должностныхъ лицъ, которымъ ввѣрено его храненіе: напр. если сундукъ отняли разбойники, совершенно неожиданно напавшіе съ такимъ оружіемъ, въ такомъ количествѣ, что противостать имъ было фактически невозможно. Виновными въ похищеніи суммъ могутъ оказаться не тѣ должностныя лица, которымъ ввѣрено ихъ храненіе: таковъ былъ случай въ дѣлѣ, рассмотрѣнномъ Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи Гражд. Касс. Департамента 1901 г. № 56: по подложной ассигновкѣ изъ казначейства получилъ деньги чиновникъ изъ окружнаго суда, къ храненію денегъ отношенія не имѣвшій.

Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ казна по проекту Министерства Юстиціи не отвѣчала бы. Несправедливость и непослѣдовательность явныя).

Сравнительно гораздо выше стоитъ Проектъ Гражданскаго Уложенія.

Въ пунктѣ 3 статьи 1074 онъ говоритъ: „Казна отвѣчаетъ безусловно за цѣлость и сохранность имущества частныхъ лицъ, принятаго помимо ихъ воли на храненіе или во временное завѣдываніе правительственными мѣстами или должностными лицами вслѣдствіе предписанія закона или по распоряженію правительственной власти“.

Въ Объясненіяхъ къ этому постановленію ²⁾ Редакціонная Комиссія говоритъ, что въ виду того, что должностныя лица, распоряжаясь о принятіи имущества въ казенное завѣдываніе, дѣйствуютъ, какъ органы власти, потерпѣвшіе убытокъ отъ неправильныхъ дѣйствій этихъ должностныхъ лицъ по общему правилу имѣли бы право взыскивать этотъ убытокъ лишь съ самихъ чиновниковъ, что часто равнялось бы невозможности взыскать вознагражденіе „вслѣдствіе затрудненій, сопряженныхъ съ обнаруженіемъ виновныхъ и принадлежащаго имъ имущества“.

Затѣмъ Редакціонная Комиссія говоритъ, что такъ какъ казна, какъ юридическое лицо частнаго права, отвѣчаетъ за сохранность имущества, принятаго на храненіе по договорамъ съ частными лицами ³⁾, то тѣмъ болѣе она должна отвѣчать за сохранность имущества, которое поступило въ завѣдываніе должностныхъ лицъ помимо воли собственника ⁴⁾. По мнѣнію Редакціонной Комиссіи „эта отвѣт-

¹⁾ Надо, впрочемъ, замѣтить, что такой пробѣлъ проекта не можетъ быть поставленъ въ вину его авторамъ, но объясняется тѣмъ, что Гос. Совѣтъ поручилъ составить законопроектъ объ отвѣтственности казны именно за растраты депозитовъ.

²⁾ Гражд. Уложеніе, книга V. Объясненія, томъ V, стр. 508—509.

³⁾ При этомъ Ред. Ком. ссылается на ст. 1537 т. X, ч. 1, на ст. 5 и 102 т. XII Общ. Уст. Росс. Жел. Дор., на касс. рѣш. 1889 г. № 69, 1875 г. № 155 и на опр. Общ. Собр. Прав. Сен. 1856 г., Сборникъ 1864 г., т. I, ч. 2, № 543.

⁴⁾ Доводъ несомнѣнно резонный, но ссылатся на него Ред. Комиссія врядъ ли имѣетъ право: еслибы Ред. Ком. сама признавала его правильность,

ственность казны, какъ и по договорамъ, должна быть безусловною въ томъ смыслѣ, что начальство виновныхъ должностныхъ лицъ не въ правѣ слагать съ казны отвѣтственность представленіемъ доказательствъ того, что оно приняло необходимыя мѣры предосторожности какъ при выборѣ должностного лица, такъ и по надзору за нимъ“.

Итакъ, Проектъ Гражд. Улож. устанавливаетъ отвѣтственность казны въ первую голову. Это правильно. Устанавливаетъ отвѣтственность безусловную. И это повидимому правильно. Только „повидимому“. Терминъ „безусловная отвѣтственность“ въ законѣ не установленъ и не опредѣленъ. Поэтому надо думать, что для разрѣшенія вопроса, что именно надо понимать подъ этимъ терминомъ, будутъ обращаться къ Объясненіямъ къ ст. 1074 Проекта, и въ этихъ Объясненіяхъ найдутъ по этому вопросу только приведенныя выше соображенія.

Тамъ прямо сказано, что „отвѣтственность казны, какъ и по договорамъ, должна быть безусловною въ томъ смыслѣ, что начальство виновныхъ должностныхъ лицъ не въ правѣ слагать съ казны отвѣтственность представленіемъ доказательствъ того, что оно приняло необходимыя мѣры предосторожности какъ при выборѣ должностного лица, оказавшагося виновнымъ, такъ и по надзору за нимъ“.

Такимъ образомъ, какъ оказывается, Проектъ Гражд. Ул. стоитъ на той архаической точкѣ зрѣнія, будто общимъ условіемъ для отвѣтственности казны за вину даннаго чиновника является упущеніе другого чиновника при назначеніи перваго или при надзорѣ за нимъ, будто отвѣтственность казны за растрату, произведенную помощникомъ казначея, возможна только въ случаѣ *culpa in eligendo* или *in custodiendo* со стороны казначея, а отвѣтственность казны за растрату, произведенную казначеемъ, возможна только въ случаѣ подобной же *culpa* со стороны Управляющаго Казенною Палатою.

Что отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ является „безусловною“ въ такомъ смыслѣ, этого было бы лучше и не упоминать.

Отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ должна быть безусловною, но въ томъ смыслѣ, что эта отвѣтственность не можетъ стоять въ зависимости отъ вины того или другого чиновника, въ томъ смыслѣ, что казна отвѣчаетъ и за случай, и за непреодолимую силу.

то ей пришлось бы установить отвѣтственность казны за всѣ вообще дѣйствія должностныхъ лицъ, которыхъ законъ навязываетъ обывателямъ, т. е. за всѣ тѣ дѣйствія, гдѣ должностныя лица являются органами власти. Между тѣмъ, сама же Ред. Ком. въ своемъ проектѣ (ст. 1104) ограничиваетъ отвѣтственность казны только отношеніями частно-правовыми, т. е. тѣми, въ которыхъ обыватели вступаютъ съ казною добровольно.

Но такой по существу дѣла необходимой отвѣтственности казны Проектъ повидимому не признаетъ, ибо въ объясненіяхъ къ слову „безусловная“ говоритъ исключительно объ отвѣтственности за виновныхъ должностныхъ лицъ.

Другою слабою стороною разсматриваемаго постановленія Проекта Гражд. Улож. является его чисто цивилистическая точка зрѣнія. Это постановленіе помѣщено въ Проектѣ въ видѣ пункта 3 статьи 1074, по содержанию своему соотвѣтствующей ст. 687 дѣйствующей ч. I т. X, говорящей объ отвѣтственности господъ и вѣрителей за слугъ ихъ и повѣренныхъ ¹⁾. Такимъ образомъ отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ получаетъ по проекту характеръ частнаго случая отвѣтственности хозяевъ за ихъ слугъ; отсюда является естественнымъ ограниченіе отвѣтственности казны случаями виновныхъ этихъ слугъ, въ данномъ случаѣ чиновниковъ.

Отсюда, въ связи съ тѣмъ, что Проектъ обусловливаетъ отвѣтственность хозяевъ наличностью вины *in eligendo* или *in custodiendo* и разрѣшаетъ хозяевамъ слагать съ себя отвѣтственность, доказавъ что ими были приняты необходимыя мѣры предосторожности какъ при выборѣ служащаго, такъ и при надзорѣ за нимъ,—Проектъ и начинаетъ говорить о безусловной отвѣтственности казны въ томъ смыслѣ, что эта отвѣтственность не зависитъ отъ чьей либо вины *in eligendo* или *in custodiendo*; а такъ какъ вины самого несущаго отвѣтственность государства быть не можетъ, то проектъ неожиданно и заговорилъ о винѣ начальства чиновника, совершившаго растрату ²⁾.

Затѣмъ, въ это постановленіе совершенно напрасно вставлены слова: „помимо воли“ („казна отвѣчаетъ безусловно за цѣлость и сохранность имущества частныхъ лицъ, принятаго помимо ихъ воли на храненіе...“).

Если этимъ словамъ придавать тотъ смыслъ, который они имѣютъ въ дѣйствительности, то получилось бы, что казна отвѣчала бы

¹⁾ Ст. 1074 Проекта Гражд. Улож. редактирована такъ: „Хозяинъ обязанъ вознаграждать за вредъ, причиненный его служащими (управляющими, приказчиками, техниками и т. п.), рабочими или прислугою при исполненіи возложенныхъ на нихъ обязанностей, если не докажетъ, что имъ были приняты необходимыя мѣры предосторожности какъ при выборѣ служащихъ или прислуги, такъ и по надзору за ними.

Такой же отвѣтственности подлежатъ и юридическія лица (въ томъ числѣ и казна), если вредъ причиненъ при производствѣ торговли, промысловъ, строительныхъ работъ и тому подобныхъ имущественныхъ предпріятій“.

Пунктъ третій этой статьи приведенъ нами выше, на стр. 359.

²⁾ Именно потому, что статья 1074 обусловливаетъ отвѣтственность „хозяина“ виною *in eligendo* или *in custodiendo*, выраженіе „безусловно“, употребленное въ пунктѣ 3 этой статьи, и не можетъ имѣть другого смысла, кромѣ того, который ему приписанъ въ Объясненіяхъ. Къ тому же толкованію, которое дается Объясненіями, можно было придти и на основаніи анализа самой статьи, еслибы только отъ этого толкованія не слѣдовало отказаться, какъ отъ приписывающаго закону явно бессмысленное содержаніе.

или не отвѣчала бы въ зависимости отъ обстоятельствъ, для дѣла не имѣющихъ ровно никакого значенія: казна не отвѣчала бы по всѣмъ тѣмъ депозитамъ, которые были внесены при прошеніи о приѣмѣ ихъ. А это и есть нормальный случай депозита: чаще всего деньги вносятся при бумагѣ, въ которой указывается, на какой предметъ онѣ вносятся, кому и при какихъ условіяхъ онѣ должны быть выданы, и т. п. Бумага эта чаще всего излагается въ формѣ прошенія даже и тѣмъ лицомъ, которое вноситъ деньги, исполняя требованіе о томъ закона. Но если деньги приняты по прошенію о томъ частнаго лица, то уже нельзя говорить, что онѣ приняты „помимо его воли“.

Слова эти очевидно должны были бы выражать ту мысль, что казна „безусловно“ отвѣчаетъ только за тотъ депозитъ, который поступилъ въ нее не единственно по желанію того со стороны вкладчика, но и по требованію о томъ со стороны закона или властей. Но эта мысль и независимо отъ того вполнѣ точно и ясно выражена заключительными словами статьи: „казна отвѣчаетъ безусловно за цѣлость и сохранность имущества частныхъ лицъ, принятаго помимо ихъ воли на храненіе или во временное завѣдываніе правительственными мѣстами и должностными лицами вслѣдствіе предписанія закона или по распоряженію правительственной власти“. Поэтому слова „помимо ихъ воли“ являются излишними и, какъ таковыя, должны быть исключены; они тѣмъ болѣе подлежатъ исключенію, что даютъ поводъ къ такому толкованію, возможность котораго безусловно должна быть устранена ¹⁾).

Если задаться вопросомъ, что надо сдѣлать съ рассматриваемою статьею Проекта Гражд. Улож., то повидимому надо придти къ слѣдующему выводу. Прежде всего, пунктъ 3 этой статьи, говорящей объ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ, надо отдѣлать отъ первыхъ двухъ пунктовъ статьи и помѣстить гдѣ либо отдѣльно въ Раздѣлѣ III книги V, въ Раздѣлѣ объ „Обязательствахъ, возникающихъ не изъ договоровъ“, напр. въ видѣ единственной статьи главы V этого Раздѣла ²⁾. Отъ этого нарушится непосредственная связь

¹⁾ Страннымъ и непонятнымъ плеоназмомъ являются въ статьѣ также слова: „за цѣлость и сохранность“. Какую разницу между этими двумя понятіями усматривали авторы проекта, намъ не ясно. Какой неясности боялись они въ томъ случаѣ, еслибы вмѣсто этихъ двухъ словъ было употреблено только одно какое либо изъ нихъ?

²⁾ Помѣщеніе этой статьи въ главѣ IV, о „вознагражденіи за вредъ, причиненный незаконными дѣйствіями“, напр., въ Отдѣлѣ II этой главы, „Особые виды недовольныхъ дѣяній“, вызвало бы противъ себя и то возраженіе, что такое мѣсто этой статьи противорѣчило бы „безусловному“ характеру отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ: отвѣтственность эта, какъ мы видѣли, можетъ возникать и помимо незаконныхъ дѣяній органовъ правительства.

этого постановленія съ совершенно инородною отвѣтственностью „хозяевъ“.

Тотъ фактъ, что постановленіе это, относясь къ области публичнаго права, помѣщено будетъ въ Гражданскомъ Уложеніи, самъ по себѣ особой бѣды не составляетъ: во всякомъ случаѣ это бѣда меньшая, чѣмъ полное отсутствіе такого постановленія и въ гражданскихъ, и въ публичныхъ законахъ. Возможно, что неправильное присвоеніе этой отвѣтственности цивилистическаго характера и повлечетъ за собою не совсѣмъ правильное разрѣшеніе того или другого частнаго случая, — полное отсутствіе такого постановленія должно влечь за собою или неправильное разрѣшеніе всѣхъ дѣлъ этого рода, или же постановленіе судебныхъ рѣшеній, не имѣющихъ опоры въ законѣ, что съ принципиальной точки зрѣнія представляется зломъ во всякомъ случаѣ не меньшимъ.

Помѣщеніе этого постановленія въ Гражданскомъ Уложеніи имѣетъ и ту хорошую сторону, что утверждаетъ подсудность этихъ дѣлъ гражданскимъ судамъ, а въ такого рода имущественныхъ, денежныхъ дѣлахъ она всегда предпочтительнѣе.

Отъ такого перемѣщенія этой статьи выраженіе „отвѣчаетъ безусловно“, порвавъ свою связь съ отвѣтственностью хозяевъ и съ ихъ culpa in eligendo et custodiendo, получило бы тотъ смыслъ, который дѣйствительно соотвѣтствуетъ смыслу разсматриваемаго института.

Редактирована эта статья могла бы быть слѣдующимъ образомъ: „Казна отвѣчаетъ безусловно за сохранность имущества частныхъ лицъ, принятаго на храненіе или во временное завѣдываніе правительственными мѣстами и должностными лицами вслѣдствіе предписанія закона или по распоряженію правительственной власти“ ¹⁾.

§ 3. Вознагражденіе невинно осужденныхъ.

Дѣйствующіе Судебные Уставы не содержатъ постановленія о вознагражденіи не только неправильно привлеченныхъ къ суду, но и невинно осужденныхъ.

¹⁾ И при этой своей редакціи статья эта сохранила бы одну изъ вопіющихъ несправедливостей дѣйствующаго права по вопросу объ отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ. Мы имѣемъ въ виду, во-первыхъ, сложеніе отвѣтственности казны на „избравшія общества“ въ тѣхъ случаяхъ, когда растрату произвели должностныя лица выборной службы, а, во вторыхъ, отрицаніе чьей либо реальной денежной отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда растрату произвели должностныя лица, служащія по назначенію въ органахъ самоуправления (чиновники канцелярій управъ и т. п.). Къ этому вопросу и къ тому, какъ и въ виду него слѣдуетъ дополнить разсматриваемую статью, мы вернемся ниже, въ IV части, въ главѣ объ отвѣтственности избравшихъ обществъ.

Комиссія, составлявшая проектъ Устава Уг. Суд., останавливалась на вопросѣ о вознагражденіи оправданнаго подсудимаго „въ томъ случаѣ, если въ неправильномъ привлеченіи его никто не можетъ быть признанъ виновнымъ, и если такой подсудимый, въ теченіе производства о немъ дѣла, содержался продолжительное время подъ стражею“.

Восемь членовъ Комиссіи находили возможнымъ предоставить суду въ подобныхъ случаяхъ право ходатайствовать передъ Императорскимъ Величествомъ о вознагражденіи подсудимаго. Но большинство Комиссіи (20 человекъ) нашло невозможнымъ установить вознагражденіе подсудимаго даже и въ путяхъ Монаршаго милосердія, находя, что судебная ошибка, жертвою которой оказался человекъ, есть несчастіе, „которому человекъ подвергается или вслѣдствіе несовершенства его природы или вслѣдствіе неисповѣдимыхъ судебъ Верховнаго Промысла“¹⁾.

Такимъ образомъ, Комиссія, составлявшая Проектъ Уст. Уг. Суд., повторила тотъ взглядъ, который, какъ мы видѣли, встрѣчался у нѣкоторыхъ старыхъ германскихъ писателей, а именно, что нарушеніе интересовъ и правъ обывателя неправильными дѣйствіями властей должно разсматриваться, какъ несчастный случай, и что послѣдствія его безропотно долженъ нести потерпѣвшій²⁾.

При совершающемся нынѣ пересмотрѣ Устава Уг. Суд. вопросъ о вознагражденіи невинно осужденныхъ снова былъ поставленъ на очередь. При этомъ одинъ изъ членовъ Комиссіи, авторъ уже цитированной нами работы по этому вопросу³⁾, И. Я. Ф о й н и ц к і й, находилъ, что „желательно предоставить суду вознаграждать подсудимаго въ случаѣ признанія его совершенной невинности и отсутствія въ его поведеніи при слѣдствіи и на судѣ такихъ обстоятельствъ, которыя могли бы быть истолкованы не въ его пользу“⁴⁾.

Нельзя сказать, чтобы эта формулировка въ сколько нибудь достаточной степени ограждала имущественныя права обывателей отъ нарушенія ихъ неосновательнымъ привлеченіемъ къ суду. Въ поведеніи каждаго обвиняемаго, въ особенности того, кого привлекли безъ всякихъ основаній, всегда будутъ такого рода дѣйствія, „которыя могли бы быть истолкованы не въ его пользу“. И представить себѣ такого рода привлеченіе къ суду, которое не имѣло бы въ пользу себя ни-

¹⁾ Цитируемъ по статьѣ Н. Н. Розина. „О вознагражденіи лицъ, невинно привлеченныхъ къ уголовному суду“.—Журналъ М-ва Юстиціи, 1897 г., стр. 115.

²⁾ Ср. совершенно аналогичные взгляды на отвѣтственность казны за убытки отъ неправильныхъ дѣйствій властей, какъ на отвѣтственность за убытки отъ несчастной случайности, у Р. ф.-Моля и Ленинга. См. выше, стр. 208 и 214—215.

³⁾ „О вознагражденіи невинно къ суду привлекаемыхъ“. Спб. 1884 г.

⁴⁾ Объяснительная записка къ проекту новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства. Томъ IV, стр. 157.

каких видимыхъ основаній въ поведеніи подсудимаго на слѣдствіи и судѣ, конечно трудно. Поэтому мы находимъ, что формула проф. Фойницкаго, еслибы она была принята, практически, въ смыслѣ правоохраны, не прибавила бы ровно ничего къ существующему положенію вещей, когда права на вознагражденіе вовсе не признаются за неправильно къ суду привлеченными.

Но всему остальному составу Комиссіи формула проф. Фойницкаго показалаь слишкомъ радикальною. Всѣ остальные члены Комиссіи полагали, что „вознагражденіе невинно осужденнаго государствомъ можетъ быть допущено лишь при томъ условіи, если невинность лица, привлекавшагося къ отвѣтственности, съ несомнѣнностью доказана, что можетъ имѣть мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ возобновленія дѣла относительно осужденнаго, онъ будетъ оправданъ при вторичномъ разсмотрѣніи дѣла“¹⁾.

Какъ мы уже имѣли случай указывать выше²⁾, эта постановка вопроса приводитъ къ тому, что право на вознагражденіе отрицается за всѣми оправданными подсудимыми. Такимъ образомъ, во первыхъ, восстанавливается какое то странное „оставленіе въ подозрѣніи“: не всѣ оправданные признаются привлеченными неправильно и невинными, а только тѣ, относительно которыхъ постановленъ особый приговоръ о томъ, что невиновность ихъ доказана.

Во вторыхъ, устанавливается какое то странное различіе въ правѣ на вознагражденіе въ зависимости отъ того, въ какое время невиновность человѣка установлена судомъ. Если при первомъ же разсмотрѣніи дѣла, хотя бы и послѣ продолжительнѣйшаго предварительнаго заключенія, лишившаго человѣка его заработка, повергшаго его семью въ полную нищету, подсудимому удалось самымъ безусловнымъ образомъ доказать свою невиновность, то, согласно проектированной редакціи новой статьи 1039 Уст. Уг. Суд. и согласно приведеннымъ выше соображеніямъ Комиссіи, подсудимому вознагражденіе выдано быть не можетъ. Если же обвинительный приговоръ состоялся, и послѣ него обвиненному удалось доказать свою невиновность, то вознагражденіе можетъ быть выдано. Несообразность явная.

Признавая возможность вознагражденія лишь за тѣми, чья невиновность прямо доказана, Комиссія, пересматривавшая Уст. Угол. Суд., находила, что вознагражденіе вообще должно быть выдаваемо лишь въ исключительныхъ случаяхъ и при томъ въ путяхъ Монаршаго милосердія³⁾.

Эта постановка вопроса, въ которой наши законодательныя комиссіи опять таки сходятся со старыми западными теоріями, тоже должна

¹⁾ Та же Записка, стр. 158.

²⁾ См. выше, стр. 335—336.

³⁾ Та же записка, стр. 158.—Ср. Проектъ новой редакціи Уст. Уг. Суд., ст. 1039.

быть признана неправильною: нарушение правъ неправильными дѣйствіями властей создаетъ право на вознагражденіе. Можно, будучи послѣдовательнымъ, говорить, что государственнымъ интересамъ должны уступать всѣ права, что когда дѣйствія органовъ власти, правильныя или неправильныя, нарушаютъ чьи либо права, то потерпѣвшій долженъ тому безропотно подчиниться, и что никакого юридическаго основанія для отвѣтственности казны нѣтъ.

Но если признать, что права гражданъ для должностныхъ лицъ неприкосновенны, что неправильныя дѣйствія властей, хотя они и дѣйствія чиновниковъ, правъ обывателей нарушать не должны,—то вознагражденіе за убытки, причиненные незаконными дѣйствіями органовъ власти, должно носить характеръ права потерпѣвшаго, а не оказываемой ему милости.

§ 4. *Отвѣтственность казны за чиновъ ипотечныхъ учрежденій.*

Русскій проектъ „Вотчиннаго Устава“, точнѣе, проектъ „Учрежденія вотчинныхъ Установленій“ (1896 г.), составленный Редакціонною Комиссіею по составленію Проекта Гражданскаго Уложенія, не устанавливаетъ отвѣтственности казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ вотчинныхъ установленій. Однако въ составѣ Комиссіи два члена (І. И. Карницкій и Л. В. Гантовъ) остались при особомъ мнѣніи, находя, что слѣдуетъ установить субсидіарную отвѣтственность казны за этихъ чиновниковъ. Тѣ доводы, которые приведены въ подкрѣпленіе этого особаго мнѣнія, далеко не могутъ считаться убѣдительными въ томъ смыслѣ, чтобы ими устанавливалась необходимость отвѣтственности казны именно за вотчинныхъ чиновниковъ, а не за всѣхъ иныхъ. Эти доводы резюмированы такъ: „Справедливо, поэтому, чтобы отвѣтственность за убытокъ, покрыть который эти лица (должностныя лица вотчинныхъ установленій) не будутъ въ состояніи, несло государство, назначившее ихъ на должность, принудившее собственниковъ ввѣрить ихъ попеченію прочность вотчинныхъ правъ и, кромѣ того, получившее за это попеченіе соотвѣтственную плату въ видѣ пошлинъ и вотчинныхъ издержекъ“¹⁾. Но всѣ эти доводы, съ устраненіемъ слова „вотчинныхъ“ (правъ), или даже прямо въ этомъ же самомъ видѣ вполне примѣнимы напр. и къ нотаріусамъ: они тоже назначаются правительствомъ, правительство требуетъ, чтобы нѣкоторыя сдѣлки были облечены въ форму сдѣлокъ нотаріальныхъ, правительство вѣщаетъ гербовые сборы.

Тѣ соображенія, которыми большинство Комиссіи опровергало мнѣніе этихъ двухъ членовъ, представляются еще значительно менѣе убѣдительными: большинство указывало на то, что Проектъ и безъ того представляетъ достаточно гарантіи противъ ошибокъ и злоупо-

¹⁾ Проектъ Учрежденія Вотчинныхъ Установленій съ Объясненіями, стр. 41.

требленій должностныхъ лицъ вотчинныхъ установленій: „начальникъ вотчиннаго установленія и хранитель вотчинныхъ книгъ, согласно Проекту, назначаются изъ числа лицъ, получившихъ высшее юридическое образованіе“ ¹⁾; засимъ, повидимому въ опроверженіе обязательности обращенія къ вотчиннымъ установленіямъ, большинство Комиссіи указываетъ на то, что внесеніе отдѣльныхъ статей въ вотчинную книгу происходитъ только по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ. Наконецъ, по поводу взимаемыхъ сборовъ большинство Комиссіи замѣчаетъ, что взимаемые государствомъ „съ подданныхъ налоги никакъ не могутъ почитаться платою за услуги. Въ примѣненіи къ вотчиннымъ дѣламъ сборы при вотчинномъ производствѣ представляются такими же налогами, какъ гербовыя, крѣпостныя пошлины и т. п. Такъ что въ данномъ случаѣ едва ли правильно выводить имущественную отвѣтственность государства за дѣйствія должностныхъ лицъ вотчиннаго установленія изъ начала взаимнаго страхованія собственниковъ недвижимыхъ имѣній“ ²⁾).

Но врядъ ли можно признать, что государство, коль скоро оно назначило на какую либо должность лицо съ юридическимъ образованіемъ, слагаетъ съ себя тѣмъ всякую отвѣтственность: это было бы такъ, еслибы отвѣтственность казны основывалась на *culpa in eligendo*, и еслибы университетское образованіе могло считаться полною гарантіею пригодности кандидата въ нравственномъ и умственномъ отношеніи. И то и другое не вѣрно. Что касается того соображенія, что каждая статья вносится въ вотчинную книгу по просьбѣ заинтересованной стороны, то это отнюдь не опровергаетъ принудительности обращенія къ помощи вотчинныхъ учреждений, такъ какъ, коль скоро вотчинная книга для даннаго имѣнія заведена, то заключеніе ряда сдѣлокъ помимо вотчиннаго установленія невозможно. Наконецъ то соображеніе, что взимаемые при вотчинномъ производствѣ сборы не представляютъ собою платы за услуги, а являются налогомъ, само собою разумѣется, отнюдь не предрѣшаетъ вопроса, не включена ли въ эти сборы страховая премія, ибо вѣтъ того закона, чтобы страховая премія могла быть включаема только въ плату за услуги, но отнюдь не въ налогъ.

Но, совершенно независимо отъ солидности или несолидности доводовъ большинства или меньшинства Комиссіи, мы думаемъ, что врядъ ли въ настоящее время, при самомъ введеніи вотчинныхъ установленій въ дѣйствіе, можетъ быть установлена отвѣтственность казны: теперь въ пользу нея говорятъ только такого рода общія юридическія соображенія, которыя примѣнимы и къ цѣлому ряду другихъ дѣлъ, гдѣ отвѣтственности казны не существуетъ. Примѣръ Западной

¹⁾ Тамъ же, стр. 43.

²⁾ Тамъ же, стр. 43—44.

Европы, собственно говоря, одной Германіи, самъ по себѣ еще мало доказываетъ необходимость немедленнаго введенія отвѣтственности казны.

Тѣмъ не менѣе намъ кажется, что установленіе отвѣтственности казны въ этихъ дѣлахъ является весьма вѣроятнымъ, и притомъ въ довольно непродолжительномъ будущемъ. Въ вотчинныхъ установленіяхъ между прочимъ предполагено сосредоточить публичную продажу имѣній. При современной ипотечной задолженности Россіи, при громадной массѣ имѣній, ежегодно назначаемыхъ въ продажу, эта сторона дѣятельности ипотечныхъ учрежденій должна получить широкое развитіе. Ошибки, недосмотры въ особенности въ первое время будутъ неизбежны. И теперь, когда по банковскимъ взысканіямъ продажи производятся самими банками, выработавшими извѣстные навыки, и то нерѣдки случаи неправильныхъ продажъ. Но теперь за такія неправильныя продажи несутъ отвѣтственность сами банки, т. е. учрежденія безусловно платежеспособныя. Если собственникамъ имущества и ихъ кредиторамъ вмѣсто гарантіи банковъ предоставить гарантію личнымъ имуществомъ ипотечныхъ чиновниковъ съ ихъ университетскимъ образованіемъ, то конечно вполне мыслимы такіе случаи, что потерпѣвшіе ничего не получаютъ.

И если подойдет нѣсколько подобныхъ дѣлъ, и они случайно получатъ широкую огласку, то весьма возможно, что вопросъ объ отвѣтственности казны будетъ разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ при первомъ же законодательномъ пересмотрѣ вотчиннаго устава, въ особенности если этими потерпѣвшими окажутся лица, сколько нибудь близкія къ тѣмъ, кто будетъ производить этотъ пересмотръ.

§ 5. Расширеніе отвѣтственности казны въ практикѣ Пр. Сената за последнее время.

Указанная выше точка зрѣнія, что казна (или самоуправляющаяся единица, городъ или земство) отвѣчаетъ за вредъ, причиненный неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ въ томъ случаѣ, если эти чиновники являются уполномоченными казны по ея имуществамъ, и что наоборотъ, казна не отвѣчаетъ, если чиновники дѣйствовали, какъ органы публичной власти, послѣдовательно примѣнялась Пр. Сенатомъ почти до самаго конца 90-хъ годовъ XIX столѣтія.

Единственнымъ отступленіемъ отъ этого начала являлось рѣшеніе Общ. Собр. I-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1892 г. № 52 по дѣлу о мировомъ судѣ Варшавскаго округа, растратившемъ деньги, входившія въ составъ охранявшагося имъ наслѣдства. Какъ мы указывали выше ¹⁾, Сенатъ призналъ казну обязанною возмѣстить растра-

¹⁾ См. выше, стр. 351—354.

ченныя деньги. Рѣшеніе это послужило основаніемъ для отвѣтственности казны за сохранность депозитовъ ¹⁾. Какъ бы ни объяснялась эта отвѣтственность казны въ приведенныхъ рѣшеніяхъ Сената, во всякомъ случаѣ нельзя отрицать того факта, что это есть отвѣтственность за дѣйствія чиновниковъ ²⁾, и при томъ за такого рода ихъ дѣйствія, которыя не подходятъ подъ категорію дѣйствій по управленію имуществами казны, и при которыхъ чиновники не могутъ считаться представителями казны, какъ юридическаго лица частнаго права. Дѣятельность присутственнаго мѣста по приему, храненію и выдачѣ депозита есть дѣятельность публично-правовая, тутъ чиновники являются органами власти. Выше мы видѣли тѣ въ высшей степени солидныя основанія, которыя повсемѣстно заставляютъ признать отвѣтственность казны за сохранность депозитовъ; противъ этой отвѣтственности возражать нельзя, она необходима, но она есть нарушение того принципа, который до послѣдняго времени проводился по этому вопросу Пр. Сенатомъ.

Дальнѣйшимъ нарушеніемъ того же принципа, и опять таки въ сторону дальнѣйшаго расширенія отвѣтственности казны по тѣмъ дѣламъ, по которымъ, согласно прежней теоріи, могли бы отвѣчать только должностныя лица, а не казна (или самоуправляющаяся единица), являются слѣдующія сенатскія рѣшенія, относящіяся уже къ ХХ вѣку. Въ рѣш. Общаго Собр. 1-го и Кассе-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1900 г. № 8 Сенатъ разсматривалъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли земство право отпускать изъ своихъ аптекъ рецептурныя лѣкарства, и если не имѣетъ, то обязано ли оно нести отвѣтственность передъ держателемъ вольной аптеки за убытки, причиненные ему такимъ отпускомъ лѣкарствъ. Признавъ, по первому вопросу, что права отпускать рецептурныя лѣкарства за деньги земство не имѣетъ и въ томъ случаѣ, „хотя бы такимъ отпускомъ земство не преслѣдовало коммерческой цѣли и не извлекало выгоды“, Сенатъ засимъ нашель: „1. что по Пол. Зем. Учр. частныя лица, общества и установленія, въ случаѣ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ дѣйствіями земскихъ учреждений, имѣютъ право иска на общемъ основаніи, и что прине-сеніе жалобъ Пр. Сенату въ порядкѣ административномъ допускается лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда по свойству предмета не можетъ быть начато иска въ судѣ, 2. что по смыслу 574 и 684 ст. т. X ч. 1... убытокъ или вредъ можетъ быть причиненъ посредствомъ всякаго дѣйствія лица или учрежденія, которое не имѣетъ законнаго права на совер-шеніе онаго, и что неотвѣтственнымъ за свои дѣйствія можетъ быть

¹⁾ Ср. рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1901 г. № 56. См. выше, стр. 351.

²⁾ Кромѣ случая растраты денежнаго депозита, внесеннаго въ казначейство: въ этомъ послѣднемъ случаѣ отвѣтственность казны можетъ конструироваться, какъ исполненіе казною принятаго на себя обязательства, а не какъ отвѣтственность за дѣйствія ея органа.

признанъ лишь тотъ, кто дѣйствуетъ въ предѣлахъ своего права....
4. что незаконный отпускъ земствомъ лѣкарствъ за плату, выставляе-
мый, какъ основаніе иска, долженъ быть отнесенъ, по свойству своему,
къ области нарушеній гражданскихъ правъ“.... На этомъ основаніи Се-
нать призналъ, что вопросъ объ отвѣтственности земства разрѣшается
въ утвердительномъ смыслѣ.

Съ формальной стороны можно пожалуй найти, что это рѣшеніе
Сената не противорѣчитъ первоначальной практикѣ: земство признано
отвѣтственнымъ въ такомъ дѣлѣ, въ которомъ оно признано нару-
шившимъ гражданскія права частнаго лица—аптекаря. Но на дѣлѣ
эта ссылка на гражданскій характеръ нарушеннаго права аптекаря
врядъ ли можетъ быть признана правильною: мы, должно быть, не
ошибемся, если предположимъ, что не отвѣтственность земства яви-
лась результатомъ признанія гражданского характера причиненныхъ
убытковъ, а что наоборотъ, гражданскій характеръ этихъ убытковъ
явился результатомъ желанія подыскать основаніе для отвѣтствен-
ности земства.

Монопольныя права содержателя частной аптеки ни въ коемъ
случаѣ, не смотря на свой имущественный характеръ, не могутъ быть
признаны правами гражданскими. Эти права по своему характеру
относятся къ такъ называемымъ административнымъ концессіямъ,
даваемымъ по соображеніямъ публичнымъ и въ публичныхъ интере-
сахъ. Самое полученіе этой концессіи обставлено условіями, въ кото-
рыхъ публичная цѣль аптечной монополіи выступаетъ съ полною оче-
видностью. Разъ такимъ образомъ самое это право аптекаря носить
публичный характеръ, то и нарушеніе этого права съ чьей либо сто-
роны, въ особенности со стороны органовъ власти, есть нарушеніе
правъ публичныхъ, а не гражданскихъ. Право земскихъ учреждений
отпускать при наличности тѣхъ или другихъ условій рецептурныя
или иныя средства изъ своихъ лечебницъ или аптекъ есть точно
такъ же право не гражданское, а публичное, и правильнымъ
или неправильнымъ осуществленіемъ этого права земство можетъ на-
рушить именно публичныя, а не частныя права обывателей. И это
въ особенности долженъ былъ бы признать Сенать, который раньше
не признавалъ частно-правовую дѣятельность земскихъ или город-
скихъ установленій такую ихъ дѣятельность, которая была направлена
„не на извлеченіе выгодъ въ пользу городской кассы, а для обще-
ственной пользы“¹⁾.

¹⁾ Эта точка зрѣнія въ особенности рѣзко выражена въ рѣш. Гражд.
Касс. Д-та 1897 г., № 1 по дѣлу объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными
бактеріологическими прививками въ Одесской бактеріологической станціи. Стан-
ція въ этомъ сенатскомъ рѣшеніи была признана учрежденіемъ „не хозяйствен-
нымъ, а научнымъ“, и поѣтому Сенать призналъ за нее городъ неотвѣтствен-
нымъ.

Въ 1902 г. состоялось новое рѣшеніе Гражд. Касс. Д-та, гдѣ гражданскій характеръ опять признанъ за такого рода убытками, которые въ практикѣ послѣднихъ лѣтъ XIX вѣка, когда публичный характеръ дѣятельности органовъ самоуправленія окончательно выяснился въ глазахъ Сената, несомнѣнно должны были бы имѣть бытъ признаны нарушеніемъ не гражданскихъ, а публичныхъ правъ обывателей ¹⁾).

Обстоятельства дѣла заключались въ томъ, что при мощеніи улицы уровень ея по распоряженію городской управы былъ пониженъ въ одномъ мѣстѣ на столько, что фундаментъ одного изъ домовъ оголился, и въѣздъ въ дворъ этого дома сталъ невозможенъ. Собственникъ предъявилъ къ городу искъ объ убыткахъ. Сенатъ нашелъ, что городъ имѣетъ право собственности на улицы, но что по общему правилу¹⁾ пользоваться своимъ правомъ возможно только такъ, чтобы не лишать другого пользованія его правомъ. Домовладѣльцы имѣютъ право не только прохода и проѣзда по улицамъ, но и право сообщенія двора съ улицей. „Дома строятся, приспособляясь къ наличному во время ихъ постройки уровню улицы. Отсюда вовсе не слѣдуетъ, чтобы уровень улицы долженъ оставаться навсегда неизмѣннымъ. Напротивъ, въ интересахъ городского благоустройства можетъ представиться необходимость измѣнить уровень улицы пониженіемъ либо повышеніемъ его. Но при измѣненіи уровня улицы право смежныхъ владѣльцевъ должно быть, конечно, принимаемо въ уваженіе. Если общія выгоды города вызываютъ необходимость стѣснить имущественныя права отдѣльныхъ горожанъ-домовладѣльцевъ, то послѣдніе, поступаясь своимъ личнымъ интересомъ для интереса общаго, имѣютъ несомнѣнное право на вознагражденіе за это“. На основаніи этихъ соображеній Сенатъ призналъ городъ обязаннымъ вознаградить домовладѣльца за расходъ, необходимый для приспособленія усадьбы къ новому уровню улицы, и за временное затрудненіе пользованія усадьбою. При этомъ Сенатъ призналъ, что „требовать восстановленія прежняго уровня переулка можно было бы при томъ условіи, еслибы положеніе его было признано неоправдываемымъ интересами города, произволомъ со стороны городскихъ властей; признавъ это вправѣ лишь городское представительство и установленная надъ городскимъ управленіемъ общественная (правительственная?) власть“.

Такимъ образомъ Сенатъ самъ признаетъ, что то распоряженіе управы, которымъ нарушены были права просителя, было такого рода распоряженіемъ, которое имѣло цѣлью городское благоустройство. Тутъ не было хозяйственныхъ распоряженій имуществомъ, принадлежащими городу на правѣ частной собственности. Никакихъ выгодъ частнаго собственника городъ, какъ юридическое лицо, при этомъ не преслѣдовалъ. Какъ призналъ Сенатъ, отмѣна этого распоряженія

¹⁾ Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1902 г., № 126.

управы могла бы воспослѣдовать только въ административномъ порядкѣ ¹⁾). Словомъ, тутъ имѣется такая картина всего дѣла, что его несомнѣнно можно было отнести къ дѣламъ публичнымъ и признать, что пониженіемъ уровня улицы нарушены не гражданскія права домовладѣльца, а права его какъ лица, обязаннаго подчиняться власти городского управленія въ кругѣ дѣлъ, этому управленію закономъ предоставленныхъ.

И тотъ фактъ, что Сенатъ началъ расширять свое первоначальное понятіе гражданскихъ убытковъ, самъ по себѣ вполне естествененъ: если не признать этихъ убытковъ гражданскими, то отвѣтственными за нихъ пришлось бы признать не городъ, а отдѣльныхъ городскихъ должностныхъ лицъ, членовъ управы, которые своими неправильными дѣйствіями эти убытки причинили. Но такое, съ прежней точки зрѣнія вполне послѣдовательное рѣшеніе было бы одинаково несправедливо и по отношенію къ потерпѣвшимъ обывателямъ, которые, неизвѣстно еще, получили ли бы что либо съ этихъ членовъ управы, а во вторыхъ, что еще существеннѣе, было бы несправедливо и по отношенію къ этимъ членамъ управы, которые дѣйствовали не въ своихъ личныхъ интересахъ, а въ интересахъ города, въ интересахъ городского благоустройства, и напр. въ дѣлѣ о пониженіи уровня улицы должны были бы покрыть изъ своего кармана тѣ расходы по возмѣщенію убытковъ прилежащихъ домовладѣльцевъ, которые при правильномъ веденіи дѣла, еслибы относительно этихъ убытковъ городъ вошелъ съ домовладѣльцами въ предварительное соглашеніе, несомнѣнно

¹⁾ Еслибы напр. вопросъ шелъ объ отношеніяхъ сосѣдскихъ, еслибы возникалъ вопросъ о нарушенномъ владѣніи, о нарушеніи права участія частнаго, то возстановленіе нарушеннаго права могло бы послѣдовать и въ судебномъ порядкѣ.

Какъ мы увидимъ ниже, въ главѣ объ отвѣтственности избравшихъ общество, Сенатъ сначала склоненъ былъ чуть ли не всѣ отношенія самоуправляющихся единицъ разсматривать, какъ отношенія гражданско-правовыя, и признавалъ поэтому отвѣтственность земства и города и въ такихъ дѣлахъ, въ которыхъ отвѣтственности казны онъ никогда бы не призналъ. Лишь впослѣдствіи Сенатъ отождествилъ условія отвѣтственности земствъ и городовъ съ условіями отвѣтственности казны. Какъ разъ по вопросу объ убыткахъ, причиненныхъ распоряженіями города по поводу улицъ, Сенатъ признавалъ городъ отвѣтственнымъ (Гр. Касс. Д-тъ 1875 г. № 380) въ дѣлѣ, довольно аналогичномъ съ настоящимъ. Но это рѣшеніе относится специально къ городу, его соображенія къ казнѣ примѣнены быть не могутъ: тогда Сенатъ для города не различалъ дѣйствій публичныхъ отъ частно-правовыхъ, и упомянутое рѣшеніе 1875 г. № 380 построено просто на томъ, что по ст. 684 Зак. Гр. каждый отвѣчаетъ за дѣйствія свои, которыми кому либо причинены убытки, а потому и городъ долженъ отвѣчать за свои распоряженія.— При разборѣ соображеній настоящаго рѣшенія надо имѣть въ виду, что въ настоящее время Сенатъ не дѣлаетъ разницы между городами и земствами съ одной стороны и казною съ другой. Поэтому, поскольку обстановка настоящаго дѣла могла бы повториться по отношенію къ казнѣ, послѣдовательность требовала бы признанія отвѣтственности казны въ той мѣрѣ, въ какой признана отвѣтственность города.

должны были бы пасть на городскую кассу и войти въ счетъ расходовъ по производству этой работы.

Итакъ, Сенатъ вступилъ на путь расширенія понятія гражданскихъ убытковъ. Въ этомъ смыслѣ состоялось лишь нѣсколько рѣшеній. Ихъ достаточно для того, чтобы признать извѣстный поворотъ въ мнѣнїи Сената по этому поводу. Но ихъ слишкомъ еще мало для того, чтобы можно было точно формулировать, какіе же именно убытки Сенатъ считаетъ въ настоящее время подсудными гражданскимъ судамъ и въ связи съ этимъ подлежащими возмѣщенію на счетъ казны или подлежащаго органа самоуправленія, а не на счетъ виновныхъ должностныхъ лицъ.

Какъ намъ кажется, Сенатъ утратилъ прежнюю опредѣленную и принципиальную точку зрѣнія. Эта старая точка зрѣнія была и произвольна, и несправедлива. Сожалѣть о ней, именно о ней, не приходится. Но она была опредѣленна. Теперь же мы рѣшительно не беремся сказать, какіе именно убытки будутъ признаны Сенатомъ убытками гражданскими и подлежащими возмѣщенію на счетъ казны или самоуправляющейся единицы. И несомнѣнно, что по крайней мѣрѣ въ ближайшіе годы вопросъ этотъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ будетъ разрѣшаться свободнымъ усмотрѣніемъ Сената.

Такое положеніе вещей врядъ ли можетъ быть признано вполне нормальнымъ.

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ.

Вліяніє степені вини чиновника на отвѣтственность казны.

Между вопросами о предѣлахъ отвѣтственности казны однимъ изъ вызывающихъ наибольшія разнорѣчія въ постановленіяхъ положительныхъ законодательствъ и во мнѣніяхъ, высказывавшихся отдѣльными писателями, является вопросъ, должна ли казна отвѣчать только за „неправильныя“ дѣйствія чиновниковъ, или также и за убытки, причиненные должностными преступленіями, или даже, можетъ быть, только за этотъ послѣдній видъ убытковъ.

Наиболѣе опредѣленны, почти единогласны и вполне согласны съ твердо установившеюся судебною - административною практикою мнѣнія французскихъ юристовъ.

Благодаря тому, что въ противоположность Германіи и нѣмецкой наукѣ во Франціи служебныя полномочія не рассматривались, какъ предоставленныя особой сущности, — должности, — и какъ отъ ея имени исполняемыя чиновникомъ, ученіе о томъ, что всѣ дѣйствія чиновниковъ, заключающія въ себѣ нарушеніе предоставленнаго имъ круга вѣдомства, суть ихъ дѣйствія, какъ частныхъ людей, и не представляются дѣйствіями должностными, у французовъ повидимому никогда не пользовалось популярностью, и ни наука права, ни судебная практика не сомнѣвались въ должностномъ характерѣ „неправильныхъ“ дѣйствій. Поэтому того раскола, который по этому вопросу имѣется между наукой и практикой въ Германіи, во Франціи нѣтъ.

Для обозначенія такого рода неправильностей, благодаря которымъ дѣйствія чиновника не теряютъ своего должностного характера, французское право выработало понятіе *faute de service, faute administrative*, и противопоставляетъ ей *faute personnelle*, какъ такого рода дѣйствіе, которое уже утратило свой должностной характеръ.

Самый вопросъ объ этомъ различіи былъ поставленъ ребромъ въ 1877 г. Лаферрьеромъ, тогда исполнявшимъ обязанности *commissaire de gouvernement* при *Tribunal des Conflits*. Въ одномъ изъ своихъ заключеній Лаферрьеръ слѣдующимъ образомъ формулировалъ это различіе: „если актъ, причинившій убытки, носитъ безличный характеръ,

если онъ исходитъ отъ чиновника, какъ такого представителя государства, который болѣе или менѣе подверженъ ошибкамъ, но не отъ человѣка съ его слабостями и страстями, то актъ остается административнымъ и ускользаетъ изъ вѣдѣнія общихъ судовъ: если же, наоборотъ, личность чиновника проявляется въ неправильностяхъ, составляющихъ общее преступленіе, въ насиліи, въ зломъ умыслѣ, то въ такомъ случаѣ ошибка должна быть вмѣнена въ вину чиновнику, а не его должности; актъ теряетъ свой административный характеръ¹⁾.

Эта постановка вопроса стала классическою во французскомъ административномъ правѣ, и нерѣдко просто повторяется позднѣйшими писателями²⁾.

Это различіе административной и личной вины богато цѣлымъ рядомъ практическихъ послѣдствій. Прежде всего по вопросу о подсудности. По основному правилу французской теоріи раздѣленія властей общіе суды не могутъ вѣдать административные акты, т. е. не могутъ ни провѣрять ихъ правильность, ни толковать ихъ. Если незначительныя ошибки чиновника остаются административными актами, то онѣ изъяты изъ вѣдѣнія общихъ судовъ и подсудны судамъ административнымъ³⁾. Что же касается преступленій, то они администра-

¹⁾ Эти соображенія, высказанныя Лаферрьеромъ при разсмотрѣніи въ Tribunal des Conflicts въ 1877 г. дѣла Laumonnier-Carriol, приведены имъ въ его *Traité de la Juridiction administrative*, I, 1896 г. стр. 648.

²⁾ Нѣкоторые писатели, напр. Оріу, нѣсколько иначе формулируютъ это различіе между *fait personnel* и *faute administrative*. По словамъ Оріу, *fait personnel* соответствуетъ понятію *culpa lata (faute lourde)*, которая приближается къ злomu умыслу (*qui confine au dol*): «отъ чиновника не требуютъ, чтобы онъ былъ образцовымъ чиновникомъ, но только, чтобы онъ былъ обыкновеннымъ человѣкомъ, ради его достоинства, какъ чиновника, на него не возлагаютъ отвѣтственности, которая бы соответствовала этому достоинству. Наоборотъ, его считаютъ какъ бы раздавленнымъ подъ бременемъ ея тяжести, и не вмѣняютъ ему въ вину небрежности и незначительныхъ ошибокъ; подъ именемъ *fautes de service* онѣ падаютъ на самое администрацію; въ концѣ концовъ отъ чиновника требуется только, чтобы онъ какими либо своими крупными ошибками не нарушалъ традицій должности». Оріу, 1903, стр. 250.

Отто Майеръ, резюмируя теоріи, господствовавшія во французской юридической литературѣ и во фр. судебной практикѣ въ 1886 г., находилъ, что различіе вины административной отъ личной вины чиновника состоитъ въ томъ, что въ первомъ случаѣ чиновникъ, хотя бы и дѣйствующій неправильно, имѣетъ въ виду совершить именно должностное дѣйствіе, а во второмъ чиновникъ подъ видомъ должностного дѣйствія преслѣдуетъ какія либо личныя цѣли.—О. Майеръ (франц.) стр. 420.—Дюг и формулируетъ то же ученіе, опредѣляя административную вину, какъ такую вину, совершая которую, чиновникъ остается вѣрнымъ цѣли своей должности, а слѣдовательно государственной цѣли вообще. Duguit, *Etudes de droit public* 1901, томъ II, стр. 638.

³⁾ См. напр. Оріу 1903, стр. 793—803.—Ср. О. Майеръ (франц.) стр. 92—94.

тивными судамъ не подсудны ¹⁾; поэтому должностныя преступленія, послѣдовательности ради, французамъ нельзя признавать должностными дѣйствіями и приходится признавать личными дѣйствіями чиновниковъ: иначе ихъ подсудность являлась бы противорѣчіемъ общему принципу.

Въ связи съ подсудностью находится и вопросъ о вознагражденіи за убытки; онъ этою подсудностью цѣликомъ и предрѣшается. Административные суды не могутъ разсматривать гражданскій искъ частнаго лица къ чиновнику; поэтому, поскольку дѣло о томъ или иномъ неправильномъ дѣйствіи чиновника находится на разсмотрѣніи административнаго суда, въ присужденіи убытковъ, причиненныхъ этими дѣйствіями, можетъ быть или вовсе отказано, или же эти убытки должны быть присуждены съ казны, которую административные суды могутъ признавать должницею.

Если же дѣло подсудно общимъ судамъ, то въ силу принципа, что они не могутъ объявлять казну должницею, убытки могутъ быть ими присуждены только съ самого чиновника, но никакъ не съ казны ²⁾.

Что касается случаевъ, подсудныхъ административнымъ судамъ, то первоначально въ нихъ убытки ни съ кого не взыскивались. Но такъ какъ такое положеніе вещей могло отразиться губительно на самой подсудности этихъ дѣлъ административнымъ судамъ, то эти суды, не имѣя права взыскивать съ чиновника, стали мало по малу возлагать отвѣтственность на казну, начиная съ тѣхъ случаевъ, когда отказъ въ присужденіи убытковъ могъ бы уже слишкомъ возмутить общественное мнѣніе.

Такимъ образомъ, получившееся противоположеніе дѣлъ, въ которыхъ отвѣтственность падаетъ на чиновника, дѣламъ, гдѣ отвѣчаетъ казна, является главнымъ образомъ результатомъ французскихъ правилъ о подсудности и о раздѣленіи компетенціи общихъ и административныхъ судовъ.

Это раздѣленіе было совершено законами революціонной и переходной эпохъ, законами, которые о возможности отвѣтственности казны повидимому и не думали и во всякомъ случаѣ съ нею не считались. Нельзя сказать, чтобы эти законы о взаимоотношеніи компетенціи общихъ и административныхъ судовъ были строго согласованы съ самимъ существомъ администраціи и суда: само собою по-

¹⁾ За исключеніемъ нѣкоторыхъ дорожныхъ проступковъ (*contraventions de grande voirie*), караемыхъ денежнымъ штрафомъ. См. *Oriu*, 1903, стр. 803, и *Лаферрьеръ*, томъ II, стр. 630—681.

²⁾ Такимъ образомъ фактически получается, что казна не отвѣчаетъ за убытки, причиненные лично виною чиновника. На дѣлъ положеніе это безспорно, но оно не установлено никакимъ закономъ и даже и судебнымъ рѣшеніемъ его не приходилось высказывать. Ср. по этому поводу *Мишу*, 1895, II, стр. 7, выноска 1.

нятно, что и теорія административной и личной вины, служащая выраженіемъ той практики, которая выработалась на почвѣ этихъ законовъ, тоже не можетъ отличаться точностью и опредѣленностью и не можетъ строго соотвѣтствовать существу отношеній ¹⁾.

И если мы обратимся къ приведеннымъ выше соображеніямъ Лаферриэра, Оріу, О. Майера и Дюги, объясняющимъ, какая руководящая мысль лежитъ въ основѣ раздѣленія вины администраціи отъ вины чиновника, то увидимъ, что эти соображенія носятъ настолько общій и неопредѣленный характеръ ²⁾, что, основываясь на нихъ, опредѣлить въ каждомъ данномъ конкретномъ случаѣ, имѣемъ ли мы вину администраціи или вину чиновника, часто рѣшительно невозможно.

Писатели по административному праву обыкновенно противъ этого не возражаютъ ³⁾: эта неопредѣленность оставляетъ извѣстную свободу дѣйствій высшимъ административнымъ судамъ, и они надѣются, что, бредя ощупью отъ одного частнаго случая къ другому, суды со временемъ сумѣютъ установить болѣе точныя и опредѣленныя формулы по вопросу объ отвѣтственности казны и объ административной и общей подсудности, чѣмъ это можно было бы сдѣлать законодательнымъ путемъ въ настоящее время ⁴⁾.

¹⁾ Надо впрочемъ замѣтить, что практически эта теорія личной и административной вины позволила французскому праву значительно опередить большинство государствъ Европы въ дѣлѣ установленія отвѣтственности казны.

²⁾ Сравнительно болѣе опредѣленна формула Отто Майера, но она, какъ и формула Дюги, исходитъ изъ той цѣли, въ виду которой дѣйствовали чиновникъ. Цѣль эта ни въ какихъ объективныхъ осязательныхъ признакахъ можетъ и не выразиться.—Не лучше и тотъ признакъ, что административная вина обуславливается неправильнымъ строемъ и организаціей службы, а личная вина злымъ умысломъ самого чиновника: земскій начальникъ можетъ кого либо подвергнуть аресту по ст. 61 Пол. Зем. Нач.; невозможность обжалованія подобнаго постановленія есть конечно недостатокъ въ организаціи самой службы, а между тѣмъ незаконный арестъ можетъ быть не только неправильнымъ дѣйствіемъ, но иногда можетъ быть и преступленіемъ должности.

³⁾ Хотя прекрасно сознаютъ эту неопредѣленность. См. характерныя замѣчанія Шанте-Грелле и Пиша (различіе это не поддается теоретическимъ опредѣленіямъ; его легче чувствовать, чѣмъ точно выразить), Vequet-Laferrière, Répertoire de droit administratif, томъ XVII, стр. 51. или Лаферриэра, говорящаго, что это различіе не можетъ быть выражено математическою формулою. *Traité de la Jurisdiction administrative*, 1896, томъ I, стр. 649.

⁴⁾ Впрочемъ врядъ ли на это можно серьезно рассчитывать. Французское административное право по своей разработанности стоитъ выше всякаго другаго публичнаго права въ какомъ бы то ни было государствѣ. Что въ немъ особенно цѣнно, это что въ своей разработкѣ оно все время оставалось вѣрнымъ своимъ основнымъ началамъ. Но вѣрность началамъ дѣйствующаго права и знакомство только со своимъ законодательствомъ лишаютъ французское административное право возможности не только дѣйствительнаго поступательнаго развитія, но отчасти препятствуютъ и правильной его разработкѣ: зная лишь

Но когда наукѣ или административной практикѣ удастся установить по этому вопросу сколько нибудь опредѣленныя и твердыя положенія, неизвѣстно, а пока тутъ царить полное усмотрѣніе административныхъ судовъ и полная неопредѣленность права ¹⁾.

Такимъ образомъ, французское право устанавливаетъ ответственность казны только въ случаѣ легкой вины чиновника, и устанавливаетъ ответственность казны или самого чиновника альтернативно.

Въ нѣкоторыхъ прежнихъ законахъ Германіи, относившихся къ срединѣ XIX вѣка и не имѣвшихъ практическаго значенія, и вообще не оказавшихъ сколько нибудь замѣтнаго вліянія на ученія объ этомъ вопросѣ, проводилась точка зрѣнія, обратная французской: казна признавалась отвѣтственной только за тяжкую вину чиновника ²⁾.

Но и въ пользу подобнаго ограниченія ответственности казны именно случаями тяжкой вины нельзя привести никакихъ сколько нибудь убѣдительныхъ доводовъ. Что самое существенное, то основаніе, изъ котораго бы исходило подобное ограниченіе ответственности,

свое законодательство, французы не могутъ примѣнять къ разработкѣ его сравнительный методъ, и потому выводы ихъ нерѣдко бываютъ построены на той ошибкѣ, что они принимаютъ за необходимый, за неустранимый признакъ какого либо института такой его признакъ, который настойчиво (иногда по недоразумѣнію) проводится во французскомъ законодательствѣ или въ практикѣ, но который устраненъ въ законѣ какого либо другого государства безъ того, чтобы этотъ юридическій институтъ тамъ отъ того страдалъ. Примѣромъ такого неумѣнія разобраться въ существѣ института, коль скоро онъ получилъ неправильную постановку въ законѣ или судебной практикѣ, представляетъ и ученіе о личной винѣ и винѣ администраціи: ученіе это, въ особенности въ той его формѣ, въ какой оно вылилось въ современной практикѣ, не отвѣчаетъ существу правоотношеній, а фр. юристы вмѣсто того, чтобы отрѣшиться отъ него и постараться вывести, въ какихъ же случаяхъ по самому существу дѣла должна отвѣчать казна, ограничиваются тѣмъ, что стараются подыскать какое либо основаніе этому противоположенію личной и административной вины: *Ori u* ищетъ этого основанія въ страховомъ договорѣ (*Responsabilité de l'Etat. Revue de droit public 1896 стр. 64*). *Бэльби*—въ юридической природѣ разныхъ видовъ представительства (*De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers, 1901. Стр. 36—49, 120—124*). Особое положеніе по этому вопросу занимаетъ *Мишу*: хотя онъ противъ самыхъ этихъ понятій вины административной и личной вины чиновника не споритъ, но, повидимому подъ вліяніемъ нѣмецкихъ писателей, находитъ, что за незначительныя проступки, когда чиновникъ дѣйствовалъ добросовѣстно, никто не долженъ отвѣчать, ни чиновникъ, ни казна, что убытки, причиненныя такими проступками, составляютъ рискъ, неотдѣлимый отъ общественной организаціи. Въ случаѣ же умысла или тяжкой вины чиновника по его мнѣнію должна отвѣчать казна (субсидіарно). *Мишу*, 1895, II, стр. 281—283.

¹⁾ Ср. по поводу неопредѣленности права, такимъ образомъ создаваемой, замѣчанія *Pascaud. De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers dans les services étrangers à la puissance publique. Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence. 1900. Стр. 494—496.*

²⁾ Примѣры подобныхъ законовъ приведены у *Ленинга*, стр. 110—112, и у *Клевица*, стр. 112, вын. I.—Ср. также *Цахаріа*, стр. 648.

во всякомъ случаѣ было бы столь неопредѣленно въ виду невозможности проведенія сколько нибудь осязательныхъ границъ между легкой и тяжкою виною, что настаивать на подобномъ ограниченіи ответственности рѣшительно невозможно.

Тѣ новѣйшіе законы отдѣльныхъ государствъ Германіи, а также и самой Имперіи, которые перенесли на казну (субсидіарно или въ первую голову) отвѣтственность, возложенную на должностныхъ лицъ статьею 839 германскаго гражданскаго уложенія, вопросу о степени вины чиновника уже не придаютъ никакого значенія. Статья эта, какъ мы увидимъ ниже, въ главѣ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, устанавливаетъ ихъ отвѣтственность какъ въ случаѣ умысла, такъ и въ случаѣ неосторожности, не различая и степеней этой послѣдней. Тѣ законы ¹⁾, которые переносятъ эту отвѣтственность чиновниковъ на казну, естественно приводятъ къ тому, что казна отвѣчаетъ, независимо отъ степени вины чиновника.

И эту точку зрѣнія слѣдуетъ признать единственно допустимую. Правильность ея не можетъ подлежать сомнѣнію для всѣхъ тѣхъ, кто считаетъ, что наличность въ дѣйствіяхъ чиновника той или иной неправильности не лишаетъ его дѣйствій характера дѣйствій должностныхъ.

Но даже если и признавать, что грубая вина чиновника или же наличность въ его дѣйствіяхъ признаковъ преступленія лишаютъ ихъ должностнаго характера, то отвѣтственность казны за убытки, причиненные такими дѣйствіями, все таки является юридически обоснованной: отвѣтственность казны обуславливается тѣмъ, что тѣ полномочія, которыми воспользовался преступникъ, сообщены ему въ интересахъ государства.

¹⁾ Отвѣтственность должностныхъ лицъ, установленная статьею 839 германскаго гражд. ул., перенесена на казну субсидіарно: законами (такъ называемыми *Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гр. ул. въ Эльзасѣ-Лотарингіи (законъ 17 апр. 1899 г., § 40), въ Гессенѣ (законъ 17 іюля 1899 г., § 78), въ Шварцбургѣ-Зондерсгаузенѣ (законъ 19 августа 1899 г., ст. 19, § 1) и въ Рейссѣ Старшей Линіи (законъ 26 октября 1899 г., §§ 29 и 69),—и въ первую голову законами Саксенъ-Альтенбурга (законъ 4 мая 1899 г., § 28), Баваріи (законъ 9 іюня 1899 г., § 60), Бадена (зак. 17 іюня 1899 г., ст. 5), Вюртемберга (зак. 28 іюля 1899 г., ст. 202), Рейсса Младшей Линіи (зак. 10 августа 1899 г., § 48) и Саксенъ-Кобургъ-Готы (зак. 20 ноября 1899 г., § 49).—Точно такъ же отвѣтственность казны въ первую голову установлена для всѣхъ германскихъ государствъ имперскимъ ипотечнымъ уставомъ, но опять таки только въ томъ случаѣ, если въ силу ст. 839 герм. гражд. ул. отвѣтственность падала бы на самого чиновника.—*Grundbuchordnung für das Deutsche Reich*. 24 марта 1897 г., § 12: „Verletzt ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so trifft den Beteiligten gegenüber die im § 839 des B. G. B. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft in deren Dienste der Beamte steht. Das Recht des Staates oder der Körperschaft von dem Beamten Ersatz zu verlangen, bleibt unberührt“.

Если же обязанность государства понимать, какъ обязанность нести административный рискъ, то уже для риска рѣшительно нѣтъ никакого основанія различать случаи, когда убытки причинены чьею либо легкою виною, отъ случаевъ, когда эти убытки причинены тяжкою провинностью.

Что касается русскаго законодательства, то въ тѣхъ случаяхъ, когда въ немъ отвѣтственность казны признается, она признается внѣ зависимости отъ степени вины чиновника. И эта точка зрѣнія несомнѣнно должна была бы быть сохранена и при установленіи отвѣтственности казны общимъ закономъ. Для случаевъ легкой вины эта отвѣтственность вытекала бы изъ признаваемаго нашимъ правомъ должностного характера „неправильныхъ дѣйствій“, что же касается должностныхъ преступленій, то и ихъ должностной характеръ, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія новаго Уголовнаго Уложенія, тоже стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Въ объясненіяхъ Редакціонной Комиссіи къ Проекту Уголовнаго Уложенія ¹⁾ проводится слѣдующій взглядъ на должностныя преступленія: „Будучи призваны къ участію въ управленіи государствомъ, къ отправленію извѣстныхъ функцій власти, служащіе въ силу сего снабжаются извѣстными служебными полномочіями, а вмѣстѣ съ тѣмъ на нихъ возлагаются и опредѣленныя обязанности“... „Злоупотребленіе служебными полномочіями или лежащими и на служащихъ обязанностями можетъ быть употреблено ими какъ средство для учиненія общихъ преступленій: для преступнаго захвата имущества, лишенія кого либо свободы“...²⁾— „Съ другой стороны злоупотребленіе органомъ власти его полномочіями или обязанностями можетъ имѣть мѣсто и въ той особой служебной сферѣ дѣятельности, въ томъ участіи въ управленіи подчиненномъ, которое возложено на данное лицо, т. е., другими словами, можетъ быть не только преступнымъ дѣяніемъ служащаго, но и преступнымъ дѣяніемъ его по службѣ ³⁾“.— „Такимъ образомъ преступнымъ дѣяніемъ по службѣ будетъ вредоносная или незаконнѣрная, а посему и преступная дѣятельность въ порядкѣ подчиненнаго государственнаго управленія ⁴⁾“.

На основаніи этихъ соображеній Проектъ Уголовнаго Уложенія устанавливалъ два вида „служебнаго способа посягательства“ ⁵⁾: со-

¹⁾ Томъ VIII, стр. 5—7.

²⁾ Тамъ же, стр. 5.—Ср. стр. 57: «Обладая, какъ лицо физическое, тѣми же самыми способами или средствами для совершенія общихъ преступленій, которыя находятся въ распоряженіи частныхъ лицъ, служащій, будучи въ то же время и органомъ власти, такъ сказать, уполномоченнымъ на дѣйствія въ порядкѣ управленія делегатомъ,—имѣетъ въ своемъ распоряженіи и иныя средства или способы для совершенія общихъ преступныхъ дѣяній».

³⁾ Тамъ же, стр. 6.

⁴⁾ Та же страница.

⁵⁾ Выраженія Объяснит. Записки, томъ VIII, стр. 63.

вершеніе служащимъ „служебнымъ способомъ“ общаго преступленія и совершеніе служащимъ преступленія „въ порядкѣ подчиненнаго государственнаго управленія ¹⁾“.

Относительно первой категоріи основаніемъ отвѣтственности казны за чиновника можетъ являться то, что онъ дѣйствуетъ, пользуясь средствами и способами, предоставленными ему государствомъ, что же касается второй категоріи, то тутъ дѣйствія чиновника, хотя и преступныя, разсматриваются какъ дѣйствія, совершенныя въ „порядкѣ подчиненнаго государственнаго управленія“, и, не смотря на свою преступность, могутъ имѣть всѣ послѣдствія законныхъ должностныхъ дѣйствій: приговоръ, постановленный судьей по какимъ либо соображеніямъ умышленно неправильно, все таки будетъ судебнымъ приговоромъ впредь до его отмѣны, и будетъ подлежать, исполненію точно такъ же, какъ и приговоръ правосудный.

Такимъ образомъ, когда въ Россіи будетъ признана отвѣтственность казны за дѣйствія чиновниковъ, то въ виду изложеннаго и, по нашему мнѣнію, вполне правильнаго взгляда на существо преступныхъ должностныхъ дѣйствій, не будетъ основанія признавать казну отвѣтственною только за „неправильныя дѣйствія“, но надо будетъ признать ее отвѣтственною за должностныя преступленія или потому, что они совершены тѣми способами, которые получены преступникомъ отъ государства, или потому (относительно второй категоріи) что они входятъ въ „порядокъ подчиненнаго государственнаго управленія“.

¹⁾ Согласно съ этими соображеніями, въ Проектъ Редакціонной Комиссіи въ Уг. Ул., въ главу XXXV о преступныхъ дѣяніяхъ по службѣ были включены постановленія какъ объ общихъ преступныхъ дѣяніяхъ, учиненныхъ посредствомъ злоупотребленія своими должностными полномочіями (ст. 538), такъ и о преступныхъ дѣяніяхъ «по службѣ» (ст. 539 и сл.). При дальнѣйшей переработкѣ Проекта статья 538 изъ главы XXXV была исключена, и въ редакціи, полученной Высочайшее утвержденіе, постановленію этой статьи соотвѣтствуетъ ст. 65 ч. I.—Ср. Н. С. Таганцевъ, Уголовное Уложеніе 22 Марта 1903 г. съ мотивами. Стр. 963—964.

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ.

Взаимное отношеніе отвѣтственности казны и должностныхъ лицъ.

По установившейся кассационной практикѣ въ Россіи искъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными должностными дѣйствіями, можетъ быть предъявленъ или къ самому должностному лицу, если убытки причинены имъ при осуществленіи полномочій публичной власти, или же къ казнѣ, если должностное лицо являлось представителемъ казны по ея имуществамъ.

Противоположеніе этихъ двухъ родовъ дѣлъ проводится Пр. Сенатомъ на столько рѣзко, что, какъ это категорично признано имъ въ одномъ рѣшеніи ¹⁾, и какъ это съ очевидностію вытекаетъ изъ всей его постоянной практики, Сенатъ безусловно не допускаетъ такихъ случаевъ, когда бы выборъ отвѣтчика представлялся усмотрѣнію потерпѣвшаго, который имѣлъ бы право обратиться со своимъ требованіемъ или къ должностному лицу, или къ казнѣ.

Во Франціи въ дѣлахъ публично-правовыхъ, какъ мы видѣли ²⁾, точно такъ же отвѣчаетъ или казна (въ случаѣ вины административной), или должностное лицо (въ случаѣ его личной вины). Ни кумулятивной, ни элективной отвѣтственности не существуетъ, какъ не существуетъ и субсидіарной отвѣтственности казны за чиновника.

Если отвѣчаетъ онъ самъ, то значитъ, государство считаетъ, что чиновникъ дѣйствовалъ не въ качествѣ органа государства, и въ такихъ случаяхъ, по взглядамъ французской судебной административной практики, государству до всѣхъ этихъ убытковъ дѣла нѣтъ. Если же казна принимаетъ отвѣтственность на себя, то тѣмъ самымъ слагаетъ ее съ чиновника. Можно даже сказать, что во Франціи казна для того и принимаетъ отвѣтственность на себя, чтобы сложить ее съ чиновника.

Въ Германіи господствовала и господствуетъ другая точка зрѣнія. Повидимому подъ влияніемъ того же хода идей, который внушилъ

¹⁾ Рѣшеніе Гражд. Касс. Д-та 1875 г. № 490.

²⁾ См. выше, стр. 374—378.

Цахаріа его теорію гарантія¹⁾, а, быть можетъ, въ значительной степени именно подъ влияніемъ самого Цахаріа, въ Германіи, коль скоро признавалась отвѣтственность казны, то чаще всего она признавалась въ качествѣ субсидіарной отвѣтственности за чиновника.

При такомъ порядкѣ вещей отвѣтственность казны возможна только въ тѣхъ же самыхъ случаяхъ и въ тѣхъ же самыхъ условіяхъ, что и отвѣтственность чиновниковъ.

Въ новѣйшихъ германскихъ законахъ по вопросу объ отвѣтственности казны въ постановленіяхъ, заключающихся въ имперскомъ ипотечномъ уставѣ²⁾ и въ законахъ о приведеніи въ дѣйствіе германскаго уложенія³⁾, изданныхъ отдѣльными государствами Германіи, неизмѣнно сохраняется традиціонная для германскаго права связь отвѣтственности казны съ отвѣтственностью должностныхъ лицъ.

При этомъ однако часть этихъ законовъ говоритъ объ отвѣтственности казны за чиновника, постановляя, что казна отвѣчаетъ, какъ поручитель, *wie ein Bürge*⁴⁾.

Другіе же законы видятъ въ отвѣтственности чиновника указаніе только на мѣру и на условія отвѣтственности, и говорятъ только, что передъ третьими лицами государство несетъ ту отвѣтственность, которая установлена статьею 839 герм. гражд. улож. (законы баварскій и саксенъ-альтенбургскій), или же, что вообще государство несетъ ту отвѣтственность, которая германскимъ гражд. улож. установлена для должностныхъ лицъ (законы баденскій и вюртембергскій)⁵⁾.

Лишь законы двухъ государствъ, вообще въ теченіе всего XIX вѣка занимавшихъ въ Германіи передовое мѣсто въ дѣлѣ конституціоннаго развитія, Баваріи и Вюртемберга⁶⁾, устанавливають отвѣт-

¹⁾ См. выше стр. 231—236.

²⁾ См. выше, стр. 379, вын. 1.

³⁾ Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

⁴⁾ См. выше, стр. 313, вын. 1.

⁵⁾ См. выше стр. 313. Къ этому второму типу законовъ относится и постановленіе ст. 12 имперскаго германскаго ипотечнаго устава (приведенное нами выше, см. стр. 379, вын. 1). Изъ сопоставленія этой статьи ипотечнаго устава съ законами о приведеніи въ дѣйствіе герм. гражд. ул. видно, подъ какимъ сильнымъ влияніемъ этого имперскаго закона составлялись упомянутые законы отдѣльныхъ государствъ.

⁶⁾ Баварскій законъ 9 іюня 1899 г. Art. 61: „Ist ein Beamter des Staates, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes für einen Schaden der im Artikel 60 Abs. 1 bezeichneten Art deswegen nicht verantwortlich, weil er sich im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befunden hat, so kann der Beschädigte von dem Staate oder von dem Verbande Schadensersatz verlangen“.—Вюртембергскій законъ 28 іюля 1899 г., Art. 202, Abs. 2: Die Verantwortlichkeit des Staates tritt ausserdem ein, wenn die Haftung des Beamten nur deshalb ausgeschlossen ist, weil der Beamte die Amtspflicht im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit verletzt hat“. По поводу этого постановленія и по отношенію къ BGB. см. Mandry. Württembergisches Privatrecht. 1901. Стр. 122.

ственность казны не только въ случаяхъ и на условіяхъ отвѣтственности должностныхъ лицъ, но и сверхъ того въ случаѣ, если чиновникъ дѣйствовалъ въ состояніи, исключающемъ его вмѣняемость, а слѣдовательно и отвѣтственность. Это постановленіе, непосредственное практическое значеніе котораго врядъ ли можетъ быть сколько нибудь значительно ¹⁾, представляетъ съ принципиальной точки зрѣнія огромную важность: законъ, устанавливая отвѣтственность казны въ такого рода случаѣ, когда чиновникъ отвѣчать не можетъ, очевидно пересталъ видѣть въ отвѣтственности казны отвѣтственность за чиновника ²⁾. То правило, что казна отвѣчаетъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣчаетъ чиновникъ, получаетъ значеніе только ссылочнаго указанія на тотъ фактической составъ, при которомъ наступаетъ отвѣтственность казны ³⁾.

Аналогичное, но по нашему мнѣнію болѣе удачное постановленіе заключаетъ проектъ венгерскаго гражданскаго уложенія. Устанавливая въ видѣ общаго правила, что казна отвѣчаетъ въ тѣхъ же случаяхъ, когда отвѣчаютъ чиновники ⁴⁾, этотъ проектъ устанавливаетъ для дѣлъ ипотечныхъ и для судебныхъ депозитовъ отвѣтственность казны и въ тѣхъ случаяхъ, „когда на подлежащаго чиновника не упадаетъ отвѣтственности“ ⁵⁾. Это постановленіе потому представляется намъ болѣе удачнымъ, что практически представить себѣ случай, когда бы чиновникъ причинилъ кому либо убытки, исполняя свои служебныя обязанности въ припадкѣ умоизступленія, довольно трудно. Венгерскій же законъ говоритъ объ „объективно неправильныхъ дѣйствіяхъ“, *sachlich unrichtige*, не создающихъ отвѣтственности чиновника, т. е. не заключающихъ въ себѣ вины его. Такого рода дѣйствія исполнѣ возможны ⁶⁾.

¹⁾ Повидимому другого мнѣнія о практическомъ значеніи этого постановленія K. v. Stengel въ *Annalen des deutschen Reichs*. 1901 г. Стр. 488, вын. 2.

²⁾ Какъ въ томъ смыслѣ, что казна уплачиваетъ только то, что падаетъ на чиновника (ибо на невмѣняемаго чиновника ни по какому закону ничего не падаетъ), такъ и въ томъ смыслѣ, что казна отвѣчаетъ за чиновника, какъ за своего повѣреннаго или представителя: за сошедшаго съ ума повѣреннаго довритель отвѣчать не можетъ, развѣ что будетъ доказана его *culpa in eligendo*, а здѣсь ничего подобнаго доказаннымъ не предполагается.

³⁾ Что въ глазахъ баварскаго закона ссылка его Art. 60, Abs. 1 на постановленія ст. 839 германскаго гражданскаго уложенія имѣетъ значеніе указанія на родъ тѣхъ убытковъ, которые принимаетъ на себя казна, а не на основаніе ея отвѣтственности, видно между прочимъ и изъ приведенной выписки изъ этого закона: въ ней прямо говорится объ указанномъ родѣ убытковъ: „Schaden der in Art 60, Abs. 1 bezeichneten Art“.

⁴⁾ См. выше, стр. 313, выноски 3.

⁵⁾ § 1790 Abs. 3. „In Grundbuchsachen und in gerichtlichen Depositenangelegenheiten ist der Staat für den durch eine sachlich unrichtige behördliche Verfügung verursachten Schaden auch dann haftbar, wenn den betreffenden Beamten selbst keine Verantwortlichkeit trifft“.

⁶⁾ Можно конечно жалѣть, что отвѣтственность казны, отрѣшенная отъ

Одною изъ причинъ, содѣйствовавшихъ тому, что новѣйшіе нѣмецкіе законы устанавливаютъ (по общему правилу) отвѣтственность казны только въ тѣхъ случаяхъ, когда она падаетъ и на чиновника, является повидимому стремленіе нѣсколько обезпечить интересы казны возможностью предъявленія къ чиновнику обратнаго требованія о возмѣщеніи имъ казнѣ того, что она выплатила изъ за его ошибки. Всѣ приведенные нами законы ¹⁾ говорятъ объ этомъ правѣ казны. Говорятъ именно о правѣ, какъ бы предполагая, что правомъ этимъ по тѣмъ или другимъ соображеніямъ казна можетъ и не воспользоваться. Только законъ Саксенъ-Кобургъ-Готы требуетъ, чтобы государство или самоуправляющаяся единица, уплатившія за чиновника, требовали бы отъ него возмѣщенія уплоченнаго, если въ дѣйствіяхъ чиновника были умыселъ или грубая неосторожность ²⁾.

Какому изъ этихъ двухъ порядковъ отдать предпочтеніе: французскому ли, устанавливавшему для отвѣтственности казны и должностныхъ лицъ совершенно разныя условія, или германскому, основывавшему отвѣтственность казны на отвѣтственности должностныхъ лицъ?

Французская система въ этомъ отношеніи кажется намъ болѣе правильною ³⁾.

Условія и основанія отвѣтственности казны по самому существу своему иныя, чѣмъ условія отвѣтственности должностныхъ лицъ.

вины чиновника и основанная на самомъ фактѣ неправильныхъ должностныхъ дѣйствій, установлена только въ области ипотечныхъ дѣлъ и депозитовъ. Но вопросъ объ отвѣтственности казны повсемѣстно первоначально ставился по поводу депозитовъ. За ними шла ипотека. Это есть та брешь, съ которой всегда начинается паденіе принципа неотвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ. Можно только привѣтствовать этотъ проектъ, предполагающій проложить эту брешь и по вопросу объ отвѣтственности, независимой отъ вины чиновника.

¹⁾ См. выше, стр. 313, вын. 1 и 2.

²⁾ Законъ 20 ноября 1899 г. Art. 18, § 1, Abs. 2: „Der Staat, die Gemeinde und der Gemeindeverband sind befugt von dem Beamten Ersatz zu verlangen, und verpflichtet, dies zu thun, wenn dessen Handlung auf Arglist oder groben Fahrlässigkeit beruht“. Практическое значеніе этого постановленія врядъ ли можетъ быть велико: въ крайнемъ случаѣ подлежащее министерство или органъ самоуправления предъявить искъ къ чиновнику, и если оно не желаетъ разыскивать, то всегда найдетъ тому благовидный предлогъ, хотя бы у него въ портфель и былъ исполнительный листъ.—Въ Бременѣ законъ 18 іюля 1899 г. о приведеніи въ дѣйствіе имперскаго ипотечнаго устава (Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung), устанавливая регрессъ казны къ чиновнику, говоритъ, что при легкой винѣ сенатъ можетъ смягчить отвѣтственность чиновника или вовсе сложить ее съ него.]

³⁾ Она вызываетъ существенныя возраженія тѣмъ, что кладетъ въ основаніе раздѣленія отвѣтственности между казною и должностнымъ лицомъ ученіе о *faute administrative* и о *faute personnelle*, которое дѣйствительно критикѣ не выдерживаетъ. Но это другой вопросъ. Ср. выше, стр. 378—379.

Чиновникъ можетъ отвѣчать только въ случаѣ своей вины. Другого основанія отвѣтственности для него быть не можетъ или по крайней мѣрѣ ни въ одномъ законодательствѣ не установлено. Казна же отвѣчаетъ и должна отвѣчать не только въ случаѣ вины, но и въ случаѣ, такъ сказать, безличнаго причиненія вреда. Иначе самая ея отвѣтственность будетъ лишена значительной доли своего практическаго значенія. Самое главное, юридически обосновать отвѣтственность казны можно только такого рода соображеніями, которыя безусловно одинаково примѣнимы и къ случаямъ вины чиновника, и къ тѣмъ случаямъ, когда убытки причинены неправильною организаціею какой либо отрасли управленія.

И намъ казалось бы, что еслибы уже приходилось выбирать между двумя системами, старой германской, кумулятивной, или французской, альтернативной, то всѣ соображенія заставили бы изъ этихъ двухъ системъ остановиться на французской.

Причину, почему нѣмецкіе законы начала и середины вѣка по преимуществу останавливались на субсидіарной отвѣтственности казны, можно усматривать между прочимъ въ томъ, что субсидіарную отвѣтственность казны установить не такъ страшно, какъ ея прямую отвѣтственность. Къ тому же, случаи и основанія отвѣтственности должностныхъ лицъ какъ то считаются извѣстными, къ нимъ привыкли, и кажется, что ихъ можно распространить и на казну; если же начать выдумывать для нея новыя основанія отвѣтственности, то это, еще не извѣстно, къ чему приведетъ на практикѣ.

Въ этомъ дѣлѣ существенное значеніе должно было имѣть такъ же и господствующее представленіе о государствѣ и о томъ, что такое чиновникъ. Если исходить изъ представленія о государствѣ, какъ о юридическомъ лицѣ, и о должностныхъ лицахъ, какъ о его представителяхъ, получившихъ полномочіе дѣйствовать сообразно съ закономъ, то изъ незаконныхъ дѣйствій чиновниковъ никакого непосредственнаго обязательства государства нельзя вывести ¹⁾: отвѣтственность государства могла пониматься только какъ отвѣтственность *за* чиновника ²⁾.

¹⁾ Повидимому не представляли себѣ возможности никакой иной отвѣтственности казны, кромѣ какъ субсидіарной, R. v. Mohl, Praeventiv-Justiz, 1834, стр. 554.—Smithenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, 1845, стр. 515, выноска 1,—Ц а х а р і э, стр. 616—618, 632 (впослѣдствіи на IX съѣздѣ Z a s h a g i a e перешелъ на сторону прямой отвѣтственности казны,—Verhandlungen des IX deutschen Juristentags, томъ III, стр. 56),—Bluntschli на VI съѣздѣ германскихъ юристовъ, Verhandlungen des VI Juristentags, 1865, томъ I, стр. 51.

²⁾ Въ этомъ отношеніи типично постановленіе австрійскаго закона 12 іюля 1872 г. объ отвѣтственности казны за судебныхъ чиновниковъ, который, предоставляя казнѣ право обратнаго требованія къ виновному чиновнику, основывалъ (въ мотивахъ къ этому закону) это право обратнаго требованія, по словамъ К л е в и ц а, стр. 117, на ст. 1358 австрійскаго гражданскаго уложенія, говорящей о платежѣ зужихъ долговъ.

Если же мы станемъ на ту точку зрѣнія, что дѣйствія чиновника, хотя бы и неправильныя, иногда даже и преступныя, и суть то, что мы называемъ дѣйствіями государства или государственной власти, то получается основаніе для непосредственной отвѣтственности казны, совершенно независимой отъ того, какъ по общимъ законамъ о вмѣненіи и объ отвѣтственности вообще стоитъ вопросъ о личной имущественной отвѣтственности того чиновника, который является непосредственною причиною даннаго вредоноснаго факта.

Что же касается чисто практическихъ денежныхъ интересовъ казны, то и они въ концѣ концовъ не говорятъ въ пользу установленія субсидіарной отвѣтственности казны, коль скоро вообще казна признана отвѣтственной за убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями.

Если чиновникъ платежеспособенъ, то уплоченное потерпѣвшему казна и сама съ этого чиновника ; можетъ взыскать. Если же ояъ ничего не имѣетъ, или не имѣетъ достаточно для покрытія упдающаго на него частнаго взысканія, а практически это конечно самый частый случай, то все равно, непосредственно ли отвѣчаетъ казна или только субсидіарно: платить ей придется.

Разница только въ томъ, что если законъ требуетъ, чтобы сначала потерпѣвшій добился судебного рѣшенія противъ виновнаго чиновника, и чтобы этотъ чиновникъ оказался не платежеспособнымъ, и только тогда допускаетъ уплату убытковъ казною, то инымъ пожалуй вся эта процедура наскучить раньше, чѣмъ ее доведутъ до конца, и на отыскиваемые убытки махнуть рукой, считая, что они не стоятъ всей этой возни. Но врядъ ли совмѣстно съ достоинствомъ государственной власти строить свои расчеты на подобныхъ соображеніяхъ.

Между тѣмъ имѣются далеко не лишеныя смысла соображенія въ пользу того, чтобы казна, въ случаѣ понесенія къмъ либо убытковъ, вообще подлежащихъ возмѣщенію виновнымъ чиновникомъ, принимала на себя эту отвѣтственность, не доводя дѣла до иска къ виновному чиновнику.

Если убытки причинены учрежденіемъ, если напр. въ полицейскомъ участкѣ мнѣ не выдали того или другого удостовѣренія и тѣмъ причинили убытки, если законъ требуетъ, чтобы я началъ дѣло съ того, что предъявилъ бы искъ къ виновному чиновнику и добился бы рѣшенія противъ него, то законъ долженъ мнѣ предоставить и право выяснить, кто изъ чиновъ участка является виновникомъ въ невыдачѣ мнѣ моего удостовѣренія: регистраторъ ли, затерявшій мое прошеніе, тотъ ли чиновникъ, который долженъ былъ составить текстъ удостовѣренія и дать его на подпись помощнику пристава, или тотъ помощникъ пристава, который по какимъ то соображеніямъ не сталъ подписывать этого удостовѣренія. Предоставить потерпѣвшему

право произвести ревизию этого полицейскаго участка для выясненія интересующихъ его вопросовъ врядь ли удобно 1).»

Если проситель можетъ доказать только то, что какой то изъ чиновниковъ учрежденія нарушилъ свои служебныя обязанности, то въ подобномъ случаѣ отвѣтственность казны повидимому должна быть признана невозможной. Между тѣмъ несомнѣнно, что подобные случаи практически могутъ представиться очень часто. М а н д р и, разбирая ст. 202 вюртембергскаго закона 28 іюля 1899 г. 2), находятъ, что „цѣль этого постановленія заставляеть признать отвѣтственность казны и въ подобномъ случаѣ“ 3). Это толкованіе М а н д р и представляется намъ весьма благопріятнымъ для обывателей, потерпѣвшихъ убытки отъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, но оно врядь ли согласно съ точнымъ смысломъ этой статьи 202, прямо постановляющей: „если чиновникъ... нарушитъ свой служебный долгъ, то вмѣсто чиновника отвѣчаетъ передъ потерпѣвшимъ государство“ 4). Въ виду такого, по нашему мнѣнію, довольно опредѣленнаго постановленія закона, что государство отвѣчаетъ „вмѣсто чиновника“, an Stelle des Beamten, трудно выводить изъ цѣли закона, нигдѣ въ немъ не выраженной, что казна должна отвѣчать, хотя бы потерпѣвшій и не могъ указать, вмѣсто какого же именно чиновника онъ привлекаеть къ отвѣтственности казну.

Впрочемъ, связь отвѣтственности казны съ отвѣтственностью должностныхъ лицъ въ вюртембергскомъ и въ другихъ новѣйшихъ германскихъ законахъ выражается не только въ редакціи соотвѣствующихъ постановленій: она вытекаетъ и изъ права регресса казны къ виновному чиновнику. И самъ М а н д р и вынужденъ признать, что если положеніе дѣла таково, что государство не можетъ воспользоваться своимъ правомъ регресса, то оно отвѣчать не можетъ 5).

Но если потерпѣвшій обыватель не въ состояніи указать виновнаго чиновника, то какъ можетъ онъ доказать, что государство можетъ отыскать его, установить его вину и предъявить къ нему искъ о возмѣщеніи уплоченнаго казною потерпѣвшему? Практически эта

1) См. аналогичныя соображенія у К л е в и ц а. стр. 114—118.

2) Abs. 1. Verletzt ein Beamter des Staates in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft den Beteiligten gegenüber die im BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat.—Abs. 2 этой статьи приведенъ выше, стр. 384, вын. 6.

3) М а н д р у. Württembergisches Privatrecht. I. 1901. Стр. 122.

4) Совершенно аналогичны постановленія и другихъ законовъ, приведенныхъ нами выше, стр. 313, вын. 2; и то, что говорится про вюртембергскій законъ, примѣнимо и къ нимъ.

5) М а н д р и, тамъ же: „Nur wenn die Sachlage dem Staate die Regressnahme unmöglich machen sollte, wäre die Haftung zu verneinen“.

оговорка Мандри сводить на нѣтъ то расширеніе отвѣтственности казны, которое онъ получаетъ путемъ нѣскольکو, по нашему мнѣнію, неправильнаго толкованія ст. 202 упомянутаго вюртембергскаго закона.

Тотъ фактъ, что въ томъ или иномъ случаѣ казна не отвѣчаетъ, благодаря такой устанавливаемой связи между отвѣтственностью ея и отвѣтственностью чиновника, самъ по себѣ, конечно, ничего не говоритъ противъ резонности установленія этой связи: вѣдь не за все же въ самомъ дѣлѣ должна отвѣчать казна. Но различіе того, за что она отвѣчаетъ, и того, за что она не отвѣчаетъ, должно основываться хотя бы на какихъ либо юридическихъ или практическихъ соображеніяхъ. Между тѣмъ, благодаря той постановкѣ, которой вопросу объ отвѣтственности казны даютъ новые германскіе законы, получается, что возможность взысканія вознагражденія съ казны зависитъ отъ совершенно случайнаго обстоятельства, отъ того, можетъ ли обыватель самъ установить, кто изъ чиновниковъ совершилъ данную неправильность: въ случаѣ потеряннаго прошенія, если оно было адресовано единоличному органу (напр. мировому судѣ) и было имъ получено, а потомъ оказалось у него пропавшимъ,—искъ къ казнѣ возможенъ, ибо потерялъ очевидно онъ. Если же подобное же прошеніе было адресовано въ коллегіальное или бюрократическое учрежденіе, напр. въ мировой съѣздъ, и тамъ было потеряно, то обывателю самому не догадаться, а если и догадаться, то не доказать, кто именно тамъ его прошеніе потерялъ, и слѣдовательно искъ къ казнѣ невозможенъ.

Нѣкоторые законы ¹⁾, связывавшіе отвѣтственность казны съ доказанною виною чиновника и въ связи съ этимъ допускавшіе предъявленіе иска по выбору потерпѣвшаго или къ казнѣ или къ чиновнику, принуждены были отступить отъ послѣдовательнаго проведенія этой точки зрѣнія и признать, что въ случаѣ причиненія убытковъ постановленіемъ коллегіи искъ къ отдѣльнымъ виновнымъ членамъ ея можетъ быть предъявленъ только въ томъ случаѣ, если виновность ихъ предварительно установлена въ порядкѣ уголовного суда, и такимъ образомъ отвѣтственность казны тутъ заслоняетъ собою отвѣтственность чиновника.

Съ точки зрѣнія справедливости по отношенію къ чиновнику, система прямой отвѣтственности казны представляетъ также существеннѣйшія преимущества: хотя и при этой системѣ чиновникъ, причинившій кому либо убытки своими незаконными дѣйствіями, не освобождается отъ отвѣтственности, и государство почти повсемѣстно сохраняетъ за собою право регресса къ чиновнику, своими дѣйствіями вынудившему казну расплачиваться за убытки, но положеніе чиновника въ такомъ случаѣ совершенно иное, чѣмъ еслибы ему приходилось отвѣчать непосредственно передъ потерпѣвшимъ.

¹⁾ Напр., австрійскій законъ 12 іюля 1872 г.—Ср. К л е в и ц ъ, стр. 119.

Нельзя закрывать глаза на тот фактъ, что взысканіе убытковъ съ даннаго лица имѣеть для него несомнѣнный карательный характеръ, и тѣмъ болѣе сильно выраженный, чѣмъ взыскиваемая сумма больше сравнительно со средствами этого лица. Признавать карательный характеръ за какимъ либо рублевымъ штрафомъ и не признавать его за тысячнымъ искомъ объ убыткахъ не со строго юридической а съ житейской точки зрѣнія,—значить до нѣкоторой степени играть словами.

Но если при наложеніи денежнаго взысканія на чиновника въ уголовномъ или дисциплинарномъ порядкѣ стараются установить возможное соотвѣтствіе между степенью данной вины его и размѣромъ взысканія, если при этомъ, въ особенности въ случаѣ взысканія дисциплинарнаго, принимается во вниманіе характеръ всей дѣятельности чиновника и предшествовавшей службы, то при гражданскомъ взысканіи никакого соотвѣтствія между степенью вины и тяжестью упдающаго денежнаго взысканія можетъ и не быть. Можно совершить гнуснѣйшее преступленіе и не подвергнуться и грошовому взысканію (начальникъ учебнаго заведенія зарѣжетъ и съѣстъ одного изъ питомцевъ, круглаго сироту), можно и за ничтожнѣйшую вину поплатиться громаднѣйшими суммами (задержать выдачу какого либо удостовѣренія, такого, съ которымъ обыкновенно не связано никакихъ крупныхъ денежныхъ интересовъ, но отъ котораго въ данномъ случаѣ зависѣло полученіе какой либо крупной суммы).

Человѣкъ, можетъ быть, всю свою жизнь прослужилъ самымъ образцовымъ образомъ, отложилъ какіе то гроши, и за ничтожнѣйшую вину его этого лишаютъ. Несправедливость явная. Но конечно, если обыватель на томъ или другомъ основаніи получилъ право на возмѣщеніе повесенныхъ имъ отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника убытковъ, то нельзя же этого обывателя лишать этого права на томъ только основаніи, что чиновникъ хорошій человѣкъ. Тутъ получается коллизія: для обывателя деньги должны быть взысканы, съ чиновника они не должны взыскиваться. Выходъ—въ отвѣтственности казны съ правомъ регресса къ виновному чиновнику. Требовать отъ обывателя, чтобы онъ отказался отъ взысканія въ виду личныхъ и служебныхъ достоинствъ чиновника, нѣтъ ни малѣйшихъ основаній. Но для казны, уплатившей убытки, всегда возможно, при разрѣшеніи вопроса о регрессѣ къ чиновнику, принять во вниманіе личную виновность чиновника, взвѣснить уменьшающія его вину обстоятельства и въ виду ихъ или въ части, или въ цѣломъ сложить съ него упдающее на него въ пользу казны взысканіе ¹⁾).

Въ пользу предоставленія потерпѣвшему права выбора отвѣтчика

¹⁾ Ср. по этому поводу также и соображенія, приводимыя Клевицомъ, стр. 117. По его мнѣнію, регрессъ къ чиновнику могъ бы осуществляться въ порядкѣ дисциплинарнаго производства, дѣйствительно наиболѣе приспособленнаго къ установленію размѣра и характера вины чиновника.

и права предъявить искъ или къ казнѣ, или къ виновному должностному лицу ¹⁾, какъ намъ кажется, нельзя привести никакихъ убедительныхъ доводовъ. Наряду съ правомъ имѣть такого платежеспособнаго отвѣтчика, какъ казна, право искать съ чиновника не можетъ имѣть никакого реального значенія. При наличности права предъявить искъ къ казнѣ, если какой либо искъ и будетъ предъявленъ къ должностному лицу, то можно безошибочно сказать, что этотъ искъ явится лишь средствомъ сорвать злобу на этомъ чиновникѣ.

А поощрять злобные инстинкты вовсе не цѣль законодательства.

¹⁾ Подобно тому, какъ это было установлено въ австрійскомъ законѣ 12 июля 1872 г.—Ср. Клевицъ, ст. 119.

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ.

Отвѣтственность казны передъ иностранцами.

Однимъ изъ вопросовъ, выдвинутыхъ послѣдними нѣмецкими законами объ отвѣтственности казны, является вопросъ объ отвѣтственности ея передъ иностранцами.

До самаго послѣдняго времени вопроса этого не возникало ¹⁾, быть можетъ, потому, что отвѣтственности и передъ своими подданными на дѣлѣ почти не было.

Надо впрочемъ сказать, что по скольку французское право признаетъ эту отвѣтственность, а признаетъ оно ее въ довольно широкихъ размѣрахъ, оно никогда не сомнѣвалось, что дѣлать какое либо различіе въ этомъ отношеніи между своими и чужими подданными нѣтъ ни малѣйшаго основанія, и практика французскаго государственнаго совѣта признаетъ отвѣтственность казны и передъ иностранцами ²⁾.

Что касается новѣйшихъ германскихъ законовъ, то они, быть можетъ, въ виду того, что ими дѣлался очень крупный шагъ въ сторону дальнѣйшаго расширенія отвѣтственности казны, устанавливають отвѣтственность ея по отношенію къ иностранцамъ ³⁾ лишь подъ усло-

¹⁾ Изъ старыхъ законовъ объ отвѣтственности казны устанавливаль отвѣтственность только передъ своими подданными конституціонный законъ соединенныхъ герцогствъ Кобурга и Готы отъ 3 мая 1852 г. (§ 68, онъ приведенъ Ленингомъ стр. 110—111). Но этотъ мало кому извѣстный законъ одного изъ незначительнѣйшихъ мелкихъ государствъ Германіи не оказалъ никакого вліянія на развитіе вопроса объ отвѣтственности казны.

²⁾ M. Naugou. La responsabilité de l'Etat. Revue de droit public. 1896. II. Стр. 57—58.—Ср. рѣшенія гос. совѣта 6 мая 1881 г. по дѣлу Тузакъ и 21 іюля 1882 г. по дѣлу Turnbull.

³⁾ Нѣкоторые законы говорятъ о томъ, что это ограниченіе отвѣтственности казны устанавливается для Ausländer (Баденъ—законъ 17 апр. 1899 г., Art. 5, Abs. 6; Мекленбургъ-Шверинъ—Verordnung 9 апр. 1899 г., § 49, Abs. 3; Мекленбургъ-Стрелицъ—Verordnung 9 апр. 1899 г., § 48, Abs. 3; Гессенъ—законъ 17 іюля 1899 г., Art. 80; Ангальтъ—законъ 18 апр. 1899 г., Art. 32, Abs. 2; Саксенъ-Альтенбургъ—законъ 4 мая 1899 г., § 28, Abs. 4; Рейссъ Старшей Линіи—законъ 26 окт. 1899 г., § 69, Abs. 3; Шварцбургъ-Зондерсгаузенъ—законъ 19 іюля 1899 г., Art. 19, § 15; Баварія—законъ 9 іюня 1899 г., Art. 60, Abs. 2, и Вюртембергъ—

віемъ взаимности, т. е. чтобы въ государствѣ, къ которому принадлежитъ данный иностранецъ, казна отвѣчала передъ германскими подданными ¹⁾. При этомъ часть законовъ постановляетъ, что при отсутствіи взаимности въ выдачѣ вознагражденія изъ казны *можетъ* быть отказано ²⁾, по постановленіямъ же другихъ внѣ условія взаимности вознагражденіе и не можетъ быть выдано ³⁾.

Обращаясь къ оцѣнкѣ этихъ постановленій по существу ихъ, нельзя не замѣтить, что они лишены всякаго юридическаго основанія: не связь подданнаго и государства, а именно отношенія правительства и управляемаго являются основаніемъ отвѣтственности, какое бы изъ указывавшихся вообще основаній этой отвѣтственности мы ни приняли.

Отношеніе же подчиненія государственной, правительственной власти у подданныхъ и у иностранцевъ тѣ же самыя: издаваемые приказанія и распоряженія властей обязательны и для своихъ под-

законъ 28 іюля 1899 г., § 202. Abs. 3), или для Nichtstaatsangehörige (Саксенъ-Кобургъ-Гота—законъ 20. XI. 1899, Art. 18, § 3 и Рейссъ Старшей Линіи—законъ 26 окт. 1899,—по вопросу о депозитахъ,—§ 29, Abs. 4), или наконецъ объ Angehörige ausserdeutschen Staaten (Рейссъ Младшей Линіи—законъ 10 августа 1899 г., § 48, Abs. 4).—Различіе въ этихъ терминахъ можетъ вызвать нѣкоторое сомнѣніе по вопросу объ отвѣтственности каждаго даннаго отдѣльнаго изъ государствъ, входящихъ въ составъ Германской Имперіи. передъ лицами, состоящими подданными другихъ государствъ, входящихъ въ составъ той же Имперіи. Что же касается прочихъ государствъ, то всѣ эти выраженія равно относятся къ нимъ ко всѣмъ, и напр. по отношенію къ русскимъ подданнымъ ясно, что, пока въ Россіи не установлена отвѣтственность казны, въ Германіи русскимъ подданнымъ всегда можетъ быть отказано въ выдачѣ вознагражденія. Ср. слѣдующую выноску.

¹⁾ Впрочемъ и по этому вопросу отдѣльные изъ цитированныхъ въ предыдущей выноскѣ законовъ представляютъ довольно существенныя отличія другъ отъ друга. Баденскій законъ требуетъ только, чтобы въ государствѣ, къ которому принадлежитъ данный иностранецъ, признавалась отвѣтственность казны *Inländern gegenüber*; законы Саксенъ-Кобургъ-Готы и Рейсса Старшей Линіи (о депозитахъ) говорятъ объ отвѣтственности *diesseitigen Staatsangehörigen gegenüber*; законъ Гессена просто ставитъ условіемъ *Gegenseitigkeit*; большинство же законовъ (Мекленбургъ-Шверинъ, Мекленбургъ-Стрелицъ, Ангальтъ, Саксенъ-Альтенбургъ, Рейссъ Старшей Линіи, Шварцбургъ-Зондерсгаузенъ, Баварія и Вюртембергъ) говоритъ объ отвѣтственности *Deutschen gegenüber* или *Angehörigen der deutschen Bundesstaaten gegenüber*. Рейссъ Младшей Линіи требуетъ, чтобы въ данномъ государствѣ существовала отвѣтственность *Angehörigen des Fürstenthums gegenüber*.

Стоитъ отмѣтить, что Баварія и Вюртембергъ, устанавливающіе прямую отвѣтственность казны, требуютъ для признанія взаимности, чтобы въ данномъ государствѣ была установлена хотя бы субсидіарная отвѣтственность.

²⁾ Законы: Бадена, обоихъ Мекленбурговъ, Ангальта, Саксенъ-Альтенбурга, обоихъ Рейссовъ (кромѣ закона Рейсса Старшей Линіи о депозитахъ), Вюртемберга и Баваріи.

³⁾ Законы: Гессена, Шварцбургъ-Зондерсгаузена, Саксенъ-Кобургъ-Готы и Рейсса Старшей Линіи (о депозитахъ).

данныхъ, и для иностранцевъ при тѣхъ же самыхъ условіяхъ и въ той же самой степени. Самоуправство въ равной степени запрещено и своимъ подданнымъ, и иностранцамъ, и иностранцы одинаково обязаны обращаться въ подлежащихъ случаяхъ къ содѣйствию установленныхъ властей. Замѣтимъ, что, напр., никому и въ голову не приходитъ устанавливать разную степень и разныя основанія для отвѣтственности казны въ дѣлахъ фиска въ зависимости отъ того, является ли контрагентъ казны мѣстнымъ или иностраннымъ подданнымъ.

Въ особенности странно разсматриваемое ограниченіе отвѣтственности въ современныхъ германскихъ законахъ, которые все исходятъ изъ распространенія на казну той отвѣтственности, которая германскимъ гражданскимъ уложеніемъ установлена для должностныхъ лицъ. А что чиновники одинаково отвѣчаютъ и передъ своими подданными, и передъ иностранными, если неправильными своими дѣйствіями причинять имъ убытки,—въ этомъ никто не сомнѣвается.

Это ограниченіе отвѣтственности могло бы быть оправдано лишь съ чисто практической точки зрѣнія, но намъ кажется, что и съ этой точки зрѣнія оно критики не выдерживаетъ.

Отвѣтственность казны по самому существу своему есть ничто иное, какъ средство создать большее и лучшее обезпеченіе правамъ обывателей. Отказъ какой либо категоріи обывателей въ этомъ обезпеченіи устанавливаетъ для этой категоріи извѣстный минусъ въ обезпеченіи ихъ правъ. Этотъ минусъ можетъ дѣйствовать на людей только какъ стимулъ къ тому, чтобы уйти туда, гдѣ этого минуса нѣтъ, или по крайней мѣрѣ не идти туда, гдѣ этотъ минусъ есть.

Такимъ образомъ, отвѣтъ на вопросъ, давать ли иностранцамъ то обезпеченіе правъ, которое признано вообще справедливымъ по отношенію къ своимъ подданнымъ, или не давать, долженъ предрѣшаться разрѣшеніемъ другого вопроса, а именно, является ли вообще иностранецъ такимъ элементомъ, котораго надо отпугивать, или же отпугивать его незачѣмъ. Намъ кажется, что незачѣмъ. Всякій иностранецъ является либо съ трудомъ своимъ, либо съ капиталомъ, т. е. съ однимъ изъ двухъ источниковъ народнаго богатства. И онъ является съ трудомъ и съ капиталомъ всегда болѣе интенсивными, чѣмъ съ какими могъ бы прожить на родинѣ.

Какова была истинная причина включенія въ новѣйшіе германскіе законы этой оговорки относительно иностранцевъ, намъ неизвѣстно. Мы затруднились бы объяснять эти оговорки какою либо вспышкою націонализма и шовинизма. По всей вѣроятности это ограниченіе отвѣтственности казны объясняется тѣмъ, что вообще установленіе ея всегда вызываетъ извѣстныя опасенія за равновѣсіе государственнаго бюджета; отвѣтственность казны всегда хочется какъ-нибудь ограничить; изъ такихъ ограниченій подвернулось изыятіе иностранцевъ изъ дѣйствія новаго закона: на немъ и остановились.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Такимъ образомъ, мы можемъ придти къ выводу, что юридически отвѣтственность казны за дѣйствія чиновниковъ возможна, что тѣ соображенія, которыми старались доказать юридическую невозможность этой отвѣтственности, по ближайшемъ разсмотрѣніи оказываются несостоятельными.

Списокъ тѣхъ дѣлъ, по которымъ существуетъ отвѣтственность казны, представляетъ въ отдѣльныхъ государствахъ чрезвычайное разнообразіе, изъ котораго на нашъ взглядъ можно вывести только одно общее правило: по какимъ бы дѣламъ отвѣтственность казны ни была установлена, она всюду оказывалась умѣстной. Нѣтъ такой категоріи дѣлъ, по которой разъ установленную отвѣтственность казны пришлось бы отмѣнить по какимъ либо юридическимъ или практическимъ соображеніямъ.

Именно это разнообразіе въ томъ, въ какихъ дѣлахъ законъ или судебная практика въ отдѣльныхъ государствахъ признаютъ отвѣтственность казны, и слѣчайность въ выборѣ этихъ дѣлъ, какъ намъ кажется, дѣлаютъ въ высшей степени сомнительной справедливость мнѣнія, высказаннаго Ленигомъ ¹⁾, что отвѣтственность казны, по скольку она вообще можетъ быть допущена, можетъ имѣть своимъ основаніемъ не юридическую природу государственной должности вообще, но лишь юридическую природу отдѣльныхъ ея функцій. Если бы это было такъ, то было бы непонятно, почему тождественныя функціи въ однихъ государствахъ признаются связанными съ отвѣтственностью казны, въ другихъ нѣтъ. Такая неравномѣрность можетъ быть объяснена только тѣмъ, что установленіе отвѣтственности казны обусловливается не самою природою отдѣльныхъ должностей или отдѣльныхъ функцій, а обстоятельствами посторонними, какими, по нашему мнѣнію, являются обстоятельства, устремляющія вниманіе общественнаго мнѣнія или законодательныхъ учрежденій на тотъ или иной вопросъ.

Возможность отвѣтственности казны обусловливается не суще-

¹⁾ Ленингъ, стр. 109.

ствомъ государства вообще и не существомъ отвѣтственности, а именно существомъ современнаго государства.

Пока должностныя лица разсматривались (въ государствѣ патримоніальнаго типа), какъ личные слуги государя, или (въ полицейскомъ государствѣ) какъ его представители, уполномоченные, отвѣтственности казны не могло быть: отвѣчать могъ только самъ государь. Но искъ къ государю со стороны его подданнаго, объекта его власти, былъ вообще трудно допустимъ, а кромѣ того, если чиновники были представителями, мандатарами государя, то этотъ послѣдній не могъ отвѣчать за ихъ незаконныя и неправильныя дѣйствія, ибо такихъ дѣйствій онъ имъ не приказывалъ, а за дѣйствія повѣреннаго, противныя данному ему порученію, довѣритель не отвѣчаетъ, или, по крайней мѣрѣ, не отвѣчалъ.

И при господствѣ теоріи государства-юридическаго-лица отвѣтственность казны за дѣйствія чиновниковъ тоже не могла быть обоснована, по крайней мѣрѣ, пока отвѣтственность должностныхъ лицъ за представителей (и за органы) опредѣлялась тѣми же началами, что и отвѣтственность физическаго лица за его повѣреннаго ¹⁾.

Случаевъ, когда бы установленная отвѣтственность казны была отмѣнена, или когда бы установленная прямая отвѣтственность была замѣнена субсидіарной, мы не знаемъ. Отвѣтственность казны неизмѣнно движется поступательно въ сторону все большаго и большаго своего развитія. Это несомнѣнно можетъ быть принято, какъ признакъ того, что отвѣтственность казны соотвѣтствуетъ не только современному правосознанію, но и современнымъ потребностямъ общественной жизни и ея экономическому складу.

Несомнѣнно, что тотъ экономическій складъ нашей общественной жизни, который дѣлаетъ отвѣтственность казны особенно нужной (повидимому болѣе нужной, чѣмъ это было при другихъ формахъ экономическаго склада жизни), и то пониманіе государства, которое обусловливаетъ возможность установленія отвѣтственности казны, не являются окончательными этапами въ развитіи человѣчества. Возможно, что экономическій строй общества сложится такъ, что вопросъ

¹⁾ Возможно, что и при господствѣ конструкціи государства, какъ юридическаго лица, отвѣтственность казны за незаконныя дѣйствія чиновниковъ получить твердое юридическое основаніе. Для этого необходимо, чтобы тотъ взглядъ, что отвѣтственность юридическихъ и физическихъ лицъ подчиняется тѣмъ же правиламъ, былъ замѣненъ другимъ взглядомъ, уже нашедшимъ себѣ выраженіе въ ст. 31 германскаго гражданскаго уложенія. Но принципъ ст. 31 герм. гражд. ул. еще чуждъ и французскому, и русскому праву. Чуждъ и нашему Проекту Гражданскаго Уложенія. И можно думать, что раньше проникнетъ правильная конструкція государства и установится вытекающая изъ него отвѣтственность казны за чиновниковъ, чѣмъ та же отвѣтственность поспѣетъ придти другимъ окольнымъ путемъ, черезъ отвѣтственность юридическихъ лицъ частнаго права.

объ отвѣтственности казны потеряетъ свое острое практическое значеніе. Загадывать относительно будущаго трудно. Но возможно, что количество задачъ государства со временемъ уменьшится, уменьшится число случаевъ, когда органы правительства могутъ причинять убытки обывателямъ; возможно, что непомѣрные современные государственные бюджеты, по сравненіи съ которыми каждый могущій упасть на казну убытокъ представляется чѣмъ то совершенно ничтожнымъ, сами уменьшатся, и возложеніе на нихъ уплаты убытковъ перестанетъ быть такимъ простымъ. Возможно, что и самое причиненіе убытковъ неправильными должностными дѣйствіями будетъ какъ либо предотвращено. Возможно, наконецъ, и это конечно многими считается не только возможнымъ, но и несомнѣннымъ, что при измѣнившемся экономическомъ складѣ общества вопросъ объ отвѣтственности за убытки вообще потеряетъ свое практическое значеніе ¹⁾.

Такимъ образомъ мы не можемъ смотрѣть на отвѣтственность казны, какъ на послѣдній вообще возможный результатъ развитія нравственнаго и правового чувства, какъ на то, къ безусловному расширенію чего во всѣ времена при всякихъ условіяхъ должно стремиться всякое государство, всякое человѣческое общество.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ намъ кажется, мы можемъ прийти къ тому выводу, что при современномъ экономическомъ общественномъ строѣ, при современномъ складѣ государственной жизни отвѣтственность казны за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, является институтомъ и цѣлесообразнымъ, и соответствующимъ нашему современному правосознанію.

Однако нельзя упускать изъ вида, что возмѣщеніе убытковъ, какъ средство охраненія правъ, не только является средствомъ непомѣрно дорогимъ, если въ данной области правонарушенія не представляются сравнительною рѣдкостью, но что это есть средство, устраняющее печальныя послѣдствія одного какого либо правонарушения, но не предупреждающее самой возможности ихъ въ будущемъ. Хотя конечно нельзя отрицать того, что возникшая для правительства обязанность уплачивать тѣ или другіе убытки, до того падавшіе на обывателей, можетъ явиться весьма активнымъ побудительнымъ стимуломъ для проведенія цѣлаго ряда реформъ, необходимость которыхъ давно уже сознавалась правительствомъ, но осуществленіе которыхъ на дѣлѣ все откладывалось, но сама по себѣ отвѣтственность казны не есть средство, улучшающее дѣйствіе правительственной машины.

¹⁾ Ср. напр. Антона Менгера: „Въ народномъ рабочемъ государствѣ, гдѣ бы вслѣдствіе права собственности государства на всѣ средства производства и на всѣ вещи, которыми возможно пользованіе, число точекъ соприкосновенія между отдѣльными индивидами было бы существенно уменьшено, обязанность возмѣщать убытки могла бы играть лишь самую незамѣтную роль“. А. Менгер. Neue Staatslehre. 1903. Стр. 145.

Поэтому, отмѣчая огромное политическое значеніе отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами путемъ неправильнаго примѣненія полномочій публичной власти, и настаивая на томъ, что необходимость этой отвѣтственности вытекаетъ изъ самаго существа юридическихъ отношеній между обывателемъ и современнымъ государствомъ, мы тѣмъ не менѣе считаемъ необходимымъ оговориться, что основною задачею внутренней политики, тою задачею, которая въ условіяхъ нашей русской дѣйствительности должна быть признана очередною, является не установленіе отвѣтственности казны за нарушеніе тѣхъ правъ, которыя нынѣ признаются за обывателями. Такою очередною задачею является, во первыхъ, улучшеніе самого правительственнаго механизма, установленіе правилъ, которыя предупреждали бы самую возможность нарушенія этихъ правъ; во вторыхъ, такую задачею является признаніе за обывателями правъ, которыя до сихъ поръ правами ихъ не признаются, какъ то—право на личную неприкосновенность, право на неприкосновенность жилища и т. п.

Отвѣтственность казны является существеннымъ и необходимымъ средствомъ обезпеченія правового порядка. Но сторонникамъ этой отвѣтственности надо помнить, что она не можетъ замѣнить правового порядка.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ДОЛЖНОСТНЫХЪ ЛИЦЪ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Юридическія основанія отвѣтственности должностныхъ лицъ.

Въ вопросѣ объ имущественной отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ихъ неправильными или преступными должностными дѣйствіями, прежде всего слѣдуетъ установить, какой характеръ носятъ юридическія основанія этой отвѣтственности, частно-правовой или публичный.

По нашему мнѣнію этотъ вопросъ разрѣшается въ томъ же смыслѣ и на тѣхъ же самыхъ основаніяхъ, что и рассмотрѣнный нами выше вопросъ о юридической природѣ отвѣтственности казны за убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями: неправильныя должностныя дѣйствія суть дѣйствія должностныя, нормируемыя правомъ публичнымъ, и послѣдствія этихъ должностныхъ дѣйствій, въ томъ числѣ и послѣдствія имущественныя, являются одною изъ составныхъ частей этого публичнаго правоотношенія ¹⁾.

Поэтому основанія отвѣтственности, установленныя въ гражданскомъ правѣ, предѣлы и условія этой отвѣтственности не могутъ быть прямо примѣнены къ отвѣтственности должностныхъ лицъ, но основанія этой послѣдней отвѣтственности и ея условія должны быть выведены изъ существа публичныхъ отношеній, возникающихъ по поводу неправильныхъ должностныхъ дѣйствій.

¹⁾ Подробности по этому вопросу см. выше, стр. 194—206; о томъ, что этотъ публичный характеръ правоотношенія не исключаетъ гражданской подсудности этихъ дѣлъ, и что эта гражданская подсудность вызывается цѣлымъ рядомъ практическихъ соображеній, см. тамъ же.

У нѣмцевъ какъ въ литературѣ,¹⁾ такъ и въ большинствѣ законодательствъ²⁾ основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ усматривается въ нарушеніи чиновникомъ его служебнаго долга по отношенію къ обывателю, — „*einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht*“³⁾.

Такого рода конструкція по нашему мнѣнію ни въ коемъ случаѣ допущена быть не можетъ. Чиновникъ состоитъ на службѣ не у обывателя, права котораго онъ нарушилъ своими неправильными дѣйствіями, а у государства. И если неправильныя дѣйствія чиновника могутъ быть разсматриваемы, какъ нарушеніе его долга по отношенію къ кому либо, то только по отношенію къ государству. Нарушеніе служебнаго долга могло бы служить основаніемъ къ отвѣтственности только передъ государствомъ, но никакъ не передъ обывателями. Такимъ образомъ, та точка зрѣнія на юридическое основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ, которая является господствующею въ германскихъ законодательствахъ и въ германской наукѣ права⁴⁾, представляется намъ безусловно непріемлемою.

Во французской судебно-административной практикѣ и во французской наукѣ права за основаніе отвѣтственности должностнаго лица принимаютъ его „личное дѣйствіе“.

Но, какъ мы видѣли⁵⁾, ученіе о „личныхъ дѣйствіяхъ“, противопологаемыхъ „должностнымъ ошибкамъ“, выработалось на совершенно специфическихъ французскихъ законахъ о подсудности администра-

¹⁾ На этомъ вопросѣ, какъ очевидно, современные германскіе писатели обыкновенно не останавливаются, это основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ принимается ими, какъ нѣчто несомнѣнное. Ср. *Stohe. System des deutschen bürgerlichen Rechts*. Томъ II, стр. 1035 и сл.—*Oertmann, Kommtar zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, стр. 577. — *C. Meltz. Die Beamtenhaftpflicht*. 1904, стр. 14—16.—*Деліу съ*, стр. 27 и сл.—*Гезеръ*, стр. 52 и 61.—*Клевильъ*, стр. 60; ср. однако у него довольно нерѣшительныя замѣчанія на стр. 61. — *Докъ*, стр. 264.

²⁾ Впервые на эту точку зрѣнія сталъ, если мы не ошибаемся, прусскій *Landrecht* (ч. I, титулъ 10, §§ 88 и сл.). Въ настоящее время эта конструкція положена въ основу постановленій германскаго гражданскаго уложенія, а также въ основаніе всѣхъ тѣхъ законодательныхъ постановленій, которыя въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ были изданы по поводу введенія въ дѣйствіе германскаго гражд. уложенія.—Перечень ихъ см. выше, стр. 313, выноски 1—2.

³⁾ *Bürgerliches Gesetzbuch* § 839 („*Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht...*“).

⁴⁾ Изъ германскихъ писателей, отказывающихся видѣть въ нарушеніи служебнаго долга основаніе отвѣтственности чиновника передъ обывателемъ, можно назвать *Пилоти*, стр. 261, вын. 1.—Онъ указываетъ на возможность такого рода нарушеній служебнаго долга, которыя не служатъ основаніемъ для гражданской отвѣтственности (неисполненіе указаній начальства). У *Пилоти* это его ученіе находится повидимому въ связи съ стремленіемъ подыскать для отвѣтственности должностныхъ лицъ не публично-правовое, а чисто гражданское основаніе.

⁵⁾ См. выше, стр. 374—377.

тивныхъ дѣлъ общимъ судамъ; это есть ученіе, приспособленное къ разрѣшенію именно вопроса о подсудности и только косвенно приведенное къ тому или другому разложенію бремени имущественной отвѣтственности между казною и должностными лицами; наконецъ, это есть противоположеніе настолько произвольное и неопредѣленное, что для большинства случаевъ нѣтъ никакого объективнаго критерія для распознаванія, представляетъ ли данное дѣйствіе „личное дѣйствіе“ чиновника или должностную ошибку.

Поэтому въ качествѣ общей теоріи, указывающей юридическое основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ, это французское ученіе о „личныхъ дѣйствіяхъ“ ни въ коемъ случаѣ принято быть не можетъ.

Къ тому же, какъ мы видѣли, то, что французы называютъ „личными дѣйствіями“ чиновниковъ, по существу своему, по остальнымъ своимъ юридическимъ послѣдствіямъ, все таки остается дѣйствіемъ должностнымъ и не разсматривается какъ постороннее службѣ проявленіе частной жизни чиновника. Поэтому, будучи неправильными дѣйствіями по службѣ государству или самоуправляющейся единицѣ, эти „личные дѣйствія“, говоря строго юридически, могли бы обосновывать отвѣтственность чиновника только передъ государствомъ или данною самоуправляющеюся единицею.

Такимъ образомъ, и французская наука не нашла достаточнаго и приемлемаго основанія для имущественной отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями.

Нашъ Гражданскій Кассационный Д-тъ Сената видитъ основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ въ томъ, что „когда они являются представителями государственной власти, обязанными примѣнять ее со строгимъ соблюденіемъ закона, они лично отвѣчаютъ за дѣйствія, совершенныя ими во вредъ частнымъ лицамъ,“¹⁾

Конечно, должностныя лица обязаны исполнять свои служебныя обязанности „со строгимъ соблюденіемъ закона“. Но они обязаны это дѣлать не только тогда, когда являются представителями власти, но и когда являются представителями казны по имуществамъ. Разницы тутъ нѣтъ. Но и изъ того, что должностныя лица обязаны дѣйствовать со строгимъ примѣненіемъ закона, еще вовсе не слѣдуетъ, чтобы они были обязаны отвѣчать именно денежно: они обязаны отвѣчать дисциплинарно, быть можетъ, уголовно, но для денежной отвѣтственности чиновника своимъ имуществомъ требуется еще какое либо новое юридическое основаніе, а его еще не указано²⁾.

Но пусть даже чиновники обязаны отвѣчать своимъ карманомъ.

¹⁾ Рѣш. 1878 г. № 162.

²⁾ Мы говоримъ именно о юридическомъ основаніи, объ основаніи для помѣщенія даннаго постановленія въ законъ, а не о ссылкѣ на ту или другую статью закона (въ данномъ случаѣ можно было бы сдѣлать ссылку на ст. 1316 Уст. Гр. Суд.).

Передъ кѣмъ они обязаны? Очевидно передъ государствомъ, а не передъ обывателемъ, ибо обязанности на нихъ лежатъ по отношенію къ государству ¹⁾).

Неудовлетворительность всѣхъ теорій, стремящихся указать юридическое основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями, на нашъ ваядъ не является простою случайностью.

Причина неудачи этихъ теорій заключается не только въ томъ, что онѣ ищутъ основанія отвѣтственности передъ обывателемъ въ юридическомъ отношеніи между чиновникомъ и государствомъ ²⁾, но и въ томъ, что съ хозяйственной, экономической точки зрѣнія отвѣтственность должностныхъ лицъ критики не выдерживаетъ, какъ не выдерживаетъ ея и съ точки зрѣнія интересовъ законности.

Присужденіе частнаго лица къ уплатѣ понесенныхъ кѣмъ либо другимъ убытковъ чаще всего есть лишь присужденіе къ возвращенію недолжно полученнаго. Въ другихъ случаяхъ, напр. въ случаѣ причиненія убытковъ какимъ либо предпріятіемъ, возложеніе отвѣтственности на его хозяина есть лишь средство разложенія вреда, сказавшагося въ одномъ случаѣ, но обязаннаго своимъ происхожденіемъ тому, что ради экономіи все дѣло поставлено неправильно, и тотъ, кто создаетъ себѣ эту экономію, долженъ нести и убытки, которые отъ того несутъ другіе.

Въ отношеніяхъ частныхъ лицъ между собою каждый дѣйствуетъ, или, по общему правилу, въ нормальномъ случаѣ, можетъ предполагаться дѣйствующимъ въ своихъ личныхъ интересахъ. Тутъ со всею справедливостью можно требовать, чтобы каждый изъ-за своихъ личныхъ интересовъ не забывалъ чужихъ, или чтобы онъ не приносилъ чужихъ интересовъ въ жертву своимъ. Поэтому можно требовать, чтобы каждый отвѣчалъ за убытки, причиненные имъ другимъ всякимъ неправомѣрнымъ дѣйствіемъ, хотя бы и не заключающимъ въ себѣ признаковъ преступленія.

Если оставить въ сторонѣ тотъ случай, когда чиновникъ дѣйствуетъ изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, т. е. когда его дѣйствія перестаютъ быть только неправильными, а становятся и пре-

¹⁾ Точно такъ же совершенно неприемлемо то основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ, которое указываетъ Б. Н. Ч и ч е р и н ъ въ своемъ „Курсѣ государственной науки“, томъ III, стр. 18. „Если между правами частнаго лица и требованіями государства ¹приходится столкновение, то первое очевидно должно уступить, ибо частное подчиняется общему; но лицо, права котораго нарушены, должно получить справедливое удовлетвореніе... Отсюда возможность иска противъ органовъ власти, виновныхъ въ нарушеніи права“. Но если неправильныя требованія должностныхъ лицъ являются требованіями „общаго“, которому „частное“ должно подчиниться, то и вознагражденіе должно выплачиваться „общимъ“, а не частнымъ карманомъ того или другого чиновника.

²⁾ Это затрудненіе ничуть не устраняется и при предлагаемой нами конструкціи должности (см. выше, стр. 282—296), ибо чиновникъ, какъ физическое лицо, состоя на службѣ, стоитъ въ несомнѣнныхъ юридическихъ отношеніяхъ именно къ государству, какъ къ отдѣльному отъ него юридическому лицу.

ступными, чиновникъ дѣйствуетъ всегда не въ своихъ личныхъ, а въ общественныхъ интересахъ, выгоды себѣ изъ своихъ неправильныхъ дѣйствій не извлекаетъ и не предполагаетъ извлекать. Поэтому оснований для того, чтобы онъ отвѣчалъ своимъ имуществомъ, по крайней мѣрѣ съ перваго взгляда, не усматривается.

Обязанность возмѣстить убытки изъ своего кармана для того, кто самъ отъ этихъ убытковъ не только ничуть не попользовался, но и не предполагалъ пользоваться, кто совершалъ то или иное, руководясь исключительно такъ или иначе понимаемыми интересами службы, носить явно и рѣзко выраженный карательный характеръ. И если мы сопоставимъ тѣ цифры убытковъ, къ которымъ иногда присуждаются чиновники, съ размѣромъ денежныхъ штрафовъ, установленныхъ уголовными законами, то по своей тяжести обязанность возмѣстить убытки можетъ быть иногда приравнена къ наказаніямъ лишь за самыя тяжкія преступленія ¹⁾.

Возложеніе обязанности покрывать убытки, причиненные должностными лицами, на этихъ должностныхъ лицъ является крайнею несправедливостью не только по отношенію къ нимъ: это почти всегда является вопіющею несправедливостью и по отношенію къ обывателямъ, права которыхъ нарушены неправильными должностными дѣйствіями: размѣръ убытковъ, которые вамъ можетъ причинить чиновникъ, не стоитъ ни въ какой зависимости отъ размѣра его личного имущества. И на дѣлѣ предоставленіе обывателямъ права взыскивать свои убытки съ должностныхъ лицъ приводитъ лишь къ тому, что убытковъ этихъ ни съ кого получить нельзя ²⁾.

Въ качествѣ гарантіи правильности дѣйствій должностныхъ лицъ, отвѣтственность ихъ передъ обывателями за убытки не имѣетъ и малой доли того значенія, которое имѣетъ отвѣтственность за убытки въ гражданскомъ правѣ.

Въ условіяхъ гражданскаго оборота по общему правилу каждый дѣйствуетъ въ своихъ личныхъ, матеріальныхъ или иныхъ, интересахъ. Тутъ каждому можно говорить, что онъ можетъ поступать, какъ ему заблагоразсудится, но что если при этомъ онъ нарушилъ чужія имущественныя права, то обязанъ возмѣстить тотъ вредъ, который причинилъ.

Поскольку неправильныя дѣйствія чиновника обусловливаются не корыстными или иными личными видами, а неправильнымъ пониманіемъ существа возложенныхъ на него обязанностей, угроза

¹⁾ Ср. Клевицъ, стр. 36 и 121.

²⁾ Справедливость этого замѣчанія вынуждены признавать даже и наиболѣе рѣшительные противники отвѣтственности казны и убѣжденные сторонники отвѣтственности однихъ должностныхъ лицъ, какъ напр. Ленингъ, стр. 25.— Ср. также Лаферриеръ, томъ II, стр. 188.— Duguit. Etudes de droit public. 1901, томъ II, стр. 638 и сл.

гражданскимъ искомъ объ убыткахъ ничего не можетъ измѣнить въ поведеніи чиновника.

Конечно, въ нѣкоторыхъ случаяхъ гражданскіе иски подобнаго рода играли весьма существенную роль въ поддержаніи законнаго порядка. Напр. въ Англіи право личной неприкосновенности гражданъ, поскольку оно создано Habeas Corpus Act'омъ, ограждается именно гражданскими исками объ убыткахъ. Но дѣло въ томъ, что въ разсматриваемомъ случаѣ эти иски, по крайне высокому своему размѣру, носили чисто уголовный характеръ и, слѣдовательно, оказывали свое вліяніе именно какъ уголовное наказаніе за совершенное преступное дѣяніе по службѣ, а не какъ средство взысканія съ чиновника точнаго денежнаго эквивалента понесеннаго имущественнаго ущерба.

Изложенное даетъ намъ право придти къ тому выводу, что никакихъ достаточныхъ юридическихъ основаній для возложенія на должностныхъ лицъ имущественной отвѣтственности передъ обывателями не существуетъ, что эта отвѣтственность является крайнею несправедливостью и по отношенію къ чиновникамъ, и по отношенію къ обывателямъ.

Почему же въ такомъ случаѣ отвѣтственность эта существуетъ почти повсемѣстно? Какъ намъ кажется, отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ быть одинъ: и по всѣмъ юридическимъ основаніямъ, и по всѣмъ требованіямъ справедливости за убытки, причиненные неправильными должностными дѣйствіями, должна отвѣчать казна. Но установленіе ея отвѣтственности наталкивалось, а во многихъ государствахъ наталкивается и по настоящее время на рядъ практическихъ затрудненій, на рядъ недоразумѣній, мѣшающихъ установленію отвѣтственности казны въ дѣлахъ публично-правовыхъ. А такъ какъ съ мыслью, что понесенные убытки такъ и останутся вознагражденными, мириться трудно, то выдаютъ головою чиновника, благо извѣстная прищипка для его отвѣтственности вообще существуетъ: неправильность, причинившая убытки, совершена имъ.

Иного объясненія отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями, кромѣ того, что государство, не желая само нести ту отвѣтственность, которая на него падаетъ, перелагаетъ ее на чиновника, не смущаясь несправедливостью, совершаемою и по отношенію къ чиновнику, и по отношенію къ обывателю, подыскать нельзя.

Нѣкоторымъ оправданіемъ отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями можетъ служить то соображеніе, что вообще, если казна должна отвѣчать передъ обывателями за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями чиновниковъ, а тѣ, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, должны возмѣщать казнѣ то, что ей пришлось уплатить, то простоты и удобства (для одной впрочемъ казны) ради можно предоставить обывателю считаться непосредственно съ чиновникомъ.

Это положеніе можетъ служить руководствомъ и исходною точкою зрѣнія при оцѣнкѣ постановленій объ отвѣтственности должностныхъ лицъ: тамъ, гдѣ на нихъ могла бы падать отвѣтственность передъ казною, тамъ, совершая несправедливость по отношенію къ одному лишь обывателю, можно устанавливать отвѣтственность чиновниковъ; тамъ же, гдѣ въ случаѣ отвѣтственности казны регресса ея къ чиновнику устанавливать не слѣдовало бы, тамъ возложеніе на чиновника отвѣтственности является несправедливостью и по отношенію къ обывателю, и по отношенію къ самому чиновнику.

Но въ положительномъ правѣ отвѣтственность должностныхъ лицъ существуетъ, и при томъ внѣ зависимости отъ только что указаннаго условія. Мы можемъ объ этомъ жалѣть, но съ фактомъ считаться надо.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Основныя начала дѣйствующаго русскаго законодательства по вопросу о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ.

§ 1. Основное раздѣленіе вопроса.

Дѣйствующее наше право, какъ это вполне твердо установлено и наукою, и кассационною практикою, различаетъ двоякаго рода гражданскую отвѣтственность, возникающую изъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ административныхъ вѣдомствъ.

I. Если должностное лицо совершило какое либо незаконное дѣйствіе, какъ органъ казны, по управленію казеннымъ имуществомъ, то причиненные убытки падаютъ на казну. Казна отвѣчаетъ за чиновника, какъ господа и вѣрители отвѣчаютъ за вредъ, причиненный ихъ слугами и повѣренными.

II. Если же должностное лицо дѣйствовало въ качествѣ органа правительственной власти, то за убытки, причиненные его незаконными дѣйствіями, казна не отвѣчаетъ. Отвѣтственность падаетъ всецѣло на должностное лицо, виновное въ причиненіи этого вреда¹⁾.

Этотъ второй родъ представляетъ двѣ рѣзко отличающіяся другъ отъ друга разновидности, въ зависимости отъ того, были ли причи-

¹⁾ Градовскій. Начала русскаго государственнаго права. Томъ II (изд. 1887 г.), стр. 131—134.—Побѣдоносцевъ. Курсъ гражданского права. Томъ III (изд. 1896 г.), стр. 597—600.—Рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента: 1875 г. № 490, 1876 г. № 391, 1877 г. № 200, 1878 г. № 162 и 167, 1879 г. № 66, 1886 г. № 36, 1887 г. № 14, 1888 г. № 32, 1889 г. № 69 и 129, 1897 г. № 91.—Рѣш. Общ. Собр. I и Касс. Д-товъ 1895 г. № 18.—Эти принципы примѣняются не только къ органамъ „государственнаго“ или „правительственнаго“ управленія, въ тѣсномъ смыслѣ этихъ словъ, но и къ органамъ самоуправленія: въ первомъ случаѣ отвѣтственность падаетъ на казну, а во второмъ на имущество соответственнаго общественнаго (земскаго, городского или сословнаго) управленія. См. рѣш. Гражд. Касс. Д-та, 1887 г. № 14, 1889 г. № 80, 1893 г. № 98, 1896 г. № 75 и 1897 г. № 1.

нены убытки дѣйствіями непреступными или же дѣйствіями, заключающими въ себѣ признаки дѣянія, уголовно наказуемаго.

II. а. Въ первомъ случаѣ этого второго рода, т. е. если убытки причинены дѣйствіемъ неправильнымъ, но не признаваемымъ преступнымъ, привлеченіе къ гражданской отвѣтственности совершается непосредственнымъ предъявленіемъ къ должностному лицу гражданского иска ¹⁾).

II. б. Во второмъ случаѣ, т. е., если убытки причинены дѣяніемъ преступнымъ, предъявленію иска должно предшествовать преданіе виновнаго должностнаго лица суду, что возможно только по постановленію начальства этого лица. Кромѣ того, и съ точки зрѣнія материально-правовой этотъ второй случай представляетъ нѣсколько существенныхъ пунктовъ отличія отъ перваго ²⁾).

Поэтому намъ необходимо разсмотрѣть отвѣтственность за убытки, причиненные должностными преступленіями, особо отъ вопроса объ убыткахъ, причиненныхъ дѣйствіями неправильными, но не преступными.

Затѣмъ, что касается убытковъ, причиненныхъ дѣйствіями не преступными, то какъ въ материально-правовомъ отношеніи, такъ и въ процессуальномъ, дѣйствующее законодательство и наука права рѣзко противопоставляютъ другъ другу судей и чиновниковъ административныхъ. Поэтому вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства надо строго отличать отъ вопроса объ отвѣтственности судей.

§ 2. Кто есть должностное лицо въ смыслъ законовъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки.

А. Кто отвѣчаетъ въ особомъ порядкѣ, установленномъ для должностныхъ лицъ. Прежде всего возникаетъ вопросъ, кто именно можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, къ кому можетъ быть предъявленъ гражданскій искъ объ убыткахъ, какъ къ должностному лицу. На этотъ вопросъ отвѣтомъ служатъ статьи 1817 и 1830¹⁾ Уст. Гражд. Суд. Согласно этимъ статьямъ, въ особомъ, должностномъ порядкѣ иски предъявляются къ лицамъ, занимающимъ должности административнаго вѣдомства, или же служащихъ по выборамъ въ дворянскихъ, городскихъ и земскихъ учрежденіяхъ. При этомъ, при опредѣленіи подсудности того или другого лица административнаго вѣдомства, законъ неизмѣнно исходитъ изъ класса занимаемой имъ должности и такимъ образомъ дѣлаетъ невозможнымъ предъявленіе иска въ должностномъ порядкѣ лицу, не занимающему той или иной должности, положенной въ какомъ либо классѣ.

¹⁾ Зак. Гражд., ст. 684. Уст. Гражд. Суд., ст. 1316—1330. Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1870 г. № 893, 1871 г. № 941, 1873 г. № 673, 1877 г. № 137.

²⁾ Уст. Угол. Суд. ст. 1070 и 1085.—Зак. Гражд. ст. 677.—Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1871 г. № 941, 1889 г. № 69 и 255.—Улож. Наказ., ст. 360.

Изъ лицъ административнаго вѣдомства подъ указанныя статьи не подходятъ всѣ тѣ, кто исправляетъ какія либо обязанности, не занимая никакой должности, отнесенной къ какому либо классу: таковы напр. всѣ причисленные къ разнымъ учрежденіямъ.

Изъ лицъ, служащихъ въ учрежденіяхъ управленія общественнаго,— въ земствѣ, городахъ, въ сословныхъ учрежденіяхъ,—подъ эти статьи не подходятъ всѣ тѣ, кто занимаетъ должности не по выбору, а напр. по назначенію предсѣдателемъ управы или городскимъ головою, каковы всѣ служащіе въ канцеляріяхъ земскихъ и городскихъ управъ.

Наконецъ, въ силу прямого постановленія закона, статьи 1330⁶ Уст. Гражд. Суд., изъ дѣйствія ст. 1330¹ исключены должностныя лица сельскаго общественнаго управленія.

Убытки, причиненные неправильными дѣйствіями тѣхъ должностныхъ лицъ, которыя не подходятъ подъ ст. 1317 и 1330¹, не могутъ быть отыскиваемы въ особомъ порядкѣ, установленномъ для должностныхъ лицъ. Для лицъ сельскаго общественнаго управленія это прямо установлено статьею 1330⁶ Уст. Гражд. Суд., а для остальныхъ это вытекаетъ изъ того, что постановленія объ особомъ порядкѣ предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ помѣщены въ книгѣ III Уст. Гражд. Суд., въ „Изъятіяхъ изъ общаго порядка гражданскаго судопроизводства“, т. е. постановленія эти имѣютъ характеръ исключеній, и слѣдовательно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, которыя подъ эти установленныя исключенія не подходятъ, сохраняютъ свою силу общія правила.

Такимъ образомъ, если искъ предъявленъ къ чиновнику, то даже судьи Окружнаго суда и Судебной палаты признаются закономъ неспособными своими силами разобратся въ возникающихъ вопросахъ публичнаго права, и составъ суда усиливается для дѣлъ этого рода должностными лицами административнаго вѣдомства. Но если отвѣтчикъ крестьянинъ, и убытки причинены неправильными дѣйствіями по сельскому или волостному управленію, то земскій начальникъ или городской судья признаются закономъ способными самостоятельно разобратся во всѣхъ этихъ вопросахъ. Точка зрѣнія, конечно, очень странная.

Вопросы административнаго и вообще публичнаго законодательства въ сферѣ крестьянскаго законодательства на дѣлѣ представляются настолько сложными и трудными, что если гдѣ общіе суды могутъ вообще затрудняться, то именно въ нихъ. И если не исходить изъ того взгляда, который по его чудовищности и формулировать страшно, а именно, что правосудіе существуетъ только для господъ, а мужику довольно судебного рѣшенія земскаго начальника, зависимаго отъ начальства и, невѣдомо, чѣмъ руководящагося въ своемъ рѣшеніи, то, какъ намъ кажется, въ пользу изъятія изъ особой должностной под-

судности всѣхъ должностныхъ лицъ сельскаго общественнаго управления нельзя привести никакихъ резонныхъ доводовъ ¹⁾.

Но существо дѣла не въ тѣхъ или другихъ процессуальныхъ формахъ: какъ мы увидимъ ниже, съ тѣмъ или другимъ процессуальнымъ порядкомъ разсмотрѣнія исковъ объ убыткахъ, общимъ или особымъ для должностныхъ лицъ, связано и различіе въ юридическихъ основаніяхъ отвѣтственности; и условія отвѣтственности, такъ или иначе считающіяся съ должностнымъ положеніемъ причинившаго убытки и съ тѣмъ, что онъ причинилъ ихъ въ виду такъ или иначе понимаемыхъ имъ интересовъ службы, а не изъ личныхъ видовъ, установлены закономъ только на случай разсмотрѣнія дѣла въ особомъ порядкѣ. Такимъ образомъ, установленіе для должностныхъ лицъ сельскаго общественнаго управления общаго порядка отвѣтственности является вмѣстѣ съ тѣмъ и установленіемъ для ихъ должностной дѣятельности тѣхъ основаній отвѣтственности, которыя для должностныхъ лицъ вообще признаны не соответствующими существу дѣла и замѣнены другими.

Какъ и чѣмъ это можетъ быть оправдано, мы рѣшительно себѣ не представляемъ.

Б. Кто отвѣчаетъ въ особомъ уголовномъ порядкѣ, установленномъ для должностныхъ лицъ. Въ особомъ, должностномъ порядкѣ уголовного судопроизводства могутъ подлежать отвѣтственности за убытки, причиненные должностными преступленіями: 1) должностныя лица и 2) лица, совершившія преступленія должности.

По вопросу о сравнительномъ значеніи этихъ двухъ моментовъ Правительствующій Сенатъ придерживается, и, какъ намъ кажется, вполне согласно съ дѣйствующимъ закономъ ²⁾, того взгляда, что нахожденіе въ той или другой должности, или вообще пользованіе

¹⁾ Повидимому первоначально иски объ убыткахъ, причиненныхъ правильными должностными дѣйствіями должностныхъ лицъ сельскаго общественнаго управления, рассматривались и волостными судами. Потомъ компетентность ихъ въ вопросахъ публичнаго права подверглась сомнѣнію, и министръ юстиціи циркулярами своими отъ 16 марта 1892 г. № 15 и 18 сент. 1892 г. № 45 разъяснилъ, что иски эти должны быть подсудны не волостному суду, а общимъ судамъ, т. е. земскому начальнику и городскому судѣ, или высшимъ судебнымъ установленіямъ, по цѣнѣ иска.—Г. Г. Савичъ, Сборникъ законовъ объ устройствѣ крестьянъ внутреннихъ губерній Россіи, Спб. 1903 г., стр. 89.—Повидимому разъясненія эти касаются только мѣстностей, гдѣ введены земскіе начальники. Въ остальныхъ же и волостные суды признаются компетентными для разрѣшенія этихъ дѣлъ.

²⁾ Въ особености п. 4 ст. 1072 Уст. Уг. Суд., говорящій о порядкѣ преслѣдованія за преступленія должности „канцелярскихъ служителей всѣхъ вѣдомствъ, равно должностныхъ лицъ волостнаго, сельскаго, станичнаго и хуторскаго управленій и нижнихъ полицейскихъ чиновъ“, а также п. 1 ст. 1088 того же Уст., говорящій о „полицейскихъ урядникахъ, сотскихъ и десятскихъ“, т. е. о лицахъ, не занимающихъ классной должности.

правами государственной службы является элементом второстепеннымъ, и что первенствующее значеніе имѣеть совершеніе того или другого преступнаго дѣянія при отправленіи (или на почвѣ отправленія) какихъ либо правительственныхъ функцій.

Согласно этому, Сенатъ признавалъ, что состояніе лица на государственной службѣ или въ той или другой должности, или же, наоборотъ исполненіе тѣхъ или другихъ обязанностей по вольному найму или по временному порученію является моментомъ, совершенно безразличнымъ для опредѣленія порядка судебного преслѣдованія; и коль скоро преступное дѣяніе вытекаетъ изъ условій служебной дѣятельности и представляетъ нарушеніе обязанностей, возложенныхъ на это лицо, то имѣется наличность служебнаго преступленія, караемаго въ особомъ порядкѣ ¹⁾.

Но очевидно, что не всякое лицо, по самому своему положенію, можетъ совершать должностныя дѣйствія и на почвѣ ихъ должностныя преступленія, преслѣдуемая въ особомъ порядкѣ. Тутъ надо различать лицъ, исполняющихъ на томъ или другомъ основаніи какія бы то ни было служебныя обязанности, отъ лицъ, дѣятельность которыхъ вовсе не носитъ служебнаго характера. Въ самомъ законѣ это различіе и не намѣчено, и провести его пришлось практикѣ Сената.

Всматриваясь въ эту практику, какъ по 1-му Д-ту, такъ и по Уголовному Кассационному, можно вынести только то впечатлѣніе, что *in dubio*,—а законъ всегда оставляетъ въ этомъ вопросѣ широкое поле для сомнѣній,—дѣятельность человѣка всегда разсматривается, какъ служебная.

Въ этомъ отношеніи имѣются рѣшенія Сената, производящія странное впечатлѣніе. Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній ²⁾ Сенатъ признавалъ, что сельскіе обыватели подлежатъ отвѣтственности въ должностномъ порядкѣ, если они виновны въ упускѣ арестанта, сопровождать котораго они были наряжены подлежащею властью ³⁾, и что въ

¹⁾ Ср. напр. рѣш. Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1895 г. № 33.

²⁾ Рѣш. Соед. Прис. 1-го и Уг. Касс. Д-та 18 дек. 1873 г. № 9631, 13 дек. 1876 г. № 9611, 27 февр. 1878 г. № 1827, 20 окт. 1886 г. № 5624, 17 ноября 1889 г. № 9003, 11 дек. 1899 г. № 9713, 26 мая 1890 г. № 4800, 10 дек. 1890 г. № 10516, 18 марта 1891 г. № 2907.—Тимофеевскій. Систематическій сборникъ рѣшенія Пр. Сената по дѣламъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ. 1896 г. Стр. 257—271.

³⁾ Основаніемъ для подобнаго рода особой подсудности крестьянъ является для Сената то соображеніе, что, сопровождая арестантовъ, крестьяне исполняютъ лежащую на нихъ натуральную (т. н. этапную) повинность (Уст. Зем. Пов., Св. Зак. т. IV, по прод. 1890 г. ст. 186 п. 5), и что нельзя же этихъ крестьянъ вовсе освобождать отъ отвѣтственности.—См. Сборникъ Тимофеевскаго, цитированный въ предыдущей выноскѣ, стр. 260.—Но вопросъ, подлежатъ ли вообще эти крестьяне какой либо отвѣтственности, совершенно не зависитъ отъ того, въ какомъ порядкѣ они ей подвергаются, ибо ст. 452 Ул. о Нак., предусматривающая такой недостаточный надзоръ за арестантомъ, послѣдствіемъ котораго

этомъ же порядкѣ привлекаются къ отвѣтственности вольнопрактикующіе врачи за такія преступленія и проступки, „которые указываютъ на какія либо неправильныя дѣйствія сихъ врачей, до профессиональной ихъ дѣятельности относящіяся“ ¹⁾.

Но если и не говорить о такого рода несомнѣнныхъ эксцессахъ въ примѣненіи должностного порядка уголовного преслѣдованія, то во всякомъ случаѣ надо признать, что по твердо установившейся практикѣ, какъ I-го, такъ и Уголовнаго Касс. Д-товъ Правительствующаго Сената, такъ наконецъ и Соединеннаго ихъ Присутствія, въ должностномъ порядкѣ преслѣдуются всѣ преступленія, совершенныя при исполненіи или на почвѣ исполненія служебныхъ обязанностей по службѣ государственной и общественной (земской, городской, сословной или сельской), на какомъ бы основаніи эти обязанности ни исполнялись, по назначенію ли отъ правительства, по выборамъ ли, по вольному ли найму, или по временному порученію.

Но изъ преступныхъ дѣяній, совершаемыхъ лицами, несущими какія либо должностныя обязанности, не всѣ подлежатъ преслѣдованію въ особомъ должностномъ порядкѣ: для этого „необходимо, чтобы

былъ его побѣгъ, говорить вообще о „нерадѣннн чиновника или стражи“ и такимъ образомъ отнюдь не требуетъ для возможности ея примѣненія, чтобы дѣяніе было совершено чиновникомъ, или вообще должностнымъ лицомъ, такъ какъ подъ понятіе стражи вполне можетъ быть подведенъ и крестьянинъ, отбывающій этапную повинность. Что же касается ссылки Сената на то, что крестьяне, сопровождающіе арестантовъ по распоряженію законныхъ властей, тѣмъ самымъ отбываютъ установленную натуральную повинность, то это соображеніе при сколько нибудь послѣдовательномъ его проведеніи привело бы къ такому абсурду, передъ которымъ конечно пришлось бы остановиться: въ ст. 186 Уст. Зем. Пов. по прод. 1890 г. помимо этапной повинности указана напр. дорожная; но никто до сихъ поръ не говорилъ, чтобы крестьяне, не чинящіе дорогъ, привлекались за это къ отвѣтственности въ порядкѣ, установленномъ для должностныхъ преступленій. Да и вообще неисправное исполненіе натуральныхъ повинностей, лежащихъ на населеніи, даже и въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда за это можетъ быть наложено уголовное наказаніе, не можетъ быть подведено подъ понятіе должностного преступленія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ повинности является исполненіе какого либо дѣла, а не самое занятіе какой либо должности, какъ напр. всѣхъ должностей по сословному сельскому управленію: если я набранъ сельскимъ старостою и въ силу лежащей на мнѣ натуральной повинности не имѣю права отказаться отъ этой должности, то за неисправное исполненіе обязанностей я могу быть привлеченъ къ отвѣтственности въ должностномъ порядкѣ, ибо на должность на томъ или другомъ основаніи я все таки былъ назначенъ; но если на мнѣ, какъ на обывателѣ, лежитъ обязанность починки дороги или сопровожденія арестанта, то неисправнымъ отправленіемъ этой повинности я всетаки нарушаю мои обывательскія, а не должностныя обязанности, и потому отвѣтственности долженъ подлежать въ обывательскомъ, а не въ должностномъ порядкѣ.

¹⁾ Опред. Соед. Прис. 1-го и Уг. Касс. Д-товъ Пр. Сената 9-го апр. 1879 г. № 3021. Цитированный выше, стр. 411, выноски 2, Сборникъ Тимофеевскаго, стр. 198.

между совершеннымъ дѣяніемъ и состояніемъ лица на государственной службѣ была существенная связь такого рода, при которой дѣяніе вытекало бы изъ самыхъ условій государственной службы и составляло бы нарушеніе тѣхъ обязанностей, которыя возложены на лицо самою службою ¹⁾.

В. Выводы. Если мы сопоставимъ кругъ тѣхъ лицъ, которыя отвѣчаютъ въ особомъ должностномъ порядкѣ за убытки, причиненные ихъ неправильными дѣйствіями, съ кругомъ тѣхъ лицъ, которыя отвѣчаютъ въ должностномъ порядкѣ за убытки, причиненные ихъ служебными преступленіями, то у насъ получится слѣдующая картина.

Въ преимущественномъ числѣ случаевъ лица, отвѣчающія въ должностномъ порядкѣ за убытки, причиненные ихъ неправильными дѣйствіями, отвѣчаютъ въ должностномъ порядкѣ и за убытки, причиненные ихъ преступленіями по службѣ.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ нѣкоторыя лица отвѣчаютъ въ особомъ порядкѣ за убытки, причиненные ихъ неправильными дѣйствіями, и отвѣчаютъ въ общемъ—за убытки, причиненные преступленіями. Таковы лица, которыя, состоя на государственной службѣ и занимая должность, положенную въ какомъ либо классѣ, откомандированы для исполненія какихъ либо обязанностей не по государственной, а по частной службѣ. Таковы, напр., состоящіе въ вѣдомствѣ путей сообщенія инженеры, откомандировываемые на частныя желѣзныя дороги. По разъясненіямъ Правительствующаго Сената ²⁾, эти инженеры предаются суду въ общемъ порядкѣ судопроизводства, стало быть, и иски, вытекающіе изъ ихъ преступныхъ дѣйствій по службѣ, тоже предьявляются въ общемъ порядкѣ. Что же касается исковъ, которые могли бы быть предьявлены къ такого рода лицамъ на основаніи ихъ нерадѣнія, неосмотрительности и медленности, то, если принять во вниманіе, что это должностныя лица административнаго вѣдомства, что они состоятъ на государственной службѣ, то надо придти къ тому выводу, что гражданскій искъ можетъ быть къ нимъ предьявленъ только какъ къ должностнымъ лицамъ, тѣмъ болѣе, что самое откомандированіе ихъ въ распоряженіе частной желѣзной дороги ставитъ ихъ дѣятельность на этой дорогѣ въ непосредственную связь съ состояніемъ на государственной службѣ.

Обратныхъ случаевъ, когда лица, отвѣчающія за неправильныя дѣйствія въ общемъ порядкѣ, могутъ быть привлечены къ гражданской отвѣтственности за убытки, причиненные ихъ преступными дѣйствіями, только въ особомъ, должностномъ порядкѣ, очень и очень много: таковы между прочимъ всѣ служащіе по найму, всѣ должност-

¹⁾ Ср. рѣш. Соед. Прис. 1-го и Уг. Касс. Д-та 16 сент. 1871 г., 24 мая 1874 г. и др., рѣш. Общ. Собр. 1-го и Касс. Д-товъ 1880 г. № 25, 1895 г. № 33 и 1897 г. № 21.

²⁾ Общ. Собр. 1891 г. № 9 и Уг. Касс. Дѣл. 1877 г. № 95.

ныя лица сельскаго общественнаго управленія, всѣ лица, занимающія низшія служительскія должности, не положенныя въ классахъ ¹⁾).

Какихъ либо практическихъ неудобствъ отъ этого несоотвѣтствія понятія должности и должностнаго правонарушенія, когда дѣло идетъ о правонарушеніи гражданскомъ, и когда оно идетъ объ уголовно-наказуемомъ, повидимому не усматривается; но теоретически это несоотвѣтствіе обнаруживаетъ полное отсутствіе какой-либо руководящей мысли въ дѣйствующемъ законодательствѣ, отсутствіе сколько нибудь установившагося въ законѣ представленія о должности. Это несоотвѣтствіе и обнаруживаемая имъ безпринципность нашего законодательства по разсматриваемому вопросу должны предостеречь насъ отъ всякой попытки построить понятіе должности на какихъ бы то ни было постановленіяхъ дѣйствующаго русскаго права ²⁾).

Если мы отъ постановленій дѣйствующихъ законовъ обратимся къ постановленіямъ существующихъ проектовъ ихъ измѣненія, то по вопросу о томъ, кто именно отвѣчаетъ въ особомъ, должностномъ, порядкѣ найдемъ слѣдующія предположенія.

Согласно статьѣ 1104 Проекта V Книги Гражданскаго Уложенія, „должностныя лица, состоящія на государственной или общественной службѣ, отвѣчаютъ за вредъ, причиненный ими...“ Такимъ образомъ, по смыслу этой статьи въ гражданскомъ должностномъ порядкѣ будутъ отвѣчать „должностныя лица, состоящія на государственной или общественной службѣ“.

Такое постановленіе въ значительной степени исправляетъ непоследовательность дѣйствующаго законодательства, которое не считаетъ нужнымъ распространять особый порядокъ на должностныхъ лицъ сельскаго общественнаго управленія: подъ приведенную редакцію статьи 1104 эти лица несомнѣнно подойдутъ. Но это техническое усовершенствованіе дѣйствующаго законодательства въ смыслѣ внесенія въ него большаго единства, повидимому, является результатомъ простой недомолвки или недосмотра редакціонной комиссіи ³⁾). По крайней

¹⁾ Не останавливаемся на составленіи полнаго списка этихъ несоотвѣтствій: перечень должностныхъ лицъ, уголовно-преслѣдуемыхъ въ особомъ порядкѣ, составленъ на столько казуистично примѣнительно къ случайно возникшимъ въ практикѣ Сената вопросамъ, что подвергать его подробному разбору съ теоретической точки зрѣнія не къ чему.

²⁾ А такъ какъ догматикъ русскаго права не можетъ строить своихъ понятій помимо почвы дѣйствующаго законодательства, то изъ этого легко представить себѣ, въ какомъ завидномъ положеніи находится наука русскаго права.

³⁾ Называемъ это усовершенствованіе нашего законодательства лишь техническимъ на томъ основаніи, что по существу своему особый должностной порядокъ предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ о возмѣщеніи убытковъ, причиненныхъ ихъ неправильными дѣйствіями по службѣ, является столь несовершеннымъ, что распространеніе этого порядка еще и на новую категорію лицъ само по себѣ отнюдь не можетъ разсматриваться, какъ существенный правовой прогрессъ.

мѣрѣ, въ объясненіяхъ къ этой статьѣ не имѣется ни малѣйшихъ указаній на то, чтобы редакціонная комиссія имѣла въ виду вообще сколько нибудь расширить кругъ лицъ, отвѣчающихъ за убытки въ должностномъ порядкѣ, въ частности распространить этотъ порядокъ на должностныхъ лицъ сельскаго общественнаго управленія; на этихъ послѣднихъ лицахъ редакціонная комиссія, повидимому, и вообще не останавливала своихъ мыслей.

На этихъ должностныхъ лицахъ сельскаго общественнаго управленія остановилась другая комиссія, комиссія по пересмотру законоположеній по судебной части. Въ выработанномъ этой комиссіею Проектѣ новой редакціи Уст. Гражд. Суд. имѣется статья 1016 ¹⁾, согласно которой „вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные неподлежащими преслѣдованію въ уголовномъ порядкѣ неправильными дѣйствіями выборныхъ должностныхъ лицъ общественнаго управленія сельскихъ обывателей, отыскивается въ общемъ порядкѣ гражданскаго судопроизводства и по общимъ правиламъ подсудности“.

Такимъ образомъ, въ нашихъ законодательныхъ сферахъ, по скольку о томъ можно судить по рассматриваемымъ проектамъ, все еще господствуетъ то представленіе, что тѣ гарантіи правильности оцѣнки административнаго акта, служащаго основаніемъ для иска объ убыткахъ, предъявленнаго къ должностному лицу, котораго законъ считаетъ необходимыми въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ предъявленъ къ лицу, занимающему болѣе или менѣе видное служебное положеніе, становятся ненужными, когда искъ предъявленъ къ крестьянину, хотя бы и на безотносительно огромную сумму.

Въ рассматриваемой ст. 1104 Проекта V Книги Гражд. Уложения говорится о должностныхъ лицахъ, „состоящихъ на государственной или общественной службѣ“. Это опредѣленіе „должностныхъ лицъ“ представляется намъ совершенно неправильнымъ. Оно повторяетъ непослѣдовательность дѣйствующаго законодательства, исключаящаго изъ особой гражданской должностной подсудности всѣхъ тѣхъ, кто исполняетъ должностныя обязанности, но не состоитъ на государственной или общественной службѣ, и къ тому же, повидимому, распространяетъ это изъятіе и на взысканіе убытковъ въ уголовномъ порядкѣ.

Между тѣмъ, несомнѣнно, что основаніемъ для особой должностной отвѣтственности должно служить не то, состоитъ ли человекъ на государственной или общественной службѣ, а то, причинилъ-ли онъ убытки, дѣйствуя за свой счетъ и для себя, или же его дѣйствія были безкорыстны и обуславливались лишь неправильнымъ пониманіемъ общественныхъ интересовъ, этому лицу довѣренныхъ. Совершать же неправильныя должностныя дѣйствія можно, и не состоя ни на государственной, ни на общественной службѣ: въ такомъ положе-

¹⁾ Соответствующая нынѣ дѣйствующей ст. 1330^а Уст. Гражд. Суд.

ни находятся всё служащие въ правительственныхъ присутственныхъ мѣстахъ по вольному найму, хотя бы и въ классныхъ должностяхъ.

Это постановленіе ст. 1104 проекта Гражд. Уложения, еслибы оно получило силу закона, имѣло бы существенное значеніе для толкованія пункта 1 ст. 1317 Уст. Гр. Суд. ¹⁾, который гласить, что въ особомъ порядкѣ въ окружномъ судѣ разсматриваются гражданскіе иски „противъ лицъ, занимающихъ низшія должности до IX класса включительно“. Это постановленіе, само по себѣ взятое, допускало бы и то толкованіе, что въ окружномъ судѣ въ особомъ порядкѣ разсматриваются иски и противъ лицъ, занимающихъ низшія служительскія должности, которымъ классовъ вовсе не положено. Но если ст. 1104 книги V проекта Гражд. Улож. получить силу закона въ настоящей ея редакціи, то въ виду того, что въ ней говорится о состоящихъ на государственной службѣ, исключеніе изъ особаго должностнаго порядка разсмотрѣнія гражданскихъ исковъ ко всѣмъ, занимающимъ некласныя должности, а также ко всѣмъ тѣмъ, кто исправляетъ должности, не состоя въ нихъ въ силу того, что не состоитъ на государственной службѣ,—получить твердую опору въ законѣ, и такимъ образомъ укрѣпится современный, столь нелогичный порядокъ.

Что же касается лицъ, въ особомъ порядкѣ отвѣчающихъ за убытки, причиненные дѣяніями преступными, то, какъ мы видѣли, кругъ ихъ, въ виду п. 4 ст. 1072 и п. 1 ст. 1088 Уст. Уг. Суд., не ограничивается тѣми, кто состоитъ на государственной службѣ ²⁾.

Въ виду такого категорическаго постановленія закона и, что пожалуй практически еще существеннѣе, въ виду твердо установившейся практики, дающей этимъ постановленіямъ весьма распространительное толкованіе, нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что довольно таки неопредѣленное постановленіе ст. 1104 проекта V Книги Гражданскаго Уложения, говорящее о должностныхъ лицахъ, „состоящихъ на государственной или общественной службѣ“, ни въ коемъ случаѣ не могло бы отразиться на порядкѣ привлеченія тѣхъ или другихъ лицъ къ уголовной отвѣтственности. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не замѣтить, что поскольку условія гражданской отвѣтственности за убытки, причиненные должностными преступленіями, будутъ опредѣляться Гражданскимъ Уложениемъ ³⁾, для цѣлаго ряда должностныхъ лицъ гражданскія послѣдствія ихъ должностныхъ преступленій, преслѣдуемыхъ уголовно въ особомъ, должностномъ порядкѣ, будутъ нормироваться правилами общими, а не особыми для должностныхъ лицъ. Непослѣдовательность, которая врядъ ли можетъ быть объяснена чѣмъ либо, кромѣ простого законодательнаго недосмотра.

¹⁾ Или въ разсматриваемомъ отношеніи тождественнаго съ нимъ п. 1 ст. 998 проекта новой редакціи этого Устава.

²⁾ См. выше, стр. 411—412.

³⁾ Изъ Уголовнаго Уложения всё постановленія о гражданской отвѣтственности за убытки, причиненные преступленіями, находящіяся въ Ул. о Нак. исключены.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Постановленіе матерьяльнаго права по вопросу о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства.

§ 1. Постановленія русскаго законодательства.

Согласно установившейся практикѣ¹⁾, матерьяльныя условія отвѣтственности должностныхъ лицъ за ихъ неправильныя, но не преступныя дѣйствія опредѣляются статьею 684 Зак. Гражд., въ силу которой „всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка...“

Это распространеніе дѣйствія статьи 684 на должностныхъ лицъ представляется намъ несоотвѣтствующимъ истинному смыслу этой статьи.

Чтобы уяснить себѣ дѣйствительный смыслъ ея, обратимся къ ея исторіи.

Статья эта основана на законѣ 21 марта 1851 г. Такимъ образомъ она вступила въ силу при дѣйствіи Свода Зак. 1842 г. и Уложенія о Наказаніяхъ 1845 г.

Томъ X изд. 1842 г. вопроса о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ не касался вовсе. Вопросъ этотъ регулировался законами уголовными: второю частью XV тома изданія 1842 г. и Уложеніемъ 1845 г.

Хотя по существу своему эти уголовные кодексы и не должны были касаться дѣйствій, не содержащихъ въ себѣ признаковъ преступленія, но и Сводъ 1842 г., и Уложеніе 1845 г. въ главѣ о служебныхъ преступленіяхъ предусматривали мельчайшія дисциплинарныя провинности, за которыя устанавливались выговоры, замѣчанія и даже „предупрежденія впредь быть ему исправнымъ“²⁾.

Каждое „неправильное дѣйствіе“, причинившее кому либо убытки,

¹⁾ Рѣш. Гражд. Касс. Д-та 1870 г. № 893, 1871 г. № 941, 1873 г. № 673, 1877 г. № 127. См. Объясн. Записку къ проекту V Книги Гражд. Улож. Томъ V, стр. 685.

²⁾ Сводъ Зак. изд. 1842 г. т. XV ч. 1, ст. 279 ч. 2; Улож. Наказ. изд. 1845 г. ст. 441 (соотвѣтствуетъ ст. 410 изд. 1835 г.). — Ср. Зак. Суд. Прест. т. XV изд. 1832 г. ст. 1323.

несомнѣнно всегда можетъ разсматриваться, какъ дисциплинарная провинность, т. е. какъ дѣяніе, предусмотрѣнное Уложеніемъ ¹⁾. Статья 62 Улож. Наказ. 1845 г. ²⁾ устанавливала имущественную отвѣтственность по поводу всѣхъ вообще дѣяній, Уложеніемъ предусмотрѣнныхъ. Поэтому имущественная отвѣтственность чиновника за то, что мы теперь называемъ „неправильными дѣйствіями“, въ то время была исполнѣ возможна ³⁾.

Матерьяльныя условія гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ, установленныя Уложеніемъ о Наказаніяхъ, были измѣнены закономъ 21 марта 1851 г. Законъ этотъ состоялъ изъ четырехъ отдѣловъ, каждый съ самостоятельной нумераціей статей. Это были какъ бы четыре самостоятельныхъ закона.

Первые три отдѣла говорили объ отвѣтственности частныхъ лицъ, и въ нихъ нѣтъ ни одной статьи, посвященной отвѣтственности чиновниковъ. Правила по этому послѣднему вопросу цѣликомъ выдѣлены въ четвертый отдѣлъ закона, озаглавленный „Дополнительныя статьи объ отвѣтственности должностныхъ лицъ“. Въ этомъ отдѣлѣ было всего 6 статей ⁴⁾. Первая изъ нихъ воспроизведена въ статьѣ 677 Зак. Гражд. и говоритъ объ отвѣтственности всякаго должностнаго лица за убытки, причиненные противозаконными мѣрами изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, по суду доказанныхъ. Остальныя статьи (2—6) говорили объ отвѣтственности судей и другихъ должностныхъ лицъ, принимавшихъ участіе въ постановленіи неправильнаго уго-

¹⁾ Такое неправильное дѣйствіе почти всегда можетъ быть подведено подъ неосмотрительность или нерадѣніе, предусмотрѣнныя ст. 441 Улож. Наказ. 1845 г.; подъ эти термины, установленныя ст. 1316 Уст. Гражд. Суд., и теперь подводятъ неправильныя дѣйствія, не представляющія признаковъ преступленія или проступка.

²⁾ Соответствуетъ ст. 59 изд. 1835 г.—По Своду 1842 г. т. XV ч. 1 ст. 176.

³⁾ Ср. напр. въ I томѣ Сборника 1864 г. рѣшеніе Общ. Собр. 1-хъ 3-хъ Д-товъ и Д-та Герольдіи отъ 5 марта 1852 г. (№ 414, стр. 473—474, утвердившее рѣш. V-го Д-та отъ 16 февр. 1849 г.). — Во II томѣ того же Сборника: рѣш. Общ. Собр. IV, V и Межеваго Д-товъ 6 окт. 1841 г. (№ 251, стр. 266—267), 26 ноября 1841 г. (№ 255, стр. 269—270, и рѣш. Врем. Сбщ. Обр. 24 ноября 1839 г. (№ 36, стр. 37—38), 14 іюля 1841 г. (№ 51, стр. 48—49), 29 сент. 1841 г. (№ 56, стр. 52—56), 8 февр. 1843 г. (№ 93, стр. 88—89).

⁴⁾ См. текстъ, помѣщенный въ Полн. Собр. Законовъ (№ 25055). Что „дополнительныя статьи объ отвѣтственности должностныхъ лицъ“ являются именно самостоятельнымъ четвертымъ отдѣломъ, а не главою IV отдѣла третьяго (какъ это можно было бы предположить по выбору шрифтовъ въ Полномъ Собраніи Законовъ), видно, помимо самостоятельной нумераціи статей, еще и изъ подстатейныхъ ссылокъ къ ст. 677—682 Зак. Гражд. изд. 1857 г. (и 1887 г.), къ ст. 255—т. II ч. 1 изд. 1857 г. и къ соответственнымъ статьямъ послѣдующихъ изданій II тома. Первые три части этого закона внесены были въ Гос. Совѣтъ Влудовымъ при представленіи отъ 17 августа 1846 г. № 410. Затѣмъ 2 іюля 1848 г., № 424, Влудовъ внесъ дополнительную записку, про которую сообщалъ Вахтинъ

ловнаго приговора ¹⁾. Такимъ образомъ для неправильныхъ, но не преступныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства законъ 1851 г. не устанавливалъ рѣшительно никакихъ правилъ.

Такъ какъ отдѣлъ IV закона 21 марта 1851 г. являлся специальнымъ закономъ о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ, то, поскольку онъ противорѣчилъ закону общему—ст. 62 Улож. Наказ. (ст. 59 Улож. Наказ. изд. 1885 г.),—онъ отмѣнялъ дѣйствіе этого общаго закона.

Статья 62 Уложенія говорила объ обязанности вознаградить вредъ, убытокъ и обиду вообще виновнаго въ преступленіи, причинившемъ кому либо вредъ, убытокъ и обиду. При этомъ въ виду ст. 1 Уложенія и того, что Уложеніемъ были предусмотрѣны мельчайшіе дисциплинарные поступки, ст. 62 должна была распространяться и на то, что мы теперь называемъ „неправильными дѣйствіями“.

Статья 1 отдѣла IV закона 21 марта 1851 г. говорила объ обязанности возмѣстить вредъ и убытокъ, причиненные противозаконными дѣйствіями, совершенными „изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, по суду доказанныхъ“.

Такимъ образомъ, убытки, причиненные какимъ либо дисциплинарнымъ проступкомъ,—нерадѣніемъ, медленностью, неосмотрительностью,—могли служить основаніемъ для иска, пока гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ опредѣлялась ст. 62 Улож. 1845 г., и уже не могли по вступленіи въ силу закона 21 марта 1851 г. ²⁾.

что она имъ „составлена вслѣдствіе возникшихъ вопросовъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, понесенные вслѣдствіе постановленія или исполненія, равно противозаконнаго, приговоровъ судебныхъ“. Хотя этотъ дополнительный проектъ былъ вызванъ возбужденнымъ кавказскимъ намѣстникомъ вопросомъ объ отвѣтственности судей за постановленіе неправаго обвинительнаго приговора, но ст. I проектированныхъ Блудовымъ правилъ ставила (изъ его записки не видно, по какимъ соображеніямъ,) вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ вообще: „Всякое должностное лицо, которое изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ чрезъ постановленіе окончательнаго судебного приговора или какое либо его равноѣрно окончательное распоряженіе въ дѣлѣ, подлежащемъ его разсмотрѣнію, или черезъ составленіе подложныхъ актовъ, рапортовъ и т. п. или наконецъ черезъ принятіе какихъ либо противозаконныхъ мѣръ или иныхъ также противозаконныхъ по службѣ дѣйствій, причинить кому либо вредъ и убытки по имуществу, обязано вознаградить за сіи убытки и вредъ...“. Изъ этой статьи получилась настоящая ст. 677 Зак. Гражд.

¹⁾ Статьи 2—6 закона 21 марта 1851 г. вошли въ составъ статей 678—682 Зак. Гражд. изд. 1887 г.

²⁾ Гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ по поводу ихъ дѣяній, совершенныхъ не изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ (напр. по поводу проступковъ дисциплинарныхъ), послѣ изданія закона 21 марта 1851 г. могла сохраниться только по поводу тѣхъ проступковъ, относительно которыхъ въ Улож. о Нак. имѣлось прямое постановленіе объ обязанности чиновника возмѣстить причиненный имъ ущербъ.

Такое ограниченіе имущественной отвѣтственности должностныхъ лицъ лишь случаями служебныхъ преступленій находится въ полномъ согласіи съ тѣмъ, что до 1864 г. убытки съ должностныхъ лицъ могли быть взыскиваемы лишь въ порядкѣ уголовного суда. Насколько можно судить, напр., по сборникамъ рѣшеній Общаго Собранія Сената, на практикѣ разрѣшенія взыскивать убытки съ должностныхъ лицъ давались лишь въ томъ случаѣ, если дѣйствія ихъ могли быть подведены подъ ст. 677 Зак. Гражд., т. е. подъ ст. 1 закона 21 марта 1851 г. Статья 684 Зак. Гражд. въ глазахъ I Общаго Сената Собранія никогда не являлась основаніемъ для отвѣтственности должностныхъ лицъ ¹⁾.

Того же взгляда на возможность отвѣтственности должностныхъ лицъ лишь по ст. 677 и на непримѣнимость къ нимъ ст. 684 держались и составители Судебныхъ Уставовъ 1864 г. Въ различіи этихъ двухъ статей они видѣли „основаніе существеннаго различія порядка взысканія за вредъ и убытки съ должностнаго лица отъ порядка взысканія по тому же предмету съ частныхъ лицъ“ ²⁾.

Но съ теченіемъ времени ст. 684 Зак. Гражд. начали распространять и на должностныхъ лицъ; и можно привести нѣсколько рѣшеній Гражданскаго Кассационнаго Департамента, состоявшихся въ этомъ смыслѣ ³⁾.

По своей общей редакціи: „всякій обязанъ вознаградить вредъ и убытки....», статья 684 конечно допускаетъ подведеніе подъ нее и

¹⁾ Ср. Сборникъ 1864 г. томъ I. рѣш. Общ. Собр. 1-хъ 3-хъ Д-товъ и Д-та Герольдін 10 июня 1858 г. (№ 597, стр. 825—826): „для того, чтобы подвергнуть отвѣтственности по имуществу должностное лицо, необходимо доказать, что вредъ и убытки по имуществу причинены вслѣдствіе корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ“, 20 августа 1858 г. (№ 603, стр. 834—835) и 17 февр. 1860 г. (№ 638, стр. 905).—Сборникъ 1876 г. т. II: №№ 361, 399, т. III: №№ 554, 557, 566, 613, 622 и 671; т. IV: №№ 733, 751, 914, 932, 933, 935 и 939; т. V: №№ 991 („имѣя въ виду, что на основаніи 677 ст. т. X ч. 1 должностныя лица обязаны вознаграждать убытки только тогда, когда по суду доказано, что дѣйствія, въ коихъ послѣдовали убытки, противозаконны и предприняты изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ“), 1033, 1038, 1048 и 1229.

²⁾ „Должностное лицо подвергается отвѣтственности за вредъ и убытки, причиненные лишь незаконными его дѣйствіями, т. е. такими, въ коихъ оно допустило нарушенія установленнаго для отправленія занимаемой имъ должности порядка. Правило это весьма важно и составляетъ основаніе существеннаго различія порядка взысканія за вредъ и убытки съ должностнаго лица отъ порядка взысканія по тому же предмету съ частныхъ лицъ. Частное лицо обязано отвѣчать за послѣдствія всякаго своего дѣянія (т. X ч. 1 ст. 684), т. е. и за такое, которое не признается ни преступленіемъ, ни проступкомъ. Напротивъ, должностное лицо даже за величайшій вредъ и убытокъ, причиненный его дѣйствіемъ, не обязано отвѣчать, буде только это дѣйствіе было законно“ (т. X ч. 1 ст. 677 и 678). Объяснительная записка 1864 г. къ Книгѣ VI, стр. 37.

³⁾ См. рѣш. Гражд. Касс. Департ. 1870 г. № 893, 1871 г. № 941, 1873 г. № 673, 1877 г. № 127.

должностныхъ лицъ. Но буквальный смыслъ статьи несомнѣнно шире ея истиннаго смысла. Какъ видно изъ подстатейной ссылки къ ст. 684, статья эта всецѣло основана на ст. 70 отдѣла III закона 21 марта 1851 г., т. е. на статьѣ такого отдѣла этого закона, который относился исключительно къ отвѣтственности частныхъ лицъ. Такимъ образомъ систематическое толкованіе закона 1851 г. приводитъ къ тому выводу, что ст. 70 отдѣла III относилась лишь къ частнымъ лицамъ. Поэтому распространеніе этой статьи и на должностныхъ лицъ нарушаетъ ея истинный смыслъ, тотъ ея смыслъ, который она несомнѣнно имѣла въ законѣ 1851 г., и который не могъ измѣниться отъ кодификаціоннаго размѣщенія статей этого закона по разнымъ главамъ 1 части X тома ¹⁾).

Тотъ фактъ, что на практикѣ установилась отвѣтственность должностныхъ лицъ за ихъ неправильныя, но не преступныя дѣйствія по ст. 684, объясняется, повидимому, слѣдующимъ образомъ. До 1864 г. существовалъ лишь уголовный порядокъ привлеченія должностныхъ лицъ къ имущественной отвѣтственности. Этому порядку соотвѣтствовала ст. 677 Зак. Гражд. („Всякое должностное лицо, которое изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ...“). Судебными уставами 1864 г. была создана чисто гражданская отвѣтственность въ порядкѣ гражданского суда за дѣйствія, не представляющія признаковъ преступления ²⁾). Для этого новаго процессуальнаго порядка въ старыхъ постановленіяхъ 1 части X тома никакого матеріально-правоваго основанія не было, да и не могло быть.

Но съ введеніемъ Судебныхъ Уставовъ оно показалось необходимымъ; его и нашли, подведя „неправильныя дѣйствія“ должностныхъ лицъ подъ ст. 684, подъ которую, если только не доискиваться ея истиннаго смысла, дѣйствительно можно подвести все, что угодно.

¹⁾ См. „Право“ 1899 г., стр. 1681—1691.

²⁾ Журналъ Д-товъ Законовъ и Гражданскихъ дѣлъ въ усиленномъ ихъ составѣ, по отдѣленію Законовъ 1864 г. № 65, стр. 242. „По дѣйствующимъ законамъ взысканіе съ должностнаго лица денежнаго вознагражденія за вредъ, ущербъ или убытки по имуществу, происшедшіе волѣдствіе его нерадѣнія, медленности, неосмотрительности или по другимъ причинамъ, можетъ быть проиаведено не иначе, какъ по опредѣленію уголовного суда. Признавая такое правило слишкомъ стѣснительнымъ для служащихъ, Соед. Д-ты полагаютъ, что подобныя взысканія могутъ быть присуждаемы со служащихъ гражданскимъ порядкомъ, по иску лицъ, потерпѣвшихъ отъ нерадѣнія, медленности или неосмотрительности должностнаго лица, а преданіе уголовному суду должно быть требуемо только въ тѣхъ случаяхъ, когда должностное лицо обвиняется въ томъ, что оно неправильно дѣйствовало изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.“—Прежнее правило признано Соед. Д-тами слишкомъ обременительнымъ для чиновниковъ. Врядъ ли можно признать правило, введенное Судебными Уставами облегченіемъ для нихъ; Д-ты очевидно представляли себѣ дѣйствовавшее право невѣрно: за „неправильныя дѣйствія“ до 1864 г. чиновники не отвѣчали и въ уголовномъ порядкѣ. Ср. выше, стр. 420, вын. 1.

Но это стремленіе практики найти матерьяльную норму для отвѣтственности должностныхъ лицъ за ихъ неправильныя дѣйствія въ 1 части X тома было не только безнадежно въ силу того, что тамъ такой нормы не могло быть,—оно было и излишне. Статьи 1316—1330 Уст. Гражд. Суд. установили не только новый *порядокъ* отвѣтственности должностныхъ лицъ, онѣ установили *новое основаніе* для нея: нерадѣніе, неосмотрительность и медленность, хотя бы онѣ и не вызывались „корыстными или иными личными видами, по суду доказанными“, какъ того раньше требовала ст. 677 Зак. Гражд.

Такимъ образомъ матерьяльно-правовою основою отвѣтственности должностныхъ лицъ въ порядкѣ гражданскаго суда по дѣйствующему русскому праву является статья 1316 Уст. Гражд. Суд. А эта статья въ дѣйствительности устанавливаетъ имущественную отвѣтственность должностныхъ лицъ не за всякую вину, а лишь за неосмотрительность, нерадѣніе и медленность ¹⁾.

Но редакція этой статьи представляется довольно неудачною. Изъ

¹⁾ Какъ мы видѣли выше, далеко не всѣ должностныя лица могутъ быть подведены подъ тѣ категоріи, для которыхъ установленъ особый, должностной порядокъ предъявленія гражданскихъ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ ихъ служебными дѣйствіями (см. выше, стр. 408). По отношенію къ этимъ должностнымъ лицамъ мы признали примѣнимымъ общій порядокъ отвѣтственности какъ матерьяльно правовой, такъ и процессуальный. Нынѣ мы видимъ, что матерьяльно-правовыя основанія для исковъ къ должностнымъ лицамъ объ убыткахъ таковы, что подъ нихъ подходят далеко не всѣ тѣ убытки, которые могутъ быть причинены неправильными должностными дѣйствіями. Могло бы возникнуть предположеніе, не слѣдуетъ ли по отношенію къ этимъ неправильнымъ дѣйствіямъ, не подходящимъ подъ ст. 1316, примѣнять общій порядокъ производства, принимая за матерьяльное правооснованіе этихъ исковъ ст. 684 Зак. Гражд. Но такое предположеніе безусловно должно быть отвергнуто: Уст. Гр. Суд. есть единый законодательный, не кодификаціонный актъ, и при толкованіи его надо исходить не только изъ постановленій отдѣльныхъ статей, но изъ системы ихъ и изъ заголовковъ главъ, раздѣловъ и т. п. Какъ это видно изъ заголовка раздѣла II книги III Уст. Гражд. Суд. и изъ заголовка главы I этого раздѣла, ими устанавливается извѣстное изъятіе для взысканія вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства, и далѣе въ отдѣльныхъ статьяхъ указывается, на какихъ именно должностныхъ лицъ этотъ порядокъ распространяется, и во вторыхъ, за какія свои дѣйствія эти должностныя лица могутъ быть привлечены къ гражданской отвѣтственности. Если данное должностное лицо подъ установленное изъятіе не подходитъ, то для него естественно сохраняетъ силу общее правило, и слѣдовательно порядокъ и основаніе взысканія убытковъ опредѣляются общими правилами. Если же данное должностное лицо вообще подъ установленное изъятіе подходитъ, и по отношенію къ нему такимъ образомъ становятся обязательными постановленія статей 1316 и слѣд. Уст. Гр. Суд., то по отношенію къ нему обязательны и матерьяльно-правовыя основанія иска, указанныя въ этихъ статьяхъ, и иска, имѣющаго какое либо другое основаніе, быть не можетъ.

всѣхъ возможныхъ видовъ неправильностей и нарушеній служебнаго долга она указываетъ только на три: на нерадѣніе, неосмотрительность и медленность, т. е. даетъ перечень весьма и весьма неполный. Этотъ перечень несомнѣнно не обнимаетъ многихъ случаевъ, въ которыхъ возложеніе отвѣтственности на чиновника являлось бы возможнымъ. Такъ, прежде всего подъ эту статью не могутъ быть подведены всѣ умышленныя неправильности. Благодаря этому, статья эта, не смотря на то, что несомнѣнно имѣла въ виду дать исчерпывающій перечень неправильныхъ дѣйствій, могущихъ служить основаніемъ къ гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ, на дѣлѣ такого перечня не дала; чтобы восполнить пробѣлы статьи, практика начала распространительно толковать термины: неосмотрительность, нерадѣніе медленность, и, повидимому подъ вліяніемъ ст. 684, признала, что *каждая* неправильность можетъ служить основаніемъ для отвѣтственности должностнаго лица ¹⁾.

Согласно этому твердо установившемуся взгляду, въ новомъ проектѣ Устава Гражданскаго Судопроизводства слова прежней статьи 1316 „неосмотрительностью, нерадѣніемъ или медленностью“ замѣнены словами „неправильными дѣйствіями . . . , не подлежащими преслѣдованію въ уголовномъ порядкѣ“ ²⁾. Такое измѣненіе редакціи ст. 1316 должно быть признано весьма удачнымъ съ точки зрѣнія совершенства нашихъ процессуальныхъ законовъ. Теперь въ уголовномъ порядкѣ взыскиваются убытки въ случаѣ, если они причинены преступленіями должности ³⁾, въ гражданскомъ—въ случаѣ неосмотрительности, нерадѣнія или медленности. Такимъ образомъ, если убытки причинены такими неправильными дѣйствіями должностнаго лица которыя не подходятъ подъ именно эти три вида неправильностей, то по буквѣ дѣйствующихъ уставовъ остается совершенно невыясненнымъ, въ какомъ же именно порядкѣ могутъ быть взысканы эти убытки. Новая редакція Устава Уголовнаго Судопроизводства устраняетъ этотъ источникъ сомнѣній, установивъ въ связи съ ст. 1266

¹⁾ Въ сенатской практикѣ мысль эта лежитъ въ основѣ всѣхъ тѣхъ рѣшеній Гражд. Касс. Д-та, въ которыхъ должностныя лица подводятся подъ ст. 684 Зак. Гражд. (см. выше стр. 420 вын. 3). Въ одномъ изъ немногихъ напечатанныхъ рѣшеній Соединеннаго Присутствія Перваго и Кассационныхъ Д-товъ Правительствующаго Сената по дѣламъ о взиманіи убытковъ съ должностныхъ лицъ (1869 г. № 10) Сенатъ говоритъ, что коль скоро дѣйствія должностнаго лица признаны неправильными его начальствомъ, то суду остается лишь опредѣлить сумму убытковъ. Въ юридической литературѣ мы не находили указаній на то, чтобы примѣненіе къ должностнымъ лицамъ ст. 684 признавалось несправедливымъ. См. П о б ѣ д о н о с ц е в ѣ, Курсъ гражд. права, т. III, 1896 г., стр. 599.—Г р а д о в с к і й, Начала русскаго государственнаго права, т. II (1887 г.), стр. 131.

²⁾ Проектъ Устава Гражданскаго Судопроизводства, ст. 997.

³⁾ См. объясненія къ проекту Уст. Гражд. Суд., томъ III, стр. 119.

проекта Устава Уголовнаго Судопроизводства, что если убытки причинены дѣяніемъ преступнымъ, то они взыскиваются въ порядкѣ уголовномъ, если не преступнымъ,—то въ порядкѣ гражданскаго суда. Но вмѣстѣ съ тѣмъ проектированное измѣненіе ст. 1316 Уст. Гражд. Суд. должно быть признано въ достаточной мѣрѣ неосмотрительнымъ. Какъ мы уже указывали, ст. 1316 представляетъ не только процессуальную, но и матерьяльную норму. При новой редакціи эта статья пріобрѣтаетъ, какъ матерьяльная норма, столь широкой и неопредѣленный смыслъ, что въ дѣйствительности утрачиваетъ всякое содержаніе. Вопросъ, за какія неправильныя дѣйствія и при какихъ условіяхъ должностное лицо можетъ быть привлечено къ гражданской отвѣтственности, статьею 997 проекта не разрѣшается вовсе. Между тѣмъ эта статья въ дѣйствительности предназначена замѣнить единственную въ нашемъ законодательствѣ общую матерьяльно-правовую статью о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ. Такимъ образомъ, если проектированная редакція ст. 997 Уст. Гражд. Суд. будетъ принята, то въ нашемъ законодательствѣ не окажется никакого общаго матерьяльно-правового основанія для отвѣтственности должностныхъ лицъ. И вопреки ожиданіямъ авторовъ объясненій къ Проекту Устава Гражданскаго Судопроизводства ¹⁾, гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ станетъ юридически возможна лишь въ тѣхъ немногихъ отдѣльныхъ случаяхъ, когда она установлена специальными законами ²⁾.

Поэтому намъ кажется, что проектированная ст. 997 Уст. Гражд. Суд. можетъ быть введена въ дѣйствіе не иначе, какъ если при этомъ 1 часть X тома Свода Законовъ будетъ дополнена постановленіемъ, которое заключало бы общую матерьяльную норму объ отвѣтственности должностныхъ лицъ за ихъ неправильныя дѣйствія ³⁾.

¹⁾ Объясненія, томъ III, стр. 119—120.

²⁾ Уставъ о Цензурѣ и Печати, ст. 24; Уст. Пошл., ст. 358; Зак. Гражд. ст. 1415 и т. п.

³⁾ Замѣна въ ст. 997 Проекта словъ „нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью“ словами „неправильными дѣйствіями“ повидимому имѣеть цѣлью сдѣлать возможнымъ разсмотрѣніе въ особомъ порядкѣ не только такихъ исковъ, которые основаны на неосмотрительности ихъ, на нерадѣніи или медленности, но и основанныхъ на какомъ либо преступномъ дѣяніи, если возбужденіе уголовнаго преслѣдованія и въ связи съ этимъ предъявленіе гражданскаго иска въ уголовномъ процессѣ почему либо являются невозможными (Объяснит. Записка къ Проекту Новой Редакціи Уст. Уг. Суд., томъ IV, стр. 256, первой редакціи).—Но въ такомъ случаѣ было бы правильнѣе прямо сказать въ статьѣ именно то, чего хочетъ Комиссія, напр. вставивъ послѣ словъ „неосмотрительностью, нерадѣніемъ или медленностью“ слова „а также преступленіемъ по службѣ, если по указаннымъ въ законѣ основаніямъ противъ виновнаго не можетъ быть возбуждено уголовное преслѣдованіе“.—Къ тому же надо сказать, что проектированная редакція ст. 997 безусловно не достигнетъ той цѣли.

Общераспространенное мнѣніе, что по русскому праву должностныя лица административнаго вѣдомства отвѣчаютъ за всякую неправильность, и убѣжденіе въ справедливости и цѣлесообразности такого порядка отразилось и на проектѣ V книги Гражданскаго Уложенія.

Хотя Комиссія, составлявшая проектъ, повидимому и не раздѣляетъ того мнѣнія, что ст. 684 примѣнима къ должностнымъ лицамъ ¹⁾, но въ статьѣ, говорящей объ отвѣтственности должностныхъ лицъ ²⁾, устанавливаетъ тѣ же условія (умыселъ или неосторожность), какъ и для частныхъ лицъ въ ихъ отношеніяхъ между собою ³⁾, т. е. отвѣтственность за *omnis culpa* ⁴⁾.

которую имѣетъ въ виду Комиссія: благодаря установившемуся противоположенію „преступленій должности“ и „неправильныхъ дѣйствій“, подведеніе убытковъ, причиненныхъ должностными преступленіями, подъ статью, говорящую о неправильныхъ дѣйствіяхъ, на практикѣ врядъ ли оказалось бы возможнымъ.

¹⁾ Въ соображеніяхъ своихъ, доказывающихъ, что по дѣйствующему праву отвѣтственность должностныхъ лицъ не ограничивается дѣйствіями, совершенными изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ (ст. 677 Зак. Гражд.), и распространяется также и на неосторожныя дѣйствія, Комиссія ссылается на рядъ статей Улож. Наказ., Уст. Гражд. Суд., Общ. Учр. Губ. и Зак. Гражд. (677, прим., 678 и 681), но не упоминаетъ ст. 684. Объясненія, томъ V, стр. 681—685.

²⁾ Проектъ V книги Гражд. Улож. ст. 1104. „Должностныя лица, состоящія на государственной или общественной службѣ, отвѣчаютъ за вредъ, причиненный ими съ умысломъ или по неосторожности при отправленіи своихъ обязанностей“...

³⁾ Проектъ ст. 1065: „Совершившій съ умысломъ или по неосторожности недозволенное дѣяніе (дѣйствіе или упущеніе) обязанъ вознаградить за причиненный такимъ дѣяніемъ вредъ...“. Замѣтимъ при этомъ, что ст. 1065 требуетъ, чтобы вредъ былъ причиненъ недозволеннымъ дѣяніемъ, а ст. 1104 не требуетъ этого, или по крайней мѣрѣ не говоритъ объ этомъ. Она не упоминаетъ даже и того, чтобы требовалось, чтобы вредъ былъ причиненъ неправильнымъ дѣйствіемъ.

⁴⁾ Статья 1065 Проекта Гражд. Улож., какъ это видно изъ объясненій къ ней (томъ V, стр. 443—456) и въ особенности изъ сопоставленія этой статьи со ст. 1078 проекта („размѣръ вознагражденія за вредъ опредѣляется по усмотрѣнію суда сообразно *степени вины* причинившаго вредъ и другимъ обстоятельствамъ“), обуславливаетъ возможность отвѣтственности наличностью вины, но полная неопредѣленность съ этой точки зрѣнія слова „неосторожность“ несомнѣнно должна приводить къ возможности подводить подъ статью 1065 не только *culpa levissima*, но и тѣ случаи, гдѣ неосторожность заключаетъ въ себѣ хоть тѣнь вины, т. е. на практикѣ можетъ повести къ отвѣтственности за *esljos* недозволенное дѣйствіе. См. Объясненія, томъ V, стр. 448 („...„трудно провести рѣзкую черту между разными степенями неосторожности, и въ принципѣ потерпѣвшій долженъ получить полное вознагражденіе при всякой, даже малѣйшей неосторожности“). Но если размѣръ вознагражденія опредѣляется степенью вины, а полное вознагражденіе полагается и при малѣйшей неосторожности, то какова же должна быть степень неосторожности, чтобы судъ могъ присудить неполное вознагражденіе? Какъ говорятъ Объясненія (томъ V, стр. 527), представленіе суду уменьшать размѣръ вознагражденія оправдываютъ „весьма

Такимъ образомъ нынѣ практика не безъ натяжки закона стремится отождествить условія отвѣтственности чиновниковъ и частныхъ лицъ, въ будущемъ же этотъ порядокъ предполагается прямо узаконить.

Узаконеніе такой отвѣтственности должностныхъ лицъ врядъ ли цѣлесообразно и справедливо.

Гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ не можетъ опредѣляться тѣми же принципами, какъ и отвѣтственность частныхъ лицъ. Тотъ фактъ, что убытки, причиняемые должностными лицами, причиняются ими при исполненіи служебныхъ обязанностей, не можетъ не вызывать извѣстныхъ своеобразностей въ постановкѣ этой отвѣтственности.

Но въ чемъ именно состоятъ эти своеобразныя условія имущественной отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства, это до сихъ поръ не можетъ считаться выясненнымъ русскою юридическою литературою.

Посмотримъ, что даютъ намъ по этому вопросу западная юридическая литература и иностранное право.

§ 2. *Право, дѣйствующее въ государствахъ Западной Европы.*

Римское право по вопросу объ условіяхъ гражданской отвѣтственности административныхъ должностныхъ лицъ не давало никакихъ указаній ¹⁾. Должно быть, этимъ объясняется, что цивилисты этимъ вопросомъ вообще мало занимаются. Такой авторъ, какъ Виндшайдъ если не считать подстрочныхъ выносокъ, посвящаетъ нашему вопросу строкъ 10 ²⁾. Пфизеръ, авторъ одного изъ немногихъ изслѣдованій

труднымъ разграниченіемъ неосторожныхъ дѣяній отъ случайнаго причиненія вреда.—Ср. Ф. Осецкій, „По поводу ст. 1065, 1078 и 1088 Проекта Гражданскаго Улож.“, „Право“ 1900 г., № 10, стр. 515—523.

¹⁾ Dernburg. Preuss. Privatrecht. П. 1889, стр. 923.—Ср. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Т. II, стр. 819.—Гезеръ, стр. 72.—Реггеау. De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires en droit Romain.—De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les ministres en droit français. 1894, стр. 22 и 87.—Клевицъ, стр. 53.—Многіе и современные гражданскіе кодексы, даже такіе крупныя, какъ Code Civil (лишь въ ст. 51—52 онъ касается отвѣтственности des officiers de l'état civil), австрійское уложеніе и швейцарскій законъ объ обязательствахъ, тоже вовсе не содержатъ постановленія о гражданской отвѣтственности административныхъ чиновниковъ. Гессенскій и дрезденскій проекты герм. гражд. улож. тоже не заключали постановленій по этому вопросу.—Клевицъ, стр. 54.—Ср. Bürgerliches Gesetzbuch. Изд. Planck. 1900. Вып. XIII, стр. 637.

²⁾ Pandekten. Томъ II, § 470. Пространныя выноски содержатъ сводку литературы и отчасти судебной практики; но эта сводка хотя и намѣчаетъ нѣкоторыя изъ вопросовъ, возникающихъ по поводу гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ, но не разрѣшаетъ ихъ. Основного вопроса, —противоположенія судей исполнительнымъ должностнымъ лицамъ, —онъ не затрогиваетъ вовсе.

по вопросу о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ, указываетъ на цивилистовъ, которые этотъ вопросъ вовсе обходятъ, относя его къ области государственнаго права ¹⁾).

Въ курсахъ государственнаго и административнаго права гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ посвящается обыкновенно тоже лишь нѣсколько строкъ, гдѣ весьма не полно излагается дѣйствующее законодательство, но не дается никакихъ руководящихъ идей. Наибольше объемистые курсы административнаго права, Löping'a и Georg Meue'r'a, о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ не говорятъ ни слова. Saigwey ограничивается замѣчаніемъ, что этотъ вопросъ „здѣсь“ не подлежитъ разсмотрѣнію. Изъ курсовъ государственнаго права, чтобы не говорить о курсахъ меньшаго размѣра, назовемъ фундаментальнаго Лабанда, который по этому вопросу отсылаетъ къ курсамъ гражданскаго права, а тѣ уже давно отказались отъ этого вопроса въ пользу государственниковъ.

Помимо этого, такъ сказать, отрицательнаго пререканія о подсудности, нашъ вопросъ не мало былъ запутанъ совершенно превратными, но весьма распространенными представленіями о постановкѣ гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ, существующей въ Англіи.

Каждый видитъ образецъ постановки отвѣтственности должностныхъ лицъ въ порядкахъ, существующихъ въ Англіи, относительно которой существуетъ убѣжденіе, что въ ней должностныя лица административнаго вѣдомства отвѣчаютъ за убытки, причиненные *каждымъ* ихъ преступнымъ или даже лишь неправильнымъ дѣйствіемъ. Англіискіе юристы, какъ напр. Дайси, не безъ самодовольства указываютъ даже на то, что существующая въ Англіи постановка отвѣтственности должностныхъ лицъ иногда до такой степени стѣсняетъ свободу ихъ дѣйствій, что практически обращаетъ нѣкоторые законы въ мертвую букву, но что такое умаленіе энергіи администраціи окупается большею неприкосновенностью правъ частныхъ лицъ.

Несомнѣнно, что континентальные изслѣдователи англійскаго права не мало поражались, во первыхъ, тѣмъ, что въ Англіи обыватели могли предъявлять иски къ должностнымъ лицамъ, не испрашивая, какъ на континентѣ, ни разрѣшенія на то начальства отвѣтника, ни того, чтобы это начальство признало обжалованное распоряженіе неправильнымъ. Самою же рѣзкою особенностью англійскаго суда является его ничѣмъ не ограниченное право провѣрять законность cadaго административнаго распоряженія, обращеннаго къ обывателямъ, а также cadaго приказанія, издаваемаго высшимъ органомъ,

¹⁾ Pfizer. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten. Archiv für die Civilistische Praxis. LXXII (1882), стр. 73.

хотя бы самимъ королемъ, и обращеннаго къ органамъ подчиненнымъ.

Эта строго правовая постановка служебной іерархіи, въ которой каждый органъ признается подчиненнымъ прежде всего закону, а затѣмъ, и лишь сколько законъ позволяетъ, своему начальству ¹⁾, а также отсутствіе какихъ либо процессуальныхъ ограниченій для предъявленія исковъ должностнымъ лицамъ администраціи и обусловливаютъ широкую возможность отыскивать съ администраціи убытки въ тѣхъ случаяхъ, когда взысканіе этихъ убытковъ разрѣшается закономъ.

Но было бы большою ошибкою предполагать, что съ точки зрѣнія матерьяльнаго права въ Англіи господствуетъ принципъ отвѣтственности должностныхъ лицъ за *omnis culpa*. По словамъ Гнейста, по новому законодательству и установившейся практикѣ отвѣтственность ограничивается случаями умышленнаго злоупотребленія властью ²⁾.

Хотя по общему правилу въ Англіи всякое полномочіе, полученное чиновникомъ отъ общаго ли права, *derived from the common law*, или отъ закона, *conferred by statute*, только въ томъ случаѣ слагаетъ съ него отвѣтственность за матерьяльный ущербъ, причиняемый его дѣйствіями, если его дѣйствія исполнѣ правильны ³⁾, но этотъ общій принципъ надо брать совмѣстно съ законами, устанавливающими извѣстную гарантію въ пользу должностныхъ лицъ, въ силу которой чиновникъ, дѣйствующій добросовѣстно, въ убѣжденіи, что исполняетъ свой долгъ, отвѣтственности не подлежитъ ⁴⁾.

Съ нѣкоторыхъ должностныхъ лицъ, по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ категоріяхъ ихъ должностныхъ дѣйствій, законъ вовсе слагаетъ гражданскую отвѣтственность. Такъ напр. не подлежатъ отвѣтственности констэблы за убійство, нанесеніе ранъ или побоевъ при усмиреніи народныхъ волненій. Таможенные и акцизные чиновники не подлежатъ отвѣтственности: за захватъ товаровъ, если казалось, что для того имѣется основаніе, за остановку повозокъ въ поискахъ за

¹⁾ Впрочемъ и здѣсь надо сдѣлать одну существенную оговорку на которой мы остановимся ниже, въ главѣ о совинности нѣсколькихъ должностныхъ лицъ, въ § 5 объ обязательности приказовъ начальства.

²⁾ *Das englische Verwaltungsrecht*, 1867, стр. 705: въ случаяхъ... „eines vorzätzlichen Missbrauches“. См. также *Georg Meyer. Staatsrecht*. 1891, стр. 544.

³⁾ Примѣненіе этого общаго правила видятъ въ рѣшеніи по слѣдующему дѣлу: законъ учредилъ какихъ то кожевенныхъ надсмотрщиковъ, уполномоченныхъ забирать кожи, недостаточно высушенныя (*dried*), и представлять ихъ особымъ чиновникамъ, называемымъ *triers*. Судъ рѣшилъ, что законъ не даетъ этимъ надсмотрщикамъ права на захватъ такихъ кожъ, которыя на дѣлѣ были достаточно сухи, но по мнѣнію надсмотрщиковъ не были таковы. *Честеръ*, стр. 33.

⁴⁾ *Честеръ*, стр. 33.

спрятанными товарами, хотя бы их и не оказалось, за стрѣльбу въ суда, подлежащія захвату или осмотру ¹⁾).

Кромѣ специальныхъ законовъ, слагающихъ гражданскую отвѣтственность съ опредѣленныхъ должностныхъ лицъ или въ опредѣленныхъ категоріяхъ дѣлъ, въ Англии существуетъ рядъ общихъ законовъ, дающихъ охрану отъ гражданской отвѣтственности всѣмъ вообще должностнымъ лицамъ, дѣйствующимъ при исполненіи служебныхъ обязанностей.

Эти законы „имѣютъ цѣлью огражденіе должностныхъ лицъ въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ они дѣйствовали въ намѣреніи точно исполнить свой долгъ, но лишь по ошибкѣ нарушили его“; эти законы „прямо ограждаютъ лицъ, дѣйствующихъ незаконно, но съ добросовѣстнымъ намѣреніемъ исполнить свой долгъ“ ²⁾. Чиновникъ не подлежитъ отвѣтственности, если докажетъ, что онъ „честно вѣрилъ въ существованіе такого положенія вещей, которое, еслибы оно существовало, оправдывало бы мѣру, принятую чиновникомъ. Требуется, чтобы это убѣжденіе было добросовѣстно, но не требуется, чтобы оно было разумно“ ³⁾.

Такимъ образомъ, отнюдь нельзя утверждать, чтобы по дѣйствующему англійскому праву матерьяльно-правовыя условія ⁴⁾ отвѣтственности должностныхъ лицъ были тѣ же самыя, что и условія отвѣтственности частныхъ лицъ, и чтобы чиновники отвѣчали за вредъ, причиненный каждою, хотя бы и добросовѣстною ихъ ошибкою.

Русскій проектъ Гражданскаго Уложенія, устанавливая для должностныхъ лицъ ту же отвѣтственность, какая предположена и для частныхъ лицъ, ссылается на то, что „по французскому праву должностныя лица подчиняются общимъ правиламъ о вознагражденіи за вредъ, за исключеніемъ лицъ судебного вѣдомства, которыя отвѣчаютъ только за умыселъ“ ⁵⁾, а также на то, что „прусское право возлагаетъ

¹⁾ Честеръ, стр. 165—166. Это же правило примѣняется и къ нѣкоторымъ другимъ должностнымъ лицамъ, напр. къ санитарнымъ чиновникамъ, къ чиновникамъ, примѣняющимъ законъ о взрывчатыхъ веществахъ и др. Ср. Честеръ, тамъ же.—Ср. Bou tmy, Annales de l'école libre des sciences politiques. 1886, стр. 180.—А. Е s m e i n. Eléments de droit constitutionnel. 1896, стр. 85—86 (русскій переводъ, стр. 71) и приведенныя у Е s m e i n ссылки на Dicey, Law of the Constitution, и на Jen k s: An outline of english local government.

²⁾ Честеръ, стр. 166.

³⁾ Тамъ-же.

⁴⁾ Кромѣ того, цѣлымъ рядомъ законовъ было создано множество процессуальныхъ привилегій должностныхъ лицъ по искамъ къ нимъ объ убыткахъ, и если эти подлежатъ особой краткой погасительной давности. Всѣ эти привилегіи сведены воедино закономъ Public Authorities Protection Act. 1893. — The Public General Acts, passed in the 56—57 years of Queen Victoria, стр. 248—249.

⁵⁾ Объяснительная записка, т. V, стр. 686.

на этихъ лицъ (на должностныхъ лицъ судебнаго и административнаго вѣдомствъ) обязанность вознагражденія даже въ случаѣ простой неосторожности“¹⁾.

Эти ссылки объяснительной записки на иностранныя законодательства ни въ коемъ случаѣ нельзя признать вѣрными.

Во Франціи гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ поставлена въ крайне своеобразныя и крайне ограничительныя условія.

Иски объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, предъявляются въ настоящее время непосредственно въ судъ. Но предъявленный искъ всегда можетъ быть пріостановленъ префектомъ посредствомъ возбужденія „конфликта“. Тогда дѣло переходитъ на разсмотрѣніе Tribunal des conflits²⁾.

Этотъ трибуналъ разрѣшаетъ вопросъ, имѣются ли въ данномъ дѣлѣ достаточныя основанія для привлеченія чиновника къ имущественной отвѣтственности. Въ законѣ нѣтъ никакихъ указаній на то, когда привлеченіе это возможно. Но практикою Tribunal des conflits установлены слѣдующія положенія: въ то время, какъ частное лицо отвѣчаетъ даже и за *faute légèrre*, отвѣтственность должностныхъ лицъ при такихъ условіяхъ невозможна; для нихъ слѣдуетъ допустить извѣстную *tolérance d'erreur* и различать *faute administrative* и

¹⁾ Тамъ же, стр. 685.

²⁾ Tribunal des conflits учрежденъ закономъ 3 марта 1849 г.; ранѣе того „конфликты“ разсматривались государственнымъ совѣтомъ, дѣятельность котораго въ этомъ отношеніи была весьма непопулярна, и Tr. des c. явился въ свое время уступкою либеральнымъ партіямъ; въ 1852 г. Наполеонъ его упразднилъ, возвративъ разсмотрѣніе конфликтовъ въ государственный совѣтъ. Декретомъ отъ 19 сент. 1870 г. Правительство Национальной Обороны воспретило возбужденіе конфликтовъ. Вслѣдствіе того, что при установившейся такимъ образомъ полной свободѣ предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ и при отсутствіи какихъ либо матерьяльно-правовыхъ ограниченій отвѣтственности должностныхъ лицъ, иски къ нимъ начали предъявляться, по мнѣнію правительства, слишкомъ уже часто, закономъ 24 мая 1872 г. префектамъ снова было предоставлено право возбуждать конфликты, и для ихъ разсмотрѣнія снова былъ созданъ Trib. des confl. Этимъ закономъ и посейчасъ опредѣляется его организація. Онъ состоитъ изъ 8 членовъ и двухъ *suppléants* подъ предсѣдательствомъ министра юстиціи. 3 члена избираются изъ своей среды кассационнымъ судомъ, 3 члена государственнымъ совѣтомъ. Остальные 2 члена и 2 *suppléants* избираются тѣми 6, порядокъ избранія которыхъ указанъ выше. Всѣ члены избираются на 3 года и могутъ быть избираемы на новые сроки. Прокурорскія обязанности исполняются двумя *commissaires du gouvernement*, называемыми президентомъ республики—одинъ изъ прокуратуры государственнаго совѣта, другой изъ прокуратуры кассационнаго суда. Если дѣло докладывается членомъ Trib. d. confl., избраннымъ изъ числа членовъ государственнаго совѣта, то заключеніе даетъ комиссаръ, принадлежащій къ составу прокуратуры кассационнаго суда, и наоборотъ.

faute personnelle ¹⁾). Только установивъ наличность *faute personnelle*, Tribunal des conflits возвращаетъ дѣло въ судъ для дальнѣйшаго разсмотрѣнія и постановленія рѣшенія по иску объ убыткахъ.

По отношенію къ чисто исполнительнымъ должностнымъ лицамъ Tribunal des conflits признаетъ наличность такой ошибки сравнительно легко, но за то французское право признаетъ, что за нарушение чужихъ правъ исполнительные чиновники не отвѣчаютъ, когда дѣйствуютъ согласно полученному предписанію, если только оно не было явно преступнымъ. Что же касается чиновниковъ съ рѣшающею властью (*agents du gouvernement*), то Tribunal des conflits на признаніе въ ихъ дѣйствіяхъ *faute personnelle* крайне скупъ. И практически добиться разрѣшенія на предъявленіе къ должностному лицу иска объ убыткахъ можно лишь въ случаѣ серьезной его провинности ²⁾.

Такимъ образомъ относительно французскаго права отнюдь нельзя утверждать, чтобы должностныя лица подчинялись общимъ правиламъ ³⁾ о вознагражденіи за вредъ, и чтобы основаніемъ ихъ отвѣтственности могла быть каждая, хотя бы и неосторожная ихъ вина ⁴⁾.

Что касается Пруссіи, то тамъ, дѣйствительно, по старымъ постановленіямъ *Landrecht'a* ⁵⁾ должностныя лица отвѣчали за *omnis culpa* и по общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства. Но, уже начиная съ 1808 г., цѣлый рядъ законовъ установилъ какъ матерьяльныя, такъ и процессуальныя ограниченія этой отвѣтственности. Наконецъ, 13 февр. 1854 г. былъ установленъ порядокъ, совершенно аналогичный нынѣшнему французскому, а именно, начальство того должностнаго лица, къ которому предъявленъ искъ, могло, остановивъ судебное разсмотрѣніе дѣла, перенести его на разсмотрѣніе *Kompetenzkonfliktsgerichtshof'a*; онъ по своему *усмотрѣнію* разрѣшалъ вопросъ, имѣется ли въ наличности такое нарушение служебныхъ обязанностей, которое можетъ *подлежать* судебному разсмотрѣнію (*zur gerichtlichen Verfolgung geeignet ist*). Этотъ *Kompetenzkonfliktsgerichtshof* былъ весьма скупъ на разрѣшеніе судебного преслѣдованія, и по-

¹⁾ Подробности по поводу этого противоположенія см. выше, стр. 374—378.

²⁾ Ср. Лаферриеръ, томъ I, стр. 637—655.—Симонаэ, стр. 127—129.—Ориу, стр. 250—257.—О. Майеръ (фр.), стр. 410—425.—Перро, стр. 30—48.

³⁾ При этомъ стоитъ отмѣтить, что въ настоящее время признается, что ст. 1382 гражд. кодекса вообще не является законнымъ основаніемъ отвѣтственности должностныхъ лицъ. Ср. Руссел. De la responsabilité civile des ministres. *Revue de droit public*. 1897. Стр. 396.

⁴⁾ Такой характеръ носила лишь отвѣтственность архитекторовъ и инженеровъ (ст. 1792 гражд. код.) и воспитателей и учителей (ст. 1382 п. 4). Но отвѣтственности инженеровъ на практикѣ не существуетъ (L. Guimbaud. *L'employé de l'Etat*. 1898, стр. 44), что же касается учителей и воспитателей, то закономъ 1899 г. ихъ отвѣтственность перенесена на казну. Ср. выше, стр. 340—341.

⁵⁾ Часть II, титулъ 10, §§ 85—93, 127—145.

нятно, что въ то время объ отвѣтственности чиновниковъ за *omnis culpa* не могло быть и рѣчи.

Этотъ порядокъ вещей былъ существеннымъ образомъ измѣненъ введеніемъ общегерманской *Civilprozessordnung*, въ виду которой ¹⁾ *Kompetenzkonfliktsgerichtshof* былъ упраздненъ, и обязанности его по разсмотрѣнію возбуждаемыхъ „конфликтовъ“ были переданы *Oberverwaltungsgericht'u*, съ тѣмъ существеннымъ измѣненіемъ, что этотъ административный судъ разрѣшаетъ ²⁾ не предоставленный его усмотрѣнію вопросъ, дозволить ли искъ, а правовой вопросъ, заключается ли въ обжалованныхъ дѣйствіяхъ должностного лица превышеніе служебныхъ полномочій (*eine Ueberschreitung der Amtsbefugnisse*), или не заключается.

Судя по рѣшеніямъ *Oberverwaltungsgericht'a*, приводимымъ *Otto Mayer*’омъ, и по даваемой имъ характеристикѣ имущественной отвѣтственности должностныхъ лицъ, на практикѣ систематически признается возможность такого рода ошибокъ, которыя не представляютъ нарушенія служебнаго долга и не влекутъ поэтому за собою обязанности чиновника возмѣстить причиненный имъ вредъ. Въ частности признается, что чиновникъ не отвѣчаетъ за вредъ, причиненный неправильнымъ пониманіемъ неяснаго закона ³⁾.

Такимъ образомъ, въ Англии, во Франціи и въ Пруссіи за должностными лицами въ извѣстныхъ предѣлахъ признается *das Recht sich zu irren*, и отвѣтственности за *omnis culpa* тамъ въ дѣйствительности не существуетъ ⁴⁾.

Оно и естественно: для чиновниковъ должны быть установлены болѣе льготныя условія отвѣтственности, и распространеніе на нихъ правилъ, созданныхъ для частныхъ лицъ въ ихъ отношеніяхъ между собою, часто приводило бы къ несомнѣннымъ несправедливостямъ.

Прежде всего, правило *in dubio abstine*, которымъ можетъ, или

¹⁾ *Einführungsgesetz zum G. V. G. § 11.*

²⁾ Въ публичномъ засѣданіи, съ участіемъ сторонъ.

³⁾ *Otto Mayer. Das deutsche Verwaltungsrecht. 1895, стр. 229—230.* — Подробности постановки отвѣтственности должностныхъ лицъ въ Пруссіи см. у *Rönnе. Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, III, стр. 571—582.* — *Stengel. Das Staatsrecht des Königreichs Preussen. 1894, стр. 151—157.* — *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, II, стр. 819—828.* — *Bornhak* въ словарѣ *Stengel's v. Rechtsweg.* — *Kautz und Appellius. Preussisches Kommunalbeamtenrecht. 1900, стр. 251 и сл.*

⁴⁾ Въ нѣкоторыхъ специальныхъ случаяхъ устанавливалась въ законѣ отвѣтственность и за каждую вину, напр. вюртембергскій ипотечный законъ 1825 г. ст. 223, прусскій ипотечный уставъ 1871 г. ст. 29; но что въ специальныхъ случаяхъ законъ можетъ возлагать на чиновника отвѣтственность и за каждое нарушеніе имъ правъ обывателя, предоставленныхъ особой его охранѣ, это ясно, но это само по себѣ не предрѣшаетъ общаго вопроса отвѣтственности должностныхъ лицъ.

по крайней мѣрѣ имѣеть право, руководиться частный человекъ, когда ему предстоитъ рискъ нарушить чье либо чужое право, весьма часто непримѣнимо къ должностному лицу. Чиновникъ нерѣдко *обязанъ* принять то или другое рѣшеніе. У него иногда дѣло юридически не ждетъ. Заставлять чиновника отвѣчать за всякую ошибку и въ такихъ дѣлахъ было бы явно несправедливо. Затѣмъ, существуютъ такого рода дѣла, которыя по существу своему всегда предполагаютъ возможность разныхъ толкованій и даже ошибки,—въ виду чего и устанавливается порядокъ административнаго обжалованія, иногда въ нѣсколько инстанцій. Въ такихъ дѣлахъ ошибка, которая, быть можетъ, повлекла бы за собою отвѣтственность частнаго лица, не можетъ влечь отвѣтственности должностнаго лица, если эта ошибка, какъ напр., ошибка судьи въ толкованіи закона, не заключаетъ въ себѣ никакого нарушенія служебнаго долга. Чиновникъ, добросовѣстно, по крайнему своему разумѣнію примѣнившій къ дѣлу свои знанія и опытность и тѣмъ не менѣе допустившій ошибку, коль скоро она не вызвана его небрежностью, не можетъ отвѣчать за нее своимъ имуществомъ.

§ 3. *Предѣлы отвѣтственности должностныхъ лицъ.*

Такимъ образомъ, примѣръ западныхъ державъ, по крайней мѣрѣ тѣхъ, которыя имѣютъ наиболѣе разработанное публичное право¹⁾, отнюдь не говоритъ въ пользу установленія отвѣтственности должностныхъ лицъ за всякую вину.

Итакъ, не всякая ошибка чиновника должна влечь за собою его гражданскую отвѣтственность.

Но за какую именно ошибку чиновникъ долженъ отвѣчать?

Германскіе писатели и германскія законодательства, по скольку и имъ было присуще стремленіе такъ или иначе ограничить отвѣтственность должностныхъ лицъ, прежде старались установить это ограниченіе, исходя изъ противоположенія тяжкой и легкой вины, *culpa lata* и *culpa levis*²⁾.

¹⁾ Изъ другихъ крупныхъ государствъ Европы можно указать на Италію, гдѣ точно такъ же существуетъ отвѣтственность лишь за грубую вину. Ср. *Vigna. Staatsrecht des Königreichs Italien*, въ коллекціи *Marquardsen*. Стр. 281.

Въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи существуетъ подобная отвѣтственность за каждую вину. Ср. *Гезеръ*, стр. 75—77. Она же установлена и въ Швейцарскомъ Обязат. Правѣ, ст. 50. — Но на ряду съ этимъ во многихъ кантонахъ существуетъ отвѣтственность лишь за грубую вину. — *Гезеръ*. стр. 66—70.

²⁾ Ср. между прочимъ *Windscheid. Pandekten*. II. § 470, стр. 697. — *Гезеръ* стр. 29. — *Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurfe eines* V. G. B. 1890. II. 417.

Но эти понятія отнюдь не являются достаточно рѣзко разграниченными для того, чтобы изъ нихъ можно было исходить при разрѣшеніи вопроса, въ какихъ случаяхъ чиновникъ долженъ отвѣчать, въ какихъ нѣтъ. Понятія эти и въ гражданскомъ правѣ не особенно ясны, но тѣ критеріи, которые въ немъ выработаны, рассчитаны не на публичныя, а на другія отношенія, и примѣнимость этихъ критеріевъ къ отношеніямъ должностнымъ по крайней мѣрѣ сомнительна, а соотвѣтствіе ихъ существу должностныхъ отношеній ни изъ чего не видно ¹⁾.

Къ тому же, какъ намъ кажется, было бы совершенно неправильно рѣшать разъ на всегда, что чиновникъ можетъ отвѣчать только за грубую ошибку. Если мы признаемъ допустимою непосредственную отвѣтственность чиновника передъ обывателемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бы по существу дѣла онъ долженъ былъ отвѣчать передъ казною, возмѣстившею обывателю понесенные имъ убытки, то мы должны будемъ признать возможность и справедливость отвѣтственности чиновниковъ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ легкой вины.

Такъ напр. несомнѣнно, что за всякую ошибку чиновникъ долженъ отвѣчать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда законъ возлагаетъ на него обязанность особо внимательнаго отношенія къ правамъ частныхъ лицъ. Таковы напр. всѣ случаи неосторожныхъ правонарушеній, предусмотрѣнные Уложеніемъ о Наказаніяхъ ²⁾, а также нѣкоторыми спеціальными законами ³⁾. Такимъ образомъ могутъ существовать случаи отвѣтственности чиновниковъ за столь легкую ихъ вину, что частное лицо, быть можетъ, за нее и не могло бы быть привлечено къ имущественной отвѣтственности.

Французская теорія, видящая предѣлы отвѣтственности въ такъ называемой „личной винѣ“ чиновника, тоже принята быть не можетъ

¹⁾ Ср. по поводу этого К л е в и ц а. стр. 21, 33 и 38. Что касается критеріевъ степени culpa, то даже такой основной критерій, какъ *id non intelligere, quod o m n e s intelligunt*, къ чиновникамъ не примѣнимъ, ибо чиновники не *omnes*, и основаніе ихъ отвѣтственности старые нѣмцы формулировали такъ: *artis peritum non esse, quam vis peritum te esse profitearis*.—Ср. постановленія Прускаго Landrecht: „Wer ein Amt annimmt, muss auf die pflichtmässige Führung die genaueste Aufmerksamkeit wenden (II, 10, § 88)“. „Jedes dabei begangene Versehen welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muss er vertreten“ (II, 10, § 89). Основываясь на этихъ постановленіяхъ Reichsgericht иногда примѣнялъ къ чиновникамъ мѣрку „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ (Г е з е р ь стр. 74, выш. 1). Но врядъ ли мѣрка добропорядочнаго отца семейства достаточна для государственнаго дѣятеля.—Ср. Д е л и у с ь, стр. 29—36.

²⁾ Улож. Наказ. ст. 348, 349, 407, 426, 427, 454, 472, 483, 503, 653, 1105, 1110, 1162.

³⁾ Напр., Свод. Зак. 1893 г. т. V, Уст. Прям. Нал. ст. 358; Уст. Цѣнз. и Печ. 1890 г., ст. 24.—Уст. Пошл. изд. 1893 г. ст. 226.—Уст. Каз. Обр. Стат. изд. 1893 г. ст. 85.—Пол. Выск. Гражд. т. XVI Ч. 2 изд. 1892 г. ст. 212.—Св. Мѣстн. Узак. Губ. Оста. часть III ст. 3011.

въ виду полной неопредѣленности этого понятія ¹⁾: можно сказать, что практика французскихъ судовъ не тамъ признаетъ отвѣтственность, гдѣ констатируетъ наличность „личной вины“, а наоборотъ, говорить о наличности этой вины тамъ, гдѣ считаетъ, что было бы справедливо возложить отвѣтственность на чиновника. Наконецъ, эта французская теорія слишкомъ тѣсно связана съ цѣлымъ рядомъ другихъ специфическихъ французскихъ институтовъ (прежде всего съ французскимъ разграниченіемъ административной и гражданской подсудности), чтобы эту французскую теорію личной вины могло воспользоваться какое либо иностранное законодательство.

Нерѣдко высказывается тотъ взглядъ, что чиновникъ долженъ нести отвѣтственность только за противозаконныя свои дѣйствія, но не за нецѣлесообразныя ²⁾. Конечно для большинства случаевъ эта теорія оказывается вѣрною, но она не соответствуетъ существу дѣла и ко многимъ случаямъ оказывается вовсе непримѣнимой. Прежде всего она непримѣнима къ неправильностямъ, имѣющимъ своимъ основаніемъ неправильное толкованіе закона: какъ мы постараемся показать ниже, за подобнаго рода неправильности чиновники, дѣйствующие добросовѣстно, отвѣчать не должны; между тѣмъ постановленіе или распоряженіе, основанное на неправильномъ толкованіи закона, очевидно не нецѣлесообразно, а незаконно.

Затѣмъ, надо сказать, что самое противоположеніе распоряженій незаконныхъ и нецѣлесообразныхъ вовсе не есть противоположеніе, которое можетъ быть послѣдовательно проведено во всѣхъ случаяхъ; самое главное, это не есть противоположеніе, отвѣчающее существу дѣла. Многія распоряженія только потому и незаконны, что они нецѣлесообразны. Таковы всѣ тѣ распоряженія и дѣйствія, которыя органы власти могутъ и должны предпринимать „въ случаѣ нужды“, „въ случаѣ необходимости“: полиція можетъ арестовать то или другое лицо, если признаетъ это необходимымъ, предсѣдатель судебного засѣданія можетъ удалить публику, если признаетъ это нужнымъ. Принятіе подобной мѣры въ случаяхъ, когда нужды нѣтъ, или непринятіе ея, когда эта нужда есть, представляется мѣрою нецѣлесообразною, но вмѣстѣ съ тѣмъ, и именно по этому самому данная мѣра можетъ явиться и незаконною ³⁾.

Какъ мы видѣли выше ⁴⁾, русское право устанавливаетъ отвѣтственность должностныхъ лицъ не за всѣ ихъ неправильныя дѣй-

¹⁾ См. выше, стр. 374—377.

²⁾ Напр. Arndt. Reichs-Staats-Recht. 1901, стр. 647.—Ср. Гезеръ, стр. 60.—Ленингъ, стр. 96.

³⁾ Ср. Клевиць, стр. 55.

⁴⁾ См. выше, стр. 422—423.

ствія, а ограничиваетъ эту отвѣтственность случаями неосмотрительности, нерадѣнія и медленности ¹⁾.

Но усматривать въ этомъ ограниченіи проведеніе какого либо юридическаго принципа, или даже вообще усматривать въ этомъ какое либо ограниченіе, а не простой оборотъ фразы, рѣшительно невозможно и въ виду растяжимости и неопредѣленности этихъ понятій, и въ виду того, что упоминаніе въ законѣ только о нихъ однихъ носить повидимому чисто случайный характеръ.

Въ послѣднее время германская наука и германскія законодательства видятъ и предѣлы отвѣтственности должностныхъ лицъ въ нарушеніи ими служебнаго долга. Тутъ берется такая мѣра отвѣтственности, которая находится въ прямой связи съ должностнымъ положеніемъ чиновника. Уже это одно сильно говоритъ въ пользу этой теоріи.

Кромѣ того, эта теорія переноситъ вопросъ именно на ту почву, на которой онъ долженъ быть разрѣшенъ: отвѣтственность чиновника и передъ обывателемъ, какъ мы видѣли, если и можетъ быть признана правильною и допустимою, то только въ томъ случаѣ, еслибы при существованіи отвѣтственности казны чиновнику пришлось бы отвѣчать передъ казною, уплатившею данные убытки обывателю. Но передъ казною чиновникъ можетъ быть признанъ отвѣтственнымъ, если онъ нарушилъ свои обязанности передъ нею, т. е. если онъ нарушилъ свой служебный долгъ ²⁾.

¹⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 1316.

²⁾ Нѣмцы видятъ въ этомъ не только мѣру отвѣтственности, но и ея юридическое основаніе, при чемъ говорятъ о нарушеніи служебнаго долга по отношенію къ обывателю. На неправильности этой послѣдней постановки вопроса мы уже останавливались выше, см. стр. 401.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Отвѣтственность судей за неправильныя дѣйствія.

§ 1. *Отвѣтственность судей по русскому праву и по законодательству западныхъ державъ.*

Вопросъ объ отвѣтственности судей за убытки, причиненные имъ неправильными дѣйствіями, получалъ въ нашемъ дореформенномъ законодательствѣ, въ періодъ, предшествовавшій изданію закона 21 марта 1851 г., то же самое разрѣшеніе, что и вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства, что и не удивительно въ виду недостаточной обособленности судебныхъ и административныхъ учреждений.

Законнымъ основаніемъ для отвѣтственности чиновниковъ являлась та же статья 59 Ул. о Нак. Угол. и Испр. въ связи съ постановленіями Уложения, предусматривавшими такія преступленія должности и такіе должностные проступки, которые могутъ быть совершены судьями, и которые могутъ такъ или иначе нарушить права частныхъ лицъ.

Если оставить пока въ сторонѣ вопросъ о должностныхъ преступленіяхъ судей, и обратиться къ тому, что можетъ у нихъ соответствовать понятію неправильныхъ дѣйствій, то по этому послѣднему вопросу мы найдемъ въ Уложеніи 1845 г. статьи 397 и 398, сохранившія свою силу по настоящее время, и въ Ул. о Нак. 1885 г. соответствующія ст. 369 и 370. Первая изъ этихъ статей предусматриваетъ случай, когда подсудимый подвергнутъ наказанію того же рода, которому онъ подлежалъ по закону, но по степени выше или ниже опредѣленнаго по точному содержанію законовъ, а ст. 370 — тотъ случай, когда въ дѣлѣ гражданскомъ или уголовномъ „несправедливое рѣшеніе послѣдовало отъ ошибки судьи или неправильнаго, лишь по недоразумѣнію, толкованія законовъ“.

Совокупностью этихъ постановленій въ связи со ст. 59 Ул. о Нак. устанавливается возможность отвѣтственности судей за убытки, причиненные всякимъ неправильнымъ рѣшеніемъ суда, даже если эта неправильность обусловливается просто невѣрнымъ толкованіемъ закона.

Законъ 21 марта 1851 г. вопроса объ отвѣтственности судей за такія неправильности въ рѣшеніяхъ и приговорахъ, которыя не

имѣють основаніемъ должностного преступленія судьи, не коснулся вовсе. По крайней мѣрѣ въ этомъ законѣ нѣтъ постановленія, которое опредѣляло бы гражданскія послѣдствія проступковъ, предусмотрѣнныхъ въ ст. 397 и 398 Улож. о Нак. 1845 г., или ст. 369 и 370 по изд. 1885 г.¹⁾

При составленіи Судебныхъ Уставовъ 1864 г., комиссія остановилась не только на судопроизводственномъ вопросѣ о порядкѣ предъявленія гражданскихъ исковъ къ судьямъ и о порядкѣ разсмотрѣнія этихъ исковъ, но также и на матерьяльно-правовомъ ихъ основаніи. Ст. 1331 Уст. Гр. Суд. является такимъ же матерьяльно-правовымъ постановленіемъ для отвѣтственности судей, какимъ ст. 1316 того же Устава является для должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства. При этомъ однако между этими двумя статьями имѣется то существенное различіе, что на содержаніи той матерьяльно-правовой нормы, которая заключается въ ст. 1316, комиссія, составлявшая Судебные Уставы, вовсе не останавливалась и взяла ее готовою изъ основныхъ положеній 1862 г., тогда какъ матерьяльно-правовое содержаніе статьи 1331 установлено вполнѣ сознательно²⁾.

¹⁾ Этимъ двумъ постановленіямъ Ул. о Нак. не имѣется соответствующей статьи въ Зак. Гражд. — Изъ того, что законъ 21 Марта 1851 г. создалъ для отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства специальное постановленіе (ст. 677 Зак. Гражд.), устанавливающее отвѣтственность ихъ только въ случаѣ дѣйствій ихъ изъ корыстныхъ и иныхъ личныхъ видовъ, по суду доказанныхъ, слѣдовало признать, что ст. 59 Ул. о Нак., устанавливающая отвѣтственность за всѣ вообще дѣянія, предусмотрѣнныя Уложеніемъ, по отношенію къ административнымъ должностнымъ лицамъ утратила свою силу, будучи замѣненной специальнымъ постановленіемъ закона 1851 г. На этомъ основаніи мы пришли къ тому выводу, что въ промежутокъ времени между 1851 г. и введеніемъ Судебныхъ Уставовъ съ ихъ ст. 1316 Уст. Гр. Суд., отвѣтственность должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства была возможна только по поводу ихъ преступныхъ дѣйствій. Въ статьяхъ 677—682 Зак. Гражд., воспроизводящихъ постановленія закона 1851 г., равно какъ и въ самомъ этомъ законѣ постановленія о гражданской отвѣтственности судей за дѣянія, предусмотрѣнныя статьями 369 и 370 Ул. о Нак., не имѣется. Но это умолчаніе закона имѣетъ совершенно иной смыслъ, чѣмъ умолчаніе того же закона о неправильныхъ дѣйствіяхъ должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства. Въ томъ законопроектѣ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, который былъ внесенъ Блудовымъ въ Государственный Совѣтъ, и изъ котораго послѣдствіемъ образовался отдѣлъ IV закона 21 Марта 1851 г., никакого постановленія, предусматривавшаго неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ, и не было, и вопроса о возможности имущественной отвѣтственности должностныхъ лицъ за подобныя дѣйствія и не возникало. Что же касается отвѣтственности судей за приговоры неправильные по ошибкѣ или изъ одного лишь недоразумѣнія по толкованію законовъ то эта отвѣтственность была предусмотрѣна ст. 4 проекта этихъ правилъ, и если въ окончательномъ проектѣ это постановленіе было исключено, то лишь потому, что оно было признано излишнимъ, ибо „по этому предмету уже имѣется особое постановленіе въ Уложеніи о Наказаніяхъ“. (Ср. Объясненія къ Проекту V Книги Гражданскаго Уложенія, томъ V, ст. 682).

²⁾ По этому вопросу комиссія не могла придти ни къ какому единогласному заключенію. Меньшинство комиссіи, 11 членовъ, находило, что съ судей

Что касается права западныхъ государствъ, то по вопросу объ отвѣтственности судей оно почти повсемѣстно держится того взгляда, что судьи могутъ быть привлекаемы къ гражданской отвѣтственности лишь за умыселъ, въ нѣкоторыхъ государствахъ и за *culpa lata*.

Такъ напр. въ Германіи, въ областяхъ, гдѣ дѣйствовало „общее право“, судьи по господствовавшему мнѣнію отвѣчали только за умыселъ ¹⁾. Въ Пруссіи, не смотря на то, что по Ландрехту чиновники вообще отвѣчали и за легкую вину, судьи признавались отвѣтственными только за тяжкую вину ²⁾, а согласно нѣкоторымъ писателямъ, а также и установившейся практикѣ, только за умыселъ ³⁾. Въ Саксоніи за умыселъ и тяжкую вину ⁴⁾.

можно взыскивать убытки въ слѣдующихъ случаяхъ: „1) когда судьи обвиняются въ постановленіи такого рѣшенія, или въ такомъ распоряженіи, которое явно противорѣчитъ очевидному смыслу закона, и 2) когда судьи обвиняются въ противозаконной медленности по дѣлу“. (Объяснительная Записка къ проекту III книги Уст. Гр. Суд. стр. 475 — 483). Большинство же комиссіи предполагало допускать предъявленіе къ судьямъ гражданскихъ исковъ лишь, если они „обвиняются въ намѣренно-пристрастныхъ дѣйствіяхъ съ цѣлью причинять вредъ“. Ст. 132 книги III проекта Уст. Гр. Суд.).

Въ Государственномъ Совѣтѣ ни мнѣніе большинства, ни мнѣніе меньшинства не нашли сочувствія. Повидимому подъ вліяніемъ Министра Юстиціи, который находилъ, что по дѣйствующимъ уголовнымъ законамъ судья подвергается отвѣтственности личной и по имуществу не только въ томъ случаѣ, когда неправильное рѣшеніе постановлено имъ изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, но также, когда оно было слѣдствіемъ ошибки судьи или не правильнаго лишь по недоразумѣнію толкованія закона (Замѣчанія М-ра Юст. на Проектъ Устава Гражд. Суд. № 3, стр. 156), Госуд. Совѣтъ пришелъ къ современной редакціи ст. 1331 Уст. Гр. Суд., говорящей объ убыткахъ, понесенныхъ „слѣдствіемъ неправильныхъ или пристрастныхъ дѣйствій судей“.

Замѣтимъ, что въ проектѣ Судебныхъ Уставовъ 1864 г. вопросъ объ отвѣтственности судей, вполне согласно со ст. 79 III части Основныхъ Положеній 1862 г., трактовался, какъ одинъ изъ способовъ обжалованія состоявшихся рѣшеній: книга III Проекта Уст. Гражд. Суд. „о порядкѣ обжалованія рѣшеній“ имѣла 5 главъ: 1) объ апелляціи, 2) о пересмотрѣ рѣшеній судебныхъ палатъ, 3) объ отзывахъ третьихъ лицъ, 4) объ отмѣнѣ рѣшеній судебн. палатъ и 5) о взысканіи съ судей убытковъ. Государственный Совѣтъ вполне правильно выдѣлилъ эту главу изъ книги, говорящей объ обжалованіи рѣшеній и отнесъ ее въ „изъятія изъ общаго порядка гражданского судопроизводства“, въ одинъ раздѣлъ съ перенесенными сюда изъ дѣлъ казеннаго управленія исками къ должностнымъ лицамъ административнаго вѣдомства. — Мнѣніе К. П. З м и р л о в а, Журн. Мин. Юст. 1905 г. № 1, стр. 7, что и по русскому праву предъявленіе къ судьямъ гражданского иска есть способъ обжалованія постановленнаго ими рѣшенія, представляется намъ поѣтому неправильнымъ.

¹⁾ Деліусъ, стр. 68.—Гезеръ, стр. 83 и сл.—Клевицъ, стр. 33.

²⁾ Förster-Eccius. Preussisches Privatrecht томъ II, § 154 вын. 25.—De r g b u r g. Preussisches Privatrecht. II, 1889, стр. 925 вын. 15.

³⁾ Деліусъ, стр. 68—69.

⁴⁾ § 1506 гражд. уложенія 1863 г.—Ср. S i e b e n h a a r. Commentar (1869 г.), стр. 385.

Во Франціи судьи отвѣчаютъ въ случаѣ преступленія и въ тѣхъ специальныхъ случаяхъ, когда законъ предоставляетъ сторонамъ право иска къ судьямъ ¹⁾).

Германское гражданское уложение устанавливаетъ для судей отвѣтственность, которая по существу своему сводится къ отвѣтственности лишь за преступленіе ²⁾).

§ 2. Предѣлы отвѣтственности судей.

Вопросъ, почему именно отвѣтственность судей должна быть „пониженною“, т. е. почему судьи должны отвѣчать не за всякую вину, а только за тяжкую, или даже только за умыселъ, былъ однимъ изъ излюбленнѣйшихъ вопросовъ въ германской юридической литературѣ, и ему посвящены сотни монографій ³⁾, по большей части лишенныхъ и теоретическаго, и практическаго значенія: иски къ судьямъ принадлежатъ къ самымъ рѣдкимъ явленіямъ и въ Германіи ⁴⁾.

¹⁾ Code de proced. civ. art. 505: „Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants: 1) s'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors de jugement; 2) si la prise à partie est expressément prononcée par la loi; 3) si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages et intérêt; 4) s'il y a deni de justice“.—Статьями, предоставляющими сторонамъ право иска къ судьямъ, являются art. 2063 code civ.; art. 77, 112, 164, 271, 370 и 483—503 code d'instr. crimin.; art. 114, 117, 119, 174, 177 и 187 code pénal.

²⁾ Статья 839: „если должностное лицо умышленно или по неосторожности нарушить служебный долгъ, лежавшій на немъ по отношенію къ третьему лицу, то обязано возмѣстить этому третьему лицу причиненный вредъ... Если должностное лицо нарушило свой служебный долгъ при разрѣшеніи правового вопроса (bei dem Urtheil in einer Rechtssache), то оно отвѣчаетъ за причиненный вредъ только въ томъ случаѣ, если нарушеніе служебнаго долга подлежитъ публичному наказанію въ порядкѣ уголовного суда. Это постановленіе не примѣняется къ противозаконной медленности или къ отказу исполнять свои обязанности“.

Изъ статей уголовного германскаго уложенія случаи неправосудія предусматриваютъ статьи 334 и 336 (ср. De n b u r g, Bürgerliches Recht, II, ч. 2, стр. 639) и обѣ онѣ говорятъ объ умышленномъ неправосудіи.

³⁾ Вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства до самаго послѣдняго времени въ Германіи почти вовсе не разрабатывался, и все свое вниманіе наука отдавала такъ называемой Syndicatsklage, т. е. иску къ судьямъ объ убыткахъ.—P f i z e r. Arch. für die civil. Praxis. 1887, стр. 73.—При этомъ останавливались главнымъ образомъ на различіи „спорной“ и „добровольной“ юрисдикціи и на вопросѣ о томъ, слѣдуетъ ли ихъ подчинить тѣмъ же самымъ, или же разнымъ правиламъ отвѣтственности судей. Для современнаго германскаго права этотъ послѣдній вопросъ послѣ изданія герм. гражд. улож. повидимому потерялъ свое практическое значеніе: ст. 839 говорить объ Urtheil, которыхъ въ „добровольной“ юрисдикціи не постановляется, и такимъ образомъ къ ней оказывается примѣнимымъ только п. I этой статьи.

⁴⁾ Напр. изъ 12000 рѣшеній, напечатанныхъ въ первыхъ 41 томахъ Архива Зейфферта имѣется только одно рѣшеніе по иску къ судьямъ, и то по дѣлу въ искѣ было отказано.—Ср. Деліусъ, стр. 68.—Клевицъ, стр. 34.—P f i z e r въ Archiv für die civilistische Praxis. 1887, стр. 67 и 107.

Обыкновенно причину пониженной ответственности судей германские писатели видят въ независимости ¹⁾ судей, или же въ окончательности и безповоротности судебныхъ рѣшеній.

Но, какъ намъ кажется, независимость судей не имѣетъ никакого отношенія къ вопросу, за какую именно вину долженъ отвѣчать судья, постановившій неправильное рѣшеніе. То, что судья предоставляется независимое отъ начальства служебное положеніе, или то, что онъ постановляетъ рѣшеніе самъ, не получая свыше никакихъ указаній и инструкцій, могло бы быть приводимо въ качествѣ довода въ пользу повышенной ответственности судьи: тотъ, кто идетъ на то, чтобы дѣйствовать самостоятельно, долженъ самъ нести и полную отвѣтственность за свои дѣйствія.

Что же касается окончательности судебныхъ рѣшеній, то и это соображеніе, какъ намъ кажется, не можетъ имѣть никакого отношенія къ вопросу объ отвѣтственности судей и о томъ, какова должна быть степень ихъ вины для того, чтобы къ нимъ можно было предъявить искъ объ убыткахъ. Прежде всего окончательность и безповоротность судебного рѣшенія существуютъ только для сторонъ и ихъ правопреемниковъ, а судья въ дѣлѣ стороною не былъ и привлекается къ отвѣтственности не въ качествѣ правопреемника стороны, а самостоятельно. Поэтому намъ представлялось бы юридически мыслимымъ предъявленіе Петромъ иска къ судья, умышленно неправосудно присудившемъ данное имѣніе Петра Ивану, безъ того, чтобы предварительно былъ возбужденъ вопросъ о пересмотрѣ или отмѣнѣ того рѣшенія ²⁾.

Но даже если, согласно мнѣнію, повидимому господствующему въ Германіи, признавать возможнымъ предъявленіе иска къ судья только послѣ отмѣны постановленнаго имъ рѣшенія ³⁾, то и послѣ отмѣны постановленнаго рѣшенія логически мыслимо какъ ограниченіе отвѣтственности судьи тѣми случаями, когда неправильность рѣшенія обуславливается должностнымъ преступленіемъ судьи, такъ и распространеніе этой отвѣтственности на случаи легчайшихъ степеней вины судьи или даже простой неправильности рѣшенія.

Столь же мало убѣдительною представляется и та мотивировка пониженной ответственности судей, которая дается въ объясненіяхъ ко второй редакціи проекта V Книги Гражданскаго Уложенія: тамъ говорится, что „такъ какъ судьи въ этомъ качествѣ вправѣ руководствоваться своимъ убѣжденіемъ и своею совѣстью, то къ ихъ не-

¹⁾ Ср. Докъ, стр. 266.—Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, изд. Guttentag. 1896, стр. 106. „Mit der Unabhängigkeit der Gerichte und den Grundsätzen über die Rechtskraft der Urtheile wäre es nicht vereinbar den Spruchrichter für jedes Verschulden haftbar zu machen“.

²⁾ Ср. Schneider, въ Archiv für die Civilistische Praxis. 1901. Стр. 227.

³⁾ Ср. Silberschmidt въ Archiv für Bürgerliches Recht. 1901. Стр. 205.

умышленно неправильнымъ дѣйствіямъ нельзя относиться такъ же строго..., а потому небрежность при постановкѣ рѣшеній можетъ быть поставлена имъ въ вину лишь тогда, когда она проявилась въ грубой формѣ“¹⁾

Но почему редакціонная комиссія думаетъ, что въ другой своей дѣятельности, кромѣ какъ при постановкѣ рѣшеній, судьи, а также во всякой своей дѣятельности административные чиновники не могутъ руководствоваться своимъ убѣжденіемъ и своею совѣстью? Тамъ, гдѣ такъ широки, какъ у насъ, дискреціонныя полномочія административныхъ властей, область, въ которой имъ приходится руководиться своимъ убѣжденіемъ и своею совѣстью, очень велика. Да и вообще, психологически, въ силу вещей личное убѣжденіе и совѣсть не могутъ быть устранены изъ дѣятельности ни одного человѣка, не обращенаго въ манекень. Чѣмъ, какъ не своимъ убѣжденіемъ и совѣстью руководится городской, когда онъ, видя стараго человѣка, переходящаго Невскій, именно въ данный моментъ останавливаетъ экипажи, чтобы пропустить его?

Но даже еслибы руководство своею совѣстью и своимъ убѣжденіемъ было исключительнымъ правомъ судьи, то отъ этого логически можно было бы придти только къ повышенной, но никакъ не къ пониженной отвѣтственности судей: тотъ, кто дѣйствуетъ въ дѣлѣ третьяго лица по своему личному разумѣнію и по своему убѣжденію, долженъ и отвѣчать передъ этимъ третьимъ лицомъ за всякій убытокъ, который онъ ему причиняетъ своими дѣйствіями, коль скоро эти дѣйствія оказываются неправильными и несогласными съ закономъ.

По сколько мы будемъ имѣть въ виду чисто судебную дѣятельность судьи²⁾, то признаемъ, что вообще проступокъ судьи можетъ заключаться лишь въ неправильномъ примѣненіи закона или въ невѣрномъ подведеніи подъ данный, правильно имъ понимаемый законъ такого фактическаго состава, который въ дѣйствительности подъ него не подходитъ, т. е. проступокъ судьи можетъ заключаться или въ невѣрномъ толкованіи закона или въ невѣрномъ пониманіи фактическаго состава.

Слѣдовательно вопросъ объ отвѣтственности судей сводится къ вопросу, за всякое ли невѣрное толкованіе закона и за всякое ли невѣрное подведеніе подъ законъ даннаго фактическаго состава судья долженъ отвѣчать.

Ни одно государство, насколько намъ извѣстно, за исключеніемъ одной Россіи, гдѣ соотвѣтственное постановленіе закона³⁾ остается

¹⁾ Гражданское Уложеніе, Книга Пятая. Вторая редакція съ объясненіями, стр. 447.

²⁾ А не дѣйствія судьи напр. по найму помѣщенія для его камеры.

³⁾ Ул. о Нак. ст. 370

мертвою буквою, въ настоящее время не устанавливаетъ отвѣтственности судьи за всякое его неправильное рѣшеніе, неправильность котораго обусловливается неправильнымъ, но добросовѣстнымъ толкованіемъ закона. Въ объясненіе того, почему нельзя привлекать къ отвѣтственности за невѣрное толкованіе закона, мы можемъ привести слѣдующія рѣшенія нашего Сената: „отправленіе правосудія“, говоритъ Сенатъ въ одномъ рѣшеніи Гражд. Касс. Д-та, „сдѣлалось бы невозможнымъ при установленіи имущественной отвѣтственности судей за толкованіе закона, признанное высшимъ судебнымъ мѣстомъ неправильнымъ. Законъ не всегда изложенъ съ достаточною ясностью и нерѣдко допускаетъ возможность разнообразныхъ толкованій. Если въ такихъ случаяхъ судья толкуетъ и примѣняетъ законъ по крайнему разумѣнію, прилагая къ дѣлу свои знанія и опытность,.... то онъ только исполняетъ свою обязанность и не можетъ отвѣчать за послѣдствія“¹⁾.

Въ одномъ дѣлѣ Общее Сената Собраніе нашло, что нельзя взыскивать убытковъ съ судей, давшихъ закону невѣрное толкованіе потому что судьи „не виновны въ томъ, что законъ допускаетъ возможность разнообразныхъ толкованій“²⁾.

Къ этимъ простымъ и жизненнымъ словамъ добавить нечего. Итакъ, не всякое неправильное толкованіе закона можетъ служить основаніемъ отвѣтственности судей. Но при нѣкоторыхъ условіяхъ оно такимъ основаніемъ служить можетъ. При какихъ именно, на это можетъ намъ дать отвѣтъ указанный выше³⁾ критерій: тогда, если это неправильное толкованіе можетъ разсматриваться, какъ нарушеніе судьей его служебнаго долга.

Неправильное толкованіе закона можетъ и должно разсматриваться какъ нарушеніе служебнаго долга судьи во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оно дается умышленно. Въ этомъ всѣ согласны. Сомнѣніе возникаетъ только по вопросу, не слѣдуетъ ли признавать отвѣтственности судьи и въ случаѣ тяжкой вины, *culpa lata*.

Но, какъ мы уже неоднократно указывали, никакихъ осязательныхъ критеріевъ грубой вины и отличій ея отъ негрубой не имѣется. Въ особенности справедливо это по отношенію къ той винѣ, которая состоитъ въ неправильномъ толкованіи закона.

Комиссія, составлявшая Проектъ Гражданскаго Уложенія, въ стремленіи по примѣру прежнихъ германскихъ законовъ установить отвѣтственность судей не только за умышленную вину, но и за „допущеніе грубой неосторожности“⁴⁾, полагаетъ, что дала осязательный

¹⁾ Рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1885 г. № 76.

²⁾ Общ. Собр. I и Кассационныхъ Департаментовъ 1879 г. № 49.

³⁾ См. стр. 406.

⁴⁾ Объясненія къ проекту V книги Гражд. Улож., томъ V, стр. 691.

признакъ „грубой неосторожности“ въ постановленіи статьи, согласно которой судьи отвѣчаютъ, „если они дѣйствовали съ умысломъ или вопреки подлежащему сомнѣнію смыслу закона, или же вопреки очевиднымъ обстоятельствамъ дѣла“¹⁾.

Но намъ кажется, что нѣтъ никакой объективной мѣрки для опредѣленія того, подлежалъ ли смыслъ закона сомнѣнію, или не подлежалъ. Бываютъ случаи, когда каждому ясно, что законъ требуетъ того то, и что утверждать противное можно только умышленно по какимъ либо особымъ видамъ. Но если нѣтъ основанія утверждать, чтобы тутъ былъ умыселъ постановить рѣшеніе вопреки закону или совершенно независимо отъ него, то различать случаи грубой ошибки отъ негрубой и смыслъ, подлежащій сомнѣнію, отъ неподлежаваго такому, по нашему мнѣнію нельзя²⁾.

То же самое надо сказать и относительно дѣйствій „вопреки очевиднымъ обстоятельствамъ дѣла“: вамъ они были очевидны, мнѣ нѣтъ. Гдѣ мѣрка, гдѣ объективный, осязательный признакъ очевидности³⁾.

Такимъ образомъ, рассматриваемое отступленіе нашего Проекта Гражданскаго Уложенія отъ того, что постановляютъ германское гражданское уложеніе и французскій *code de procédure civile*, представляется намъ неправильнымъ. За неправильность рѣшенія, имѣющую своимъ основаніемъ небрежность, хотя бы и грубую, карать судей взысканіемъ съ нихъ убытковъ нельзя.

Другими словами, мы вообще противъ отвѣтственности судей за убытки, причиненные ихъ „неправильными“ дѣйствіями, и, считаемъ, что отвѣтственность судьи за постановленное рѣшеніе, должна ограничиваться случаями умысла⁴⁾.

¹⁾ Во второй редакціи проекта V книги Гражданскаго Уложенія слова „вопреки подлежащему смыслу закона или вопреки очевиднымъ обстоятельствамъ дѣла“ прямо и замѣнены словами „съ явною небрежностью“ (ст. 1074 второй редакціи).

²⁾ Замѣтимъ наконецъ, что законъ то самъ по себѣ можетъ быть и ясенъ, но, во первыхъ, можетъ быть спорно, относится ли онъ къ данному дѣлу, а во вторыхъ, ясный и не подлежащій по своему смыслу ни малѣйшему сомнѣнію законъ можетъ быть судья добросовѣстно неизвѣстенъ. Представимъ себѣ какой либо крестьянскій законъ, не вошедшій въ Сводъ. Стороны на этотъ законъ не ссылаются. Незнаніе этого закона со стороны общаго суда является вполнѣ извинительнымъ, и за рѣшеніе, постановленное хотя бы и вопреки „не подлежащему сомнѣнію смыслу“ этого закона, взыскивать съ судей убытковъ нельзя.

³⁾ Замѣтимъ, что въ такой своей редакціи (а другой мы себѣ не представляемъ) это постановленіе закона чревато самыми странными неопредѣленностями: въ этой статьѣ не различается очевидность самихъ обстоятельствъ дѣла отъ очевидности ихъ значенія для дѣла.

⁴⁾ Можно было бы установить отвѣтственность за такія, обусловливаемая хотя бы и легкою небрежностью неправильности рѣшеній, которыми нарушаются особо охраняемые права обывателей. Въ этомъ отношеніи можно было бы принять за образецъ постановленія французскаго права съ его специально

§ 2. Кто именно, и какою стороною своей служебной дѣятельности подходит подъ ограниченія ответственности, установленныя для судей.

Сказанное можетъ относиться только къ той дѣятельности судьи, въ которой по силѣ вещей ошибки его могутъ состоять лишь въ томъ или иномъ толкованіи закона или фактическихъ обстоятельствъ дѣла.

Но судья можетъ причинить убытки и такого рода своею дѣятельностью, которая къ толкованію закона не имѣетъ и отдаленнаго отношенія: мировой судья по небрежности забываетъ послать повѣстки о вызовѣ свидѣтелей или той или другой стороны; судъ постановляетъ рѣшеніе о взысканіи 1000 р., а выдаетъ исполнительный листъ о взысканіи 2000 р. Наконецъ судьи несутъ много и чисто административныхъ обязанностей, такова напр., дѣятельность предсѣдателя окружнаго суда, какъ начальника этого правительственнаго установленія ¹⁾.

Устанавливать для судей въ дѣлахъ подобнаго рода какія либо изъятія изъ общихъ правилъ ответственности, признаваемыхъ справедливыми для другихъ должностныхъ лицъ, нѣтъ ни малѣйшаго основанія.

Поэтому ст. 1331 Уст. Гр. Суд., указывающая особыя основанія ответственности вообще для „судей, прокуроровъ и другихъ чиновъ судебного вѣдомства“, стоитъ и въ этомъ отношеніи на совершенно неправильной точкѣ зрѣнія, ибо выдвигаетъ основаніемъ различія ответственности принадлежность чиновника къ тому или другому вѣдомству, а не родъ его дѣятельности.

Что касается Проекта новой редакціи Уст. Гражд. Суд., то въ немъ по вопросу объ ответственности судей имѣется слѣдующее постановленіе: „Просьбы о разрѣшеніи отыскивать убытки, понесенныя вслѣдствіе неправильныхъ или пристрастныхъ дѣйствій судей, прокуроровъ и другихъ чиновъ судебного вѣдомства по производству дѣла или по постановленію рѣшенія, приносятся...“ (ст. 1017).

Такимъ образомъ это постановленіе Проекта повторяетъ слѣдующія принципиально недопустимыя неправильности дѣйствующаго Уст. Гражд. Суд.:

1) указываетъ, какъ на основаніе для иска, на „неправильныя“ дѣйствія;

2) подчиняетъ особымъ отъ другихъ должностныхъ лицъ пра-

указываемыми въ законѣ случаями ответственности судей (см. выше стр. 410 вын. 1).—Надо впрочемъ отмѣтить, что тѣ случаи, которые указаны во французскихъ законахъ, предусматриваютъ по преимуществу неправильности, не могущія встрѣтиться при самой постановкѣ рѣшеній.—Въ русскомъ законодательствѣ примѣромъ такого рода постановленій является ст. 3011 III части Свода Мѣстныхъ Уаконовъ губ. Остзейскихъ.

¹⁾ Ср. по этому поводу Клевицъ, стр. 55—56.

виламъ отвѣтственность судей не только по постановленію рѣшенія, но и по производству дѣла; и

3) распространяетъ правила объ особой отвѣтственности судей на прокуроровъ и вообще на всѣхъ чиновъ судебного вѣдомства.

Проектъ Гражданскаго Уложения стоитъ гораздо выше: онъ постановляетъ: „Судьи, постановившіе неправильное рѣшеніе по гражданскому или уголовному дѣлу, отвѣчаютъ за происшедшій отъ сего вредъ, если они дѣйствовали съ умысломъ или вопреки не подлежащему сомнѣнію смыслу законовъ, или же вопреки очевиднымъ обстоятельствамъ дѣла“ (ст. 1105).

1) Такимъ образомъ Проектъ суживаетъ отвѣтственность случаями грубой неосторожности ¹⁾. Этого ограниченія мало, но все таки лучше такая отвѣтственность, чѣмъ неотвѣтственность за всякую неправильность.

2) Проектъ ограничиваетъ примѣненіе смягченной отвѣтственности постановленіемъ рѣшенія, не распространяя ее на производство дѣла ²⁾ и на административную сторону дѣятельности начальниковъ судебныхъ установленій (наемъ камеры, назначеніе чиновъ канцеляріи и т. п.).

3) Онъ ограничиваетъ примѣненіе смягченной отвѣтственности судьями, не распространяя ее на всѣхъ чиновъ судебного вѣдомства.

¹⁾ См. выше, стр. 444.

²⁾ Нѣсколько неправильно (слишкомъ узко) слово „рѣшеніе“: подъ него во всякомъ случаѣ придется подводить и всякаго рода приговоры, всякаго рода опредѣленія и т. п.—Въ этомъ отношеніи интересна исторія ст. 839 германскаго уложения: она устанавливаетъ льготныя условія отвѣтственности (только за умыселъ) для убытковъ, причиненныхъ при рѣшеніи правового вопроса (Urtheil einer Rechtssache). Въ проектѣ уложения слову Urtheil соответствовали слова Leitung und Entscheidung.

Въ Рейхстагѣ вполне правильно пожелали сюзить эту привилегію судей. и для веденія и подготовки дѣла, когда судья находится въ одинаковомъ положеніи со всѣми вообще должностными лицами, на него распространили и общія правила отвѣтственности.—Докъ, 1901 г. стр. 266.

По поводу слова Urtheil въ германской юридической литературѣ существуетъ весьма рѣзкое разногласіе: одни говорятъ, что подъ этимъ словомъ надо разумѣть только судебное рѣшеніе по существу дѣла, другіе же подводятъ подъ него и всякія опредѣленія, постановленія и т. п. См. сводку мнѣній, высказанныхъ по этому вопросу, у Schneider, Die Haftbarkeit des Spruchrichters. Arch. für die Civil. Praxis. 1901, стр. 216, 218, 265—267.

Для насъ вопросъ, такъ сказать, de lege ferenda ясенъ: по скольку при постановленіи частнаго опредѣленія судья толкуетъ законъ, онъ не можетъ отвѣчать за всякую неправильность своего добросовѣстно даннаго толкованія.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Административное толкованіе законовъ.

Но если мы видимъ основаніе смягченной отвѣтственности судей не въ цвѣтѣ ихъ форменнаго воротника, а въ самомъ существѣ ихъ служебной дѣятельности, или по крайней мѣрѣ въ существѣ одной изъ сторонъ ихъ дѣятельности, а именно той, которая состоитъ въ толкованіи законовъ, то можетъ возникнуть вопросъ, да подлинно ли эта смягченная отвѣтственность является привилегіей только однихъ чиновъ министерства юстиціи?

Было время, когда право толковать законы отрицалось и за судьями.

Согласно господствовавшему въ Европѣ въ XVIII в. представленію о законности, сущность ея состояла въ томъ, что исполнитель закона, судья или администраторъ, долженъ былъ въ каждомъ дѣлѣ ограничиваться исполненіемъ того, что на сей случай предписано закономъ, не внося въ законъ никакихъ своихъ личныхъ соображеній и выводовъ. Толкованіе закона не отличали отъ измѣненія его и одинаково запрещали. Дѣйствующее право въ идеалѣ представлялось совокупностью правилъ, установленныхъ для извѣстныхъ родовъ дѣлъ или даже для опредѣленныхъ конкретныхъ случаевъ. Если для того дѣла, которое предстояло разрѣшить судѣ или административному чиновнику, не было прямого и яснаго закона, то считалось необходимымъ, чтобы исполнитель закона, не измышляя своего правила или не толкуя неяснаго закона по собственному разумѣнію, представлялъ дѣло на благоусмотрѣніе начальства, вплоть до верховной власти. Она, рассмотрѣвъ такое *казусное* дѣло, постановляла приличное ему правило ¹⁾.

Наше законодательство конца XVIII вѣка и начала XIX было

¹⁾ Французскій законъ 24 марта 1790 г. (tit. II, art. 12) предписывалъ судьямъ обращаться къ законодательному собранію всякій разъ, когда они сочтутъ необходимымъ толковать законъ. Въ Пруссіи, согласно рескрипту Фридриха Великаго отъ 14 апрѣля 1780 г., судьямъ и административнымъ чиновникамъ было запрещено толковать законы, и они должны были представлять свои сомнѣнія (не называя сторонъ) на разрѣшеніе *Gesetzes-Kommission*, которая или разрѣшала эти сомнѣнія своею властью, или, въ потребныхъ случаяхъ, представляла ихъ королю.—*Der n b u r g. Preuss. Privatrecht. I (1894), 15.*

вполнѣ проникнуто этими взглядами. Они отразились между прочимъ и на ст. 65 Основныхъ Законовъ. „Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія или распространенія.—Всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы, и не допускающая обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“¹⁾.

Сомнѣнія въ законахъ и административными учрежденіями, и судами должны были представляться по начальству или въ порядкѣ инстанцій, и въ концѣ концовъ восходили въ Правительствующій Сенатъ²⁾, который тоже не могъ, да по буквѣ закона и теперь не можетъ, „приступать къ рѣшенію такихъ дѣлъ, на которыхъ не окажется точнаго закона“³⁾. О такихъ „казусныхъ“ дѣлахъ Сенатъ долженъ представлять Государю.

¹⁾ Зак. Осн. ст. 65.—Эта приведенная нами первая часть ст. 65 Зак. Осн., какъ показала Градовскій (Начала русск. госуд. права Т. I, изд. 1875, стр. 79), „возстаетъ противъ самопроизвольныхъ толкованій и искаженій текста закона въ томъ случаѣ, когда судья имѣетъ точный и ясный законъ, относящійся къ дѣлу“, „законъ на столько ясный и точный, что всякое отступленіе отъ его буквы будетъ злоупотребленіемъ судейской власти“. Къ случаямъ неясности закона или недостатка его эта статья собственно не относится, ибо, какъ это показано нами ниже, исполнителю закона предоставлялось въ такихъ случаяхъ не стараться создать собственное правило, а представлять дѣло на разрѣшеніе начальства. Вторая часть ст. 65 тоже не устанавливаетъ права толковать законы; она гласитъ: „но если бы гдѣ либо, по различію буквальнаго смысла узаконеній, встрѣтилось затрудненіе въ избраніи и приложеніи закона къ разсматриваемому дѣлу, въ такомъ случаѣ, по невозможности согласить буквальный смыслъ закона съ таковымъ же другого, самая необходимость предписываетъ, особенно въ высшихъ мѣстахъ, слѣдовать общему духу законодательствъ и держаться смысла, наиболѣе оному соотвѣтствующаго“. Какъ показалъ Градовскій разборомъ подстатейныхъ ссылокъ къ ст. 65, вторая часть ея „предусматриваетъ именно случай противорѣчія нѣсколькихъ законовъ, относящихся къ одному и тому же дѣлу, когда, слѣдовательно, рѣчь идетъ не о толкованіи закона, но объ избраніи между нѣсколькими узаконеніями одного, для примѣненія онаго къ данному дѣлу“ (Начала, I, стр. 80), т. е. о выборѣ между законами, „предусматриваемыми данный случай, но предлагающими различные способы къ его разрѣшенію“ (тамъ же).

²⁾ Сводъ Зак. изд. 1892 г. томъ II, ч. I, Общ. Учр. Губ. ст. 475. Ср. изд. 1876 г. ст. 260 и 700.

³⁾ Сводъ Зак. изд. 1892. Томъ 1 ч. 2, Учр. Сенат., ст. 201.—При этомъ пробы въ законѣ не отличались отъ неясности закона: существеннымъ условіемъ для возможности рѣшать дѣло была наличность прямого и точнаго закона. Въ одной запискѣ, помѣченной 20 апрѣля 1827 г., Сперанскій, излагая существовавшій тогда у насъ порядокъ, говорилъ: „Недостатокъ закона, такъ и неясность его въ приложеніи къ данному случаю. Дѣла сіи называются у насъ казусными“. (См. Сборникъ Имп. русск. историч. общества, томъ LXXIV, стр. 187).

При такомъ взглядѣ на правомѣрное исполненіе законовъ, какъ на исполненіе лишь буквального смысла каждой статьи, съ обязанностью останавливаться передъ каждою неясностью, требующею толкованія, было вполнѣ естественно, что каждая ошибка, совершенная при толкованіи закона, къ которому на свой страхъ прибѣгъ судья или администраторъ, должна была ставиться ему въ упрекъ, какъ неосмотрительность, провинность, за послѣдствія которой онъ долженъ самъ расплачиваться.

Согласно этому, признавалось, что не только административные чиновники отвѣчаютъ за допущенное ими неправильное толкованіе закона, но что и судьи подлежатъ и личной (дисциплинарной или даже уголовной), и вмѣстѣ съ тѣмъ и гражданской отвѣтственности, „когда доказано, что несправедливое рѣшеніе въ дѣлѣ гражданскомъ или уголовномъ послѣдовало отъ ошибки судьи или неправильнаго лишь по недоразумѣнію толкованія закона“¹⁾.

На неправильность того представленія о законности, которое лежало въ основѣ подобныхъ постановленій, Сперанскій указывалъ уже въ двадцатыхъ годахъ²⁾, но только Судебные Уставы Императора Александра II смѣло провели въ жизнь болѣе здравыя понятія.

Мы имѣемъ въ виду тѣ статьи Судебныхъ Уставовъ, согласно которымъ судамъ запрещено останавливать рѣшеніе дѣлъ „подъ предлогомъ“ неполноты или неясности закона³⁾.

Этими статьями не устанавливается какое либо новое полномочіе судовъ,—право толковать законы,—но выражается совершенно новое воззрѣніе закона на существо закона.

Дѣйствующее законодательство прежде стремились свести къ совокупности отдѣльныхъ казуистическихъ предписаній верховной власти, предписаній, имѣвшихъ каждое въ виду опредѣленный родъ дѣлъ, или даже какое-либо конкретное дѣло. Каждое изъ этихъ предписаній подлежало буквальному механическому исполненію. При этомъ казалось безразличнымъ, когда именно это предписаніе было издано, до возникновенія ли разсматриваемаго дѣла, или послѣ того; существеннымъ казалось лишь то, чтобы предписаніе это исходило отъ верховной власти.

Нынѣ этотъ взглядъ замѣняется другимъ. Отдѣльные законы хотя бы и страдающіе пробѣлами и противорѣчійми, устанавливаютъ единое дѣйствующее право, какъ нѣкое органическое цѣлое. Каждое правоотношеніе должно быть разрѣшено на основаніи того права, которое существовало во время его возникновенія. Если же дѣло под-

¹⁾ Улож. Наказ., изд. 1857 г., ст. 412.

²⁾ Въ запискѣ, составленной для Комитета 6 дек. 1826 г. См. Сборникъ русскаго историческаго общества, томъ LXXIV, стр. 189.

³⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 9 и 10; Уст. Угол. Суд., ст. 12 и 13.

водится подъ законъ, изданный *ad hoc*, то, по словамъ Сперанскаго, „новымъ закономъ рѣшится старое дѣло, и противъ коренныхъ началъ законодательства и правосудія законъ получаетъ обратное дѣйствіе“ ¹⁾.

Въ Судебныхъ Уставахъ выразился взглядъ на законы, какъ на нормы дѣйствующаго права. И примѣненіе права является согласно этому не механическимъ, буквальнымъ исполненіемъ приказовъ, а сложною работою интерпретаціи законовъ, изъ которыхъ *нужно* извлечь правило для каждаго даннаго случая, никакимъ отдѣльнымъ закономъ, быть можетъ, и непредусмотрѣннаго ²⁾.

Такимъ образомъ, прежде всего создалось формальное противорѣчіе между ст. 65 Основныхъ Законовъ, запрещающей толкованіе законовъ, и Судебными Уставами, обязавшими судей толковать законы.

Русская наука разрѣшила это противорѣчіе тѣмъ, что признала, что постановленія Судебныхъ Уставовъ обязательны лишь для новыхъ судовъ, а что для старыхъ судебныхъ мѣстъ и для администраціи сохранила силу ст. 65 Зак. Осн. ³⁾.

Въ связи съ этимъ сенатскою практикою, на сколько намъ извѣстно, съ полнаго сочувствія науки права, выработано слѣдующее различіе между отвѣтственностью за убытки, причиненные административными чиновниками, и отвѣтственностью за убытки, причиненные судьями.

Хотя статья 1331 Уст. Гражд. Суд. и допускаетъ возможность предьявленія къ судьямъ исковъ, основанныхъ не на пристрастныхъ, а лишь на неправильныхъ ихъ дѣйствіяхъ, но Сенатъ признаетъ, что „случай такихъ исковъ должны быть исключительными“ ⁴⁾.

Относительно же должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства признается, что они отвѣчаютъ за всякое свое неправильное дѣйствіе, и что неправильное пониманіе закона, всегда могущее быть подведеннымъ подъ неосмотрительность (ст. 1316 Уст. Гражд. Суд.), для нихъ является основаніемъ для иска объ убыткахъ. Главнѣйшимъ основаніемъ для этого различія судей и административныхъ чиновниковъ признается право послѣднихъ обратиться къ начальству за разъясненіемъ неяснаго закона.

На обязанность судей толковать законы, какъ на основаніе къ

¹⁾ Сб. Русск. Ист. Общ., т. LXXIV, стр. 189.

²⁾ Уст. Гр. Суд. ст. 10: „Воспрещается останавливать дѣло подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются наказанію, какъ за отказъ въ правосудіи“.

³⁾ Коркуновъ. Указъ и законъ, стр. 349 и 365.—Соколовскій. Краткій учебникъ русскаго государственнаго права, стр. 92.—Того же мнѣнія, очевидно, придерживался и Градовскій, допускавшій лишь *судебное* толкованіе законовъ. Начала русск. гос. права, I (1-е изд.), стр. 77 и сл.—Анненковъ. Курсъ гражданскаго права, т. I, стр. 9.

⁴⁾ См. выше стр. 443.

болѣе льготнымъ условіямъ гражданской отвѣтственности судей, сравнительно съ административными чиновниками, указываютъ между прочимъ и Объясненія къ Проекту Гражданскаго Уложения ¹⁾.

Но нельзя не признать, что лежащее въ основѣ этого противоположенія судей и администраторовъ формальное примиреніе или, лучше сказать, размежеваніе ст. 65 Зак. Осн. и ст. 9 Уст. Гражд. Суд., не смотря на свою общепризнанность, не выдерживаетъ критики.

То пониманіе права, которое положено въ основаніе Судебныхъ Уставовъ, и то пониманіе, которое выразилось въ ст. 65 Основныхъ Законовъ, не могутъ быть размежеваны и продолжать существовать одно рядомъ съ другимъ, а главное, въ примѣненіи къ тому же самому законодательству.

Если для судовъ законъ является однимъ изъ источниковъ права, и въ качествѣ такового подлежитъ толкованію, то тотъ же законъ не можетъ быть для администраціи казуистичнымъ приказомъ, не допускающимъ толкованія и подлежащимъ буквальному исполненію. Одинъ и тотъ же законъ не можетъ отвѣчать потребностямъ этихъ по существу своему столь разныхъ способовъ примѣненія и исполненія законовъ. Одинъ и тотъ же законъ не можетъ быть и нормою права, и казуистичнымъ предписаніемъ.

Вопросъ о правѣ исполнителей закона толковать его не есть вопросъ, который можетъ разнорѣшиться для разныхъ вѣдомствъ. Въ дѣйствительности, въ постановленія Судебныхъ Уставовъ о правѣ и обязанности судовъ толковать законы надо видѣть не столько установленіе спеціальнаго правила для извѣстныхъ учреждений, сколько категорическое, но не первое въ нашемъ законодательствѣ проявленіе взгляда на законъ, какъ на норму права, подлежащую толкованію ²⁾.

Это же признаніе за исполнителями закона права толковать его, хотя и довольно нерѣшительно, но не разъ уже высказывалось въ нашемъ законодательствѣ, и притомъ именно по отношенію къ администраціи ³⁾.

¹⁾ Томъ V, стр. 690.

²⁾ Сознаніе необходимости разрѣшать каждое дѣло на основаніи существующаго въ данное время законодательства долгое время боролось съ господствовавшимъ мнѣніемъ, что судамъ нельзя предоставить право толковать неясные законы. Борьба этихъ двухъ направленій привела къ слѣдующему компромиссу: въ XVIII вѣкѣ въ случаѣ неясности закона нижній судъ приостанавливалъ дѣло и, не полагая по нему никакого рѣшенія, представлялъ въ высшій. Въ началѣ XIX вѣка было установлено, что нижній судъ все таки долженъ рѣшить дѣло, прилагая къ нему мнѣніе о дополненіи или поясненіи закона, и затѣмъ, не приводя своего рѣшенія въ исполненіе, представить дѣло на утвержденіе высшей инстанціи. См. цитированную выше записку Сперанскаго, стр. 187.

³⁾ Сибирское Учрежденіе 1822 г. (произведеніе Сперанскаго) во многихъ статьяхъ возлагаетъ на совѣтъ главнаго управленія и на губернской со-

Такой смысл имѣютъ, напр., многократныя запрещенія „подъ предлогомъ мнимой неясности“ испрашивать указа на указъ ¹⁾, при чемъ „за напрасное испрашиваніе, дѣлаемое собственно для промедленія времени, въ случаяхъ, не заслуживающихъ вниманія“, законъ грозилъ виновнымъ наказаніемъ, какъ за противозаконное бездѣйствіе власти ²⁾.

Затѣмъ, цѣлый рядъ законовъ возложилъ на отдѣльныя административныя учрежденія обязанности, совершенно неисполнимыя безъ права толковать законы. Укажемъ хотя бы на министерства, которыя „устанавливаются на тотъ конецъ, чтобы... доставить законамъ... скорое и точное исполненіе“ ³⁾. На почвѣ этой статьи развивается постоянное разъясненіе министерствами подчиненнымъ имъ мѣстамъ истиннаго смысла законовъ, какъ по отдѣльнымъ дѣламъ, такъ и циркулярами, инструкціями и наказами.

Первый Департаментъ и Первое Общее Сената Собраніе не относятся къ новымъ судебнымъ мѣстамъ и по буквѣ закона несомнѣнно подчинены статьѣ 65 Зак. Осн... Но дѣятельность, возложенная на нихъ закономъ, а именно, „поясненіе въ случаѣ надобности законовъ“ или „разъясненіе истиннаго смысла узаконеній“, безусловно немислима безъ права толковать законы ⁴⁾.

То же надо сказать и про губернскія установленія. Безъ права толковать законы были бы совершенно немислимы постановленія губернскихъ присутствій по административнымъ дѣламъ, такъ какъ эти постановленія считаются окончательными, и въ законѣ не установлено возможности перенесенія этихъ дѣлъ, хотя бы по неясности или неполнотѣ закона, въ какое либо иное, высшее установленіе ⁵⁾.

Поэтому намъ кажется, что теорія, согласно которой право толковать законы принадлежитъ лишь новымъ судамъ, а для остальныхъ присутственныхъ мѣстъ сохранила силу ст. 65 Зак. Осн., рѣшительно не допустима.

Статья 65 пережила свое содержаніе. Она противорѣчитъ существу закона, который нельзя примѣнять, не толкуя. Затѣмъ, она предпо-

вътъ „разрѣшеніе сомнѣній въ исполненіи законовъ (ст. 20 и 34), т. е. несомнѣнно предоставляетъ имъ право толковать законы. Но назвать это толкованіемъ Сперанскій не рѣшается. „Всякое высшее мѣсто имѣетъ право разрѣшать затрудненія, возникающія въ мѣстѣ подчиненномъ, не отъ свойства обстоятельствъ, и не отъ недостатка правилъ, но отъ недоразумѣнія ихъ. Сія степень разрѣшенія собственно есть *только поясненіе*“ (ст. 509).

¹⁾ Сводъ зак. изд. 1892 г. т. II ч. 1, Общ. Учр. Губ. ст. 176 и 476, ср. ст. 1043.

²⁾ Сводъ Зак. изд. 1876 г. т. II ч. 1, Общ. Учр. Губ. ст. 252 и примѣч. къ ней.

³⁾ Сводъ Зак. 1892 г. т. I ч. 2, Общ. Нак. Мин. ст. 153.

⁴⁾ Сводъ Зак. изд. 1892 г. т. I, ч. 2, Учр. Пр. Сенат., ст. 19 п. 6; ст. 20, п. 4; ст. 21, п. 6; ст. 23, п. 2; ст. 32, п. 3; ст. 33, п. 3 и мн. др.

⁵⁾ Сводъ Зак. 1876 г. IX особ. прил. III (прод. 1890 г.) Пол. Зем. Нач. стр. 126.

лагаеть у должностного лица право представлять свои сомнѣнія по начальству вплоть до верховной власти, а это право противорѣчить, во первыхъ, тому основному началу справедливости и правопорядка, что нельзя разрѣшать дѣла на основаніи повелѣній, изданныхъ *ad hoc* ¹⁾, а во вторыхъ, прямыми законами установленному порядку разсмотрѣнія и движенія дѣлъ.

Но еслибы даже въ законѣ дѣйствительно послѣдовательно было проведено запрещеніе толковать законы, и еслибы въ случаѣ сомнѣній административные чиновники дѣйствительно по закону обязаны были представлять дѣло на усмотрѣніе начальства, то и въ такомъ случаѣ администраторы далеко не всегда могли бы отвѣчать за допущенное ими невѣрное толкованіе закона. Обращеніе въ высшую инстанцію практически возможно въ судѣ, гдѣ дѣло ждетъ годами, но часто практически невозможно для администраціи, гдѣ дѣло нерѣдко не ждетъ, гдѣ надо принимать рѣшенія немедля, и входить въ переписку фактически невозможно.

И поскольку различіе въ отвѣтственности судей и административныхъ чиновниковъ сводится къ тому, что судей признаютъ неотвѣтственными за неправильныя рѣшенія, обусловленныя невѣрнымъ, но добросовѣстнымъ толкованіемъ закона, тогда какъ при тѣхъ же условіяхъ на администраторовъ возлагаютъ отвѣтственность за убытки, различіе это должно быть признано по существу ошибочнымъ. И администраторъ примѣняетъ законы, а когда примѣняетъ ихъ, онъ ихъ толкуеть. И къ неправильнымъ дѣйствіямъ администраціи, неправильность которыхъ обуславливается лишь невѣрнымъ пониманіемъ закона, несомнѣнно примѣнимы всѣ тѣ соображенія, которыя приводятся въ пользу того, что ошибка въ толкованіи закона не можетъ служить основаніемъ для иска къ суду объ убыткахъ.

Поэтому по отношенію къ такого рода неправильностямъ, которыя обуславливаются невѣрнымъ примѣненіемъ или толкованіемъ закона ²⁾, законъ по общему правилу долженъ ограничить отвѣтственность должностныхъ лицъ и административнаго вѣдомства тѣми

¹⁾ Въ нѣкоторыхъ иностранныхъ кодексахъ мысль эта отразилась въ постановленіи, запрещающемъ останавливать рѣшеніе дѣлъ подъ предлогомъ неполноты или неясности закона не только судебнымъ, но и административнымъ установленіямъ. Таковы постановленія французскаго *code pénal*, ст. 185, итальянскаго уголовнаго уложенія 1 Января 1890 г. ст. 178. Ср. по этому поводу *В г и з а*. *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*. 1892 (въ коллекціи *Marquardsen*), стр. 69, вын. 2.

²⁾ Подъ закономъ, очевидно, здѣсь слѣдуетъ разумѣть не только законы въ формальномъ смыслѣ (постановленія, утвержденныя въ законодательномъ порядкѣ) и не только акты верховной власти, но и всѣ вообще источники права, т. е. между прочимъ обязательныя постановленія и административныя распоряженія.

же предѣлами, какіе установлены для судей, т. е. случаями умысла и тѣми особыми случаями неосторожности, отъ которыхъ законъ особливо предостерегаетъ должностныхъ лицъ.

Мысль эта получила полное и точное выраженіе въ дѣйствующемъ германскомъ гражданскомъ уложеніи ¹⁾: оно говоритъ не о „судьяхъ, постановившихъ неправильное рѣшеніе по гражданскому или уголовному дѣлу“, какъ это дѣлаетъ нашъ Проектъ Гражданскаго Уложенія, а о „должностномъ лицѣ (Beamter), нарушившемъ свой долгъ при разрѣшеніи правового вопроса“ ²⁾.

Подъ эту редакцію подойдутъ и административныя должностныя лица, но сколько по самому содержанию своей дѣятельности они находятся въ условіяхъ, тождественныхъ съ судьями.

Поэтому намъ кажется, что въ будущій законъ о гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ слѣдовало бы включить такое постановленіе:

„Кромѣ случаевъ, когда особыми законами на должностныхъ лицъ возложена обязанность возмѣстить всякій вредъ, причиненный ихъ неправильными дѣйствіями, за вредъ, причиненный такими дѣйствіями, неправильность коихъ обуславливалась невѣрнымъ толкованіемъ закона (обязательнаго постановленія или распоряженія), должностныя лица отвѣчаютъ только въ случаѣ умысла“.

¹⁾ Въ этомъ отношеніи германское гражд. улож. отвѣчаетъ и предварительнымъ проектамъ, напр. дрезденскому (ст. 1029) или баварскому (ст. 953). Ср. К л е в и ц ъ, стр. 57.

²⁾ Ст. 839 п. 2. Хотя и употребленное въ этой статьѣ слово Beamter можетъ оказаться слишкомъ узкимъ. Ср. Schneider въ Archiv für die civil. Praxis, 1901. Стр. 211.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные преступленіями по службѣ.

§ 1. Должностныя лица административнаго вѣдомства.

Какъ мы уже указывали ¹⁾, въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ установлено два порядка взысканія убытковъ, причиненныхъ дѣйствіями должностныхъ лицъ: чисто гражданскій для тѣхъ случаевъ, когда убытки причинены дѣяніемъ непроступнымъ, такъ называемыми неправильными дѣйствіями, и уголовный, требующій предварительнаго преданія должностнаго лица суду, для тѣхъ случаевъ, когда убытки причинены дѣяніемъ, заключающимъ въ себѣ признаки преступленія.

Прежде всего по поводу отвѣтственности за убытки, причиненные преступленіями должности, возникаетъ вопросъ, въ чемъ же надо видѣть законное основаніе для обязанности должностныхъ лицъ возмѣщать эти убытки, и въ связи съ тѣмъ, каковы условія и предѣлы этой отвѣтственности?

Въ Ул. о Нак. имѣется общая статья 59, согласно которой „виновные въ преступленіи, причинившемъ кому либо убытки или вредъ, сверхъ наказанія, къ коему присуждаются, обязаны вознаградить за сей вредъ или убытокъ изъ собственнаго имущества, по точному о семъ постановленію суда“.

Въ этомъ постановленіи нерѣдко и видятъ основаніе отвѣтственности должностныхъ лицъ.

Но съ этимъ врядъ ли можно согласиться: для должностныхъ лицъ въ Сводѣ имѣется специальное постановленіе, устраняющее именно по отношенію къ должностнымъ лицамъ дѣйствіе законовъ общихъ.

Постановленіе это изложено въ ст. 677 Зак. Гражд.: „Всякое должностное лицо, которое изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, по суду доказанныхъ, чрезъ принятіе какихъ либо противузаконныхъ мѣръ или иныхъ, также противузаконныхъ, по службѣ дѣйствія, причинить кому либо вредъ или убытки по имуществу, не только подвергается за сіе наказанію, въ законахъ опредѣленному, но обязано

¹⁾ См. выше, стр. 408.

сверхъ того вознаграждать за сіи убытки и вредъ на основаніи правилъ, постановленныхъ выше въ статьяхъ 644—646¹⁾).

Такимъ образомъ, статья эта ставитъ условіемъ для обязанности виновнаго должностнаго лица возмѣстить убытки, причиненные имъ путемъ преступленія по службѣ, чтобы это преступленіе было совершено изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, и этимъ создаетъ существенное ограниченіе для отвѣтственности должностныхъ лицъ по сравненію съ тѣмъ, что установлено общими правилами статей 59 Ул. о Нак. и 644 Зак. Гражд.

По общему правилу отвѣтственность за убытки, причиненные преступленіемъ, не находится въ зависимости отъ того, „съ преду-мысленіемъ или безъ онаго учинено преступленіе“ (Зак. Гр., ст. 644), по отношенію же къ должностнымъ лицамъ ст. 677 Зак. Гражд. ставитъ условіемъ отвѣтственности, чтобы преступленіе было учинено именно „изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ“. Очевидно, что громадная часть преступленій, вполне подходящихъ подъ статьи 644 Зак. Гражд. и подъ 59 Ул. о Нак., совершается не изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ и потому въ случаѣ совершенія этихъ преступленій должностными лицами не можетъ служить основаніемъ для иска объ убыткахъ.

Тутъ, собственно говоря, можно было усматривать прямое противорѣчіе двухъ постановленій закона. Но какъ намъ кажется, никакого противорѣчія тутъ нѣтъ, такъ какъ одно постановленіе, объ отвѣтственности за убытки, причиненные всякимъ вообще преступленіемъ, есть законъ общій, а отвѣтственность только за преступленія, учиненныя изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, есть спеціаль-ный законъ для должностныхъ лицъ. По общему правилу статьи 79 Осн. Зак. законъ спеціальныи, „для какого либо рода людей издан-ный“, отмѣняетъ для этого рода людей дѣйствіе законовъ общихъ и въ свою очередь не отмѣняется какимъ либо новымъ, общимъ же закономъ.

¹⁾ Ст. 644 Зак. Гражд.: „Виновный въ совершеніи какого либо преступленія или проступка, не смотря на то, съ преду-мысленіемъ или безъ онаго учинено имъ сіе преступленіе, обязанъ вознаграждать за всѣ непосредственно причи-ненныя симъ дѣяніемъ его вредъ и убытки“.—Ст. 645. „Если при томъ будетъ доказано, что преступленіе или проступокъ совершены именно съ намѣреніемъ причинить какіе либо болѣе или менѣе важные потерпѣвшему отъ него убытки или потери, то виновный обязанъ вознаграждать не только за убытки, непосредственно происшедшіе отъ сего дѣянія, но и за всѣ тѣ, хотя болѣе отдаленные, которые имъ дѣйствительно, съ симъ намѣреніемъ, причинены“.— Ст. 646. „Если присуждаемое за причиненные вредъ и убытки вознагражденіе простирается до такой суммы, что виновный или виновные не въ состояніи заплатить онаго, то судъ предоставляетъ истцу или вступить въ соглашеніе съ присужденными къ вознагражденію, или поступить съ ними какъ съ несостоятельными дол-жниками“...

Могло бы возникнуть предположеніе, что слова „изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ“ представляются лишь риторическимъ украшеніемъ статьи 677-ой, украшеніемъ, довольно нерѣдкимъ въ старыхъ нашихъ законахъ; и именно въ качествѣ риторическаго украшения, не допускающимъ точнаго и буквальнаго толкованія. Однако такое предположеніе должно быть отвергнуто, ибо это же ограниченіе гражданской отвѣтственности за преступленія должности, помимо ст. 677 Зак. Гражд., установлено также и въ сравнительно новомъ законѣ, во всякомъ случаѣ въ законѣ, относящемся вполне сознательно къ употребляемымъ имъ выраженіямъ, въ законѣ, по отношенію къ которому предположеніе, что тѣ или другія помѣщенные въ немъ слова имѣютъ значеніе риторическихъ прикрасъ и подлежатъ исключенію при толкованіи закона, безусловно недопустимо. Въ Судебныхъ Уставахъ, въ Уст. Уг. Суд. имѣется постановленіе, вполне соответствующее ст. 677 Зак. Гражд... Согласно ст. 1070 этого Устава, „взысканіе съ должностныхъ лицъ вознагражденія за вредъ и убытки, приписываемые ихъ преступнымъ дѣйствіямъ по должности, совершеннымъ вслѣдствіе корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, производится не иначе, какъ по преданію обвиняемыхъ суду, въ порядкѣ, ниже сего постановленномъ“.

Что слова „изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ“ попали въ Уст. Уг. Суд. не случайно, видно хотя бы изъ статьи 140 второй части Основныхъ Положеній 29 сентября 1862 г., согласно которой „для взысканія съ должностнаго лица вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные его неправильными дѣйствіями, требуется преданіе его суду только въ тѣхъ случаяхъ, когда это лицо обвиняется въ томъ, что дѣйствовало изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ. Вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью должностныхъ лицъ, отыскиваются гражданскимъ порядкомъ“.

Такимъ образомъ надо признать, что случаи, когда убытки, взыскиваемые съ должностныхъ лицъ, могутъ быть взыскиваемы въ порядкѣ гражданскаго иска въ уголовномъ процессѣ, ограничиваются нашимъ законодательствомъ вполне сознательно, настойчиво и послѣдовательно случаями преступленій, совершенныхъ изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ ¹⁾.

Объясненія къ Проекту V книги Гражданскаго Уложенія повидимому исходятъ изъ совершенно иного пониманія дѣйствующихъ постановленій объ отвѣтственности за убытки, причиненные должностными преступленіями. По словамъ этихъ Объясненій ²⁾, должностныя

¹⁾ См. Объяснительную Записку къ Проекту Новой Редакціи Уст. Уг. Суд. Томъ IV, стр. 261.

²⁾ Томъ V, стр. 684—685.

лица „по смыслу.... суждений Гос. Совѣта и на основаніи отдѣльных постановленій дѣйствующаго законодательства отвѣчаютъ вообще и за неосторожныя дѣйствія или упущенія по службѣ“. Намъ казалось бы, что такое пониманіе нашего законодательства является совершенно невѣрнымъ: несомнѣнно, что гражданская отвѣтственность въ гражданскомъ порядкѣ по общему правилу возможна и за неосторожныя дѣйствія. Но если неосторожность чиновника принимаетъ характеръ преступный, то, по общему правилу, денежная отвѣтственность за нее является невозможною, ибо неосторожность по самому существу своему исключаетъ тѣ корыстные или иные личные виды, которые по статьѣ 677 Зак. Гражд. и по ст. 1070 Уст. Уг. Суд. необходимы для предъявленія гражданского иска въ уголовномъ процессѣ противъ чиновника. Гражданская отвѣтственность за преступную неосторожность по закону является возможною лишь въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда эта отвѣтственность установлена специальными постановленіями Ул. о Нак. ¹⁾).

Нельзя было бы говорить, что наше законодательство вообще не знаетъ отвѣтственности должностныхъ лицъ за неосторожныя дѣйствія, но нельзя говорить, что чиновники вообще отвѣчаютъ за неосторожную вину.

Но суть вопроса не въ томъ, допускаетъ ли или требуетъ дѣйствующее законодательство отвѣтственности чиновника за его неосторожную вину: вопросъ въ томъ, установлена ли его отвѣтственность за умышленную вину, но такую, которая не вызывается корыстными или личными видами. По нашему мнѣнію буква дѣйствующаго законодательства такова, что не допускаетъ этой отвѣтственности внѣ тѣхъ случаевъ, когда она установлена специальными постановленіями. Объясненія къ V книгѣ Проекта Гражданскаго Уложения повидимому стоятъ на противоположной точкѣ зрѣнія, и, оставляя въ сторонѣ ст. 1070 Уст. Уг. Суд., говорятъ по поводу ст. 677 Зак. Гражд., что статья эта, устанавливающая отвѣтственность должностныхъ лицъ за причиненный ими вредъ лишь въ случаѣ совершенія ими противозаконныхъ дѣйствій изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, „очевидно... не заключаетъ въ себѣ общаго правила о вознагражденіи за вредъ, причиненный должностными лицами, такъ какъ сіи послѣднія по смыслу.. суждений Гос. Совѣта и на основаніи отдѣльных постановленій дѣйствующаго законодательства отвѣчаютъ вообще и за неосторожныя дѣйствія или упущенія по службѣ“.

Что ст. 677 Зак. Гражд. не исчерпываетъ собою постановленій дѣйствующаго законодательства по вопросу объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, это конечно правда; примѣчаніе къ этой статьѣ и

¹⁾ См. выше, стр. 434, выноски 2 и 3.

соотвѣтствующая ему статья 1316 Уст. Гражд. Суд. устанавливаетъ отвѣтственность и помимо корыстныхъ и вообще личныхъ видовъ; но для случаевъ, не подходящихъ подъ правила этого примѣчанія и подъ ст. 1316, т. е. для случаевъ, не сводимыхъ къ нерадѣнію, неосмотрительности или медленности, правило статьи 677 объ отвѣтственности только въ случаѣ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ должно быть признано общимъ правиломъ, и это общее правило ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть ослаблено тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ специальныхъ случаяхъ въ законѣ установлена отвѣтственность должностныхъ лицъ за убытки, причиненные и такими ихъ преступленіями, въ которыхъ нѣтъ признаковъ корыстныхъ и личныхъ видовъ. Признанная закономъ необходимость установить для нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаевъ отвѣтственность и тамъ, гдѣ нѣтъ корыстнаго и личнаго элемента, уже и сама по себѣ лучше всего показываетъ, что въ глазахъ закона общаго правила, устанавливающаго для этихъ случаевъ гражданскую отвѣтственность чиновниковъ, не существуетъ. Такимъ образомъ, на дѣлѣ тѣ отдѣльныя постановленія Ул. о Нак., которыми устанавливается отвѣтственность за убытки, причиненные неосторожными дѣяніями, должны быть понимаемы, вопреки тому, что находятъ „Объясненія“, какъ доказательство того, что въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ отвѣтственности должностныхъ лицъ вообще за неосторожныя дѣйствія, или даже вообще за некорыстные преступныя дѣйствія.

Что же касается ссылки „Объясненій“ на тѣ или другія сужденія Гос. Совѣта, то само собою разумѣется, что сужденія эти не могутъ перемѣнить смысла статьи закона на обратный, какъ вообще не могутъ дать закону того смысла, какого онъ самъ по себѣ имѣть не можетъ. Самымъ же страннымъ въ этой ссылкѣ „Объясненій“ на сужденія Гос. Совѣта, подробно въ самихъ же „Объясненіяхъ“ приведенныя¹⁾, представляется то, что въ этихъ сужденіяхъ Гос. Совѣтъ говоритъ лишь объ отвѣтственности судей за неосторожную вину, согласно чему наше дореформенное законодательство, въ этомъ отношеніи дѣйствительно сумѣвшее охранить себя отъ подражанія иностраннымъ образцамъ, установило на дѣлѣ именно такую отвѣтственность судей. Говорить, что эти сужденія Госуд. Совѣта о судьяхъ могутъ имѣть какое либо значеніе для толкованія постановленій объ отвѣтственности административныхъ чиновниковъ по меньшей мѣрѣ странно.

Поэтому намъ кажется, что ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано правильнымъ то толкованіе, которое „Объясненіями“ къ Проекту Гражд. Улож. дается дѣйствующему законодательству по вопросу объ отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки, не подхо-

¹⁾ Томъ V, стр. 682—684.

дѣяціе подѣ ст. 1316 Уст. Гр. Суд., т. е. за убытки, причиненные не „нерадѣніемъ, неосмотрительностью и медленностью“ должностныхъ лицъ, а за убытки, причиненные дѣянїями преступными, а именно, будто по закону должностныя лица во обще отвѣчаютъ (граждански) и за неосторожную вину.

Напротивъ того, надо признать, что по точному смыслу статей 1070 Уст. Уг. Суд. и 677 Зак. Гражд. должностныя лица отвѣчаютъ за убытки, причиненные ихъ преступными дѣйствїями, только въ томъ случаѣ, если это преступленїе совершено ими изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.

Но если по закону въ уголовномъ порядкѣ дѣйствительно могутъ быть отыскиваемы только такїе убытки, то у насъ должна получиться слѣдующая схема:

Какъ мы видѣли ¹⁾, не всякое „неправильное“ дѣйствїе можетъ служить основанїемъ для иска къ чиновнику. Законъ—ст. 1316 Уст. Гр. Суд.—ограничиваетъ случаи отвѣтственности нерадѣніемъ, неосмотрительностью и медленностью. Другїе виды неправильныхъ дѣйствїй не могутъ служить основанїемъ для предъявленїя должностному лицу иска объ убыткахъ въ гражданскомъ порядкѣ. Въ уголовномъ порядкѣ, т. е. съ предварительнымъ преданїемъ чиновника суду, съ чиновника могутъ взыскиваться только убытки, которые причинены такимъ его преступнымъ дѣянїемъ, которое совершено имъ изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.

Какъ неправильныя дѣйствїя вообще не покрываются тѣми неправильностями, которыя совершены по неосмотрительности, нерадѣнію и медленности, такъ что остается еще извѣстное число видовъ неправильныхъ дѣйствїй, по которымъ взысканїе убытковъ является юридически невозможнымъ, такъ и понятїе преступленїя, совершеннаго изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, гораздо уже понятїя преступленїя вообще.

Поэтому получается, что имѣется значительное число должностныхъ правонарушенїй, какъ преступнаго характера, такъ и подпадающихъ подѣ понятїе неправильныхъ дѣйствїй, по которымъ взысканїе убытковъ съ точки зрѣнїя дѣйствующаго закона является невозможнымъ.

Получается такого рода поистинѣ бессмысленное положенїе, что если чиновникомъ допущена незначительная неосмотрительность, карать которую не только въ уголовномъ, но и въ дисциплинарномъ порядкѣ признается несправедливымъ, то съ этого чиновника убытки могутъ быть взысканы въ порядкѣ статей 1316 и слѣд. Уст. Гражд. Суд.; если же неосмотрительность чиновника въ отправленїи его

¹⁾ См. выше, стр. 422—423.

служебныхъ обязанностей приняла такіе размѣры и такой характеръ, что заслуживаетъ уголовныхъ каръ, то за убытки, причиненные такою неосмотрительностью, чиновникъ уже не отвѣчаетъ. Это, конечно, ничѣмъ оправдано быть не можетъ. Къ тому же надо замѣтить, что то преступленіе, которымъ причинены убытки, могло состоять именно въ умышленномъ причиненіи вреда, умышленномъ, хотя и не вызываемомъ корыстными или какими либо иными личными видами.

Нѣкоторымъ коррективомъ къ разсматриваемому положенію вещей являются тѣ статьи Ул. о Нак., которыми устанавливается за нѣкоторыя должностныя преступленія, помимо уголовной отвѣтственности, еще и гражданская ¹⁾.

Но статьи эти далеко не обнимаютъ и самыхъ вопіющихъ нарушеній правъ обывателей, нарушеній, которыя, согласно сказанному выше, могутъ имѣть мѣсто и независимо отъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ чиновника. Чины полиціи, которые при допросѣ подозрѣваемого въ преступленіи подвергли бы его пыткамъ и причинили бы разстройство его здоровья, не могли бы быть приговорены ни къ уплатѣ издержекъ леченія, ни къ вознагражденію за утраченную работоспособность, ибо по общему правилу истязанія, которымъ полиція подвергаетъ лицъ, ею арестованныхъ, вызываются не какими либо корыстными или иными личными видами, а въ числѣ статей Ул. о Нак., въ которыхъ говорится и о гражданской отвѣтственности, нѣтъ статей о противозаконномъ превышеніи и бездѣйствіи власти ²⁾.

На сколько намъ извѣстно, практика мало задумывалась надъ этимъ столь ненормальнымъ положеніемъ, получающимся отъ того, что для чиновниковъ общее правило статьи 59 Ул. о Нак., устанавливающее гражданскую отвѣтственность за убытки, причиненные всѣми вообще преступленіями, замѣнено специальнымъ постановленіемъ, согласно которому чиновники отвѣчаютъ только за убытки, причиненные ихъ преступленіями, совершенными изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.

Намъ не извѣстно случая, когда бы судомъ была отвергнута ссылка на статью 59 Ул. о Нак., сдѣланная въ обоснованіе иска, предъявленнаго къ должностному лицу объ убыткахъ, причиненныхъ его преступленіемъ по должности.

Напротивъ того, Сенату случалось присуждать по 59 ст. Ул. о Нак. вознагражденіе за убытки, причиненные такими должностными преступленіями, въ которыхъ не было наличности корыстныхъ или

¹⁾ Таковы напр. статьи: 349, 351, 407, 424, 426, 472, 473, 483, 503, 1162.

²⁾ Кромѣ статьи 349, устанавливающей гражданскую отвѣтственность за совершеніе обыска или выемки безъ соблюденія предписанныхъ для сего правилъ.

личныхъ видовъ, и которыя предусмотръны не тѣми статьями Ул. о Нак., гдѣ установлена гражданская отвѣтственность виновнаго должностнаго лица внѣ зависимости отъ умысла или тѣхъ же пресловутыхъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.

Таковъ, напр., приговоръ Уголовнаго Кассац. Д-та по дѣлу П. Фролова ¹⁾, который былъ приговоренъ Сенатомъ къ строгому выговору за проступокъ, предусмотрънный въ ст. 474 Ул. о Нак., и съ котораго Сенатъ „согласно 59 ст. Улож.“ присудилъ въ пользу казны убытки, причиненные этимъ его упущеніемъ.

Съ точки зрѣнія удовлетворенія несомнѣнной практической потребности, подобныя рѣшенія могутъ казаться и очень цѣлесообразными, но противозаконность ихъ стоитъ для насъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Практика эта неправильна и должна быть прекращена, пока не измѣненъ законъ въ томъ смыслѣ, что виновный въ каждомъ преступленіи должности обязанъ возмѣстить убытки, причиненные его преступленіемъ.

И если мы высказывались въ пользу того, что не за всякое неправильное дѣйствіе чиновникъ долженъ подвергаться денежной отвѣтственности ²⁾, то по отношенію къ дѣяніямъ преступнымъ общимъ правиломъ, казалось бы, слѣдуетъ принять, что въ будущемъ законѣ надо установить отвѣтственность за убытки, причиненные всякимъ должностнымъ преступленіемъ. Различіе это достаточно объясняется тѣмъ, что такъ называемое неправильное дѣйствіе можетъ быть совершено человѣкомъ, относящимся къ своимъ обязанностямъ вполне добросовѣстно и умѣло и лишь случайно по какому либо дѣлу оказавшимся другого мнѣнія, чѣмъ какое было высказано потомъ его начальствомъ, отмѣнившимъ его распоряженіе, какъ нецѣлесообразное или какъ несоотвѣтствующее тому толкованію закона, котораго держится этотъ начальникъ. По отношенію къ такому неправильному дѣйствію взысканіе убытковъ, причиненныхъ имъ, представлялось бы несправедливымъ. Подобнаго положенія вещей по общему правилу не можетъ получиться въ случаѣ совершенія чиновникомъ должностнаго преступленія. Человѣкъ, совершившій дѣяніе, не только вообще запрещенное, но и запрещенное подъ страхомъ наказанія, несомнѣнно долженъ быть признанъ совершившимъ нѣчто такое, за что онъ долженъ отвѣчать и своимъ имуществомъ, и въ этомъ случаѣ нѣтъ основаній, которыя бы требовали для чиновниковъ существовавшаго въ этомъ отношеніи отступленія отъ общихъ правилъ, установленныхъ для простыхъ смертныхъ.

¹⁾ 9-го Ноября 1882 г., № 124.

²⁾ Изъ этого конечно не вытекаетъ, чтобы онъ долженъ былъ подвергаться этой отвѣтственности лишь въ случаяхъ именно неосмотрительности, нерадѣнія и медленности.

§ 2. Судьи.

Что касается ответственности судей за должностныя преступленія, то она опредѣляется, во первыхъ, статьями 366—377 Ул. о Нак., а затѣмъ статьями 677—682 Зак. Гражд., и наконецъ ст. 1331 Уст. Гр. Суд.—Ул. о Нак. и Зак. Гражд. имѣютъ въ виду исключительно постановленіе неправильныхъ уголовныхъ приговоровъ, статья же 1331 Уст. Гр. Суд. говоритъ вообще о „пристрастныхъ“ дѣйствіяхъ судей, не различая дѣлъ гражданскихъ и уголовныхъ.

Постановленія Ул. о Нак. устанавливають только размѣры наказанія, налагаемаго на судей за постановленіе неправосуднаго приговора, и вовсе не касаются вопроса о вознагражденіи за убытки. Къ этому послѣднему вопросу постановленія Уложенія могутъ имѣть отношеніе лишь въ качествѣ указанія на то, что именно считается уголовно наказуемымъ неправосудіемъ, и за что поэтому судьи, помимо наказанія, могутъ быть присуждены и къ уплатѣ убытковъ. Гражданскія же послѣдствія постановленія неправосуднаго приговора опредѣлены въ Законахъ Гражд., и помѣщенные тамъ статьи слѣдуетъ считать восполненіемъ статьи 59 Ул. о Нак.. Зак. Гражд. содержатъ слѣдующія постановленія объ ответственности судей: если неправильный приговоръ постановленъ судьей изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, то судья обязанъ возмѣстить непосредственно всѣ причиненныя этимъ убытки (ст. 677).

Если вслѣдствіе окончательнаго приговора, постановленнаго умышленно или по неосторожности или невниманію къ дѣлу, понесъ наказаніе невинный, то судьи обязаны: 1. вернуть его на свой счетъ изъ мѣста ссылки или заключенія, 2. уплатить ему, „смотря по строгости наказанія, продолжительности онаго и другимъ обстоятельствамъ“, отъ 10 до 60 р., если невинный былъ приговоренъ къ исправительному наказанію, и отъ 100 до 600 р., если онъ былъ приговоренъ къ наказанію уголовному; и 3. вознаградить всѣ убытки по имуществу и за вредъ здоровью (ст. 678). Отъ всѣхъ этихъ взысканій судьи избавлялись, если при пересмотрѣ дѣла объ осужденномъ было разномысліе о его виновности (ст. 679).

Если же по неправильному приговору осужденный понесъ наказаніе выше мѣры, закономъ постановленной, то судьи обязаны вознаградить только тѣ убытки, которые были причинены по имуществу осужденнаго, или когда достовѣрно извѣстно, что именно усиленіе наказанія повергло осужденнаго въ болѣзнь, лишившую его средствъ къ снисканію себѣ пропитанія. Если же этого нѣтъ, то исправленіе неправильнаго приговора ограничивается измѣненіемъ срока наказанія или замѣною одного наказанія другимъ (ст. 680).

Не смотря на то, что Государственный Совѣтъ чрезвычайно внимательно останавливался на обсужденіи этихъ постановленій, и они

вызвали въ немъ цѣлый рядъ замѣчаній и особыхъ мнѣній отдѣльных членовъ Совѣта, постановленія эти, взятыя порознь, и въ особенности взятыя въ ихъ совокупности, представляются чѣмъ то до удивительности страннымъ.

Почему судья, по неосмотрительности постановившій приговоръ, осуждающій невиннаго, обязанъ, помимо возмѣщенія убытковъ, уплатить осужденному еще и опредѣленную сумму денегъ (отъ 10 до 60 или отъ 100 до 600 р.) и вернуть его на свой счетъ изъ ссылки, а судья, постановившій такой же приговоръ изъ корыстныхъ видовъ, обязанъ вознаградить только непосредственно причиненные его приговоромъ убытки?

Постановленіе, что судьи избавляются отъ отвѣтственности, если при пересмотрѣ дѣла были разные голоса по вопросу избличенія осужденнаго ими невиннаго человѣка, само по себѣ, какъ одно изъ установленныхъ закономъ формальныхъ доказательствъ сомнительности дѣла, могло бы быть признано за указаніе на то, что наше законодательство какъ бы признавало, что судья не долженъ подвергаться отвѣтственности за неправильное разрѣшеніе такого вопроса, который является самъ по себѣ спорнымъ, и по которому по самому существу его всегда возможны разные мнѣнія. Это было бы резонно, и можно было бы возражать только противъ избраннаго закономъ формальнаго критерія спорности дѣла: разные голоса при его пересмотрѣ. И какое бы формальное доказательство въ свое время ни было установлено, сохраненіе его и по сейчасъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ по меньшей мѣрѣ странно.

Но дѣло въ томъ, что разные голоса при пересмотрѣ дѣла освобождаютъ судей отъ отвѣтственности не только въ случаѣ осужденія невиннаго по неосмотрительности или по невниманію къ дѣлу, но и въ случаѣ постановленія умышленно неправильнаго приговора ¹⁾. Казалось бы, что при умышленно неправосудномъ приговорѣ степень сомнительности дѣла не должна была бы играть рѣшительно никакой роли.

Если сомнительности дѣла придавать значеніе основанія для освобожденія судей отъ отвѣтственности, то эта сомнительность должна была имѣть то же самое значеніе и при осужденіи невиннаго, и при присужденіи виновнаго къ наказанію, свыше закономъ установленнаго. Но по точному смыслу статьи 679 ея постановленіе объ освобожденіи

¹⁾ Это съ несомнѣнностью вытекаетъ изъ того, что ст. 679 является ограниченіемъ, относящимся ко всей статьѣ 678, а въ той на первомъ мѣстѣ стоитъ постановка приговора умышленно неправильнаго. Разногласіе при пересмотрѣ не освобождаетъ судей отъ отвѣтственности, если приговоръ постановленъ ими изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ (ст. 677), или если они по неосмотрительности постановили приговоръ, коимъ виновный присуждается къ наказанію свыше закономъ установленнаго (ст. 680).

судей отъ отвѣтственности въ случаѣ разныхъ голосовъ при пересмотрѣ дѣла относится только къ случаю, предусмотрѣнному въ ст. 678, говорящей объ осужденіи невиннаго, а не къ случаю статьи 680, говорящей о присужденіи невиннаго къ наказанію, свыше закономъ установленнаго.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Субсидіарность отвѣтственности должностныхъ лицъ.

Однимъ изъ способовъ примирить отвѣтственность должностныхъ лицъ со стремленіемъ, — по существу своему вполне резоннымъ, — освободить ихъ отъ слишкомъ тяжелыхъ послѣдствій этой отвѣтственности является субсидіарность отвѣтственности должностныхъ лицъ: съ требованіемъ о вознагражденіи можно обращаться къ чиновнику лишь въ томъ случаѣ, если этого вознагражденія нельзя получить съ кого либо другого, прежде всего съ неправильно обогатившагося отъ данныхъ неправильныхъ дѣйствій.

Согласно прусскому *Allgemeines Landrecht*, чиновникъ обязанъ былъ уплачивать убытки только, если не было никакого иного законнаго средства, чтобы возмѣстить вредъ ¹⁾. Этотъ законъ не различалъ въ этомъ отношеніи умышленной и неосторожной вины чиновника: для обѣихъ устанавливалась субсидіарность отвѣтственности.

Германское гражданское уложеніе постановляетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда должностное лицо виновно лишь въ неосторожности, оно можетъ быть привлечено къ отвѣтственности, „если потерпѣвшій не въ состояніи получить удовлетворенія инымъ путемъ“ ²⁾.

Юридическое значеніе этой оговорки спорно: не ясно, является ли это возраженіемъ, которое можетъ привести отвѣтчикъ, и которое поэтому онъ долженъ доказать, или же истецъ долженъ доказать, что у него нѣтъ иного способа получить вознагражденіе, какъ съ чиновника.

Большинство германскихъ юристовъ, высказывающихся по этому вопросу, высказывается въ пользу второго отвѣта ³⁾, но не при-

¹⁾ Часть II. тит. 10. § 91.

²⁾ § 839, п. I въ концѣ: „Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Beschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag“.

³⁾ Oertmann. Kommentar zum B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse. 1899, стр. 578.—Деліусъ, стр. 53.—Сроме. System des Bürgerlichen Rechts. 1902, томъ II, стр. 1038, вып. 24.—Планкъ, томъ II, стр. 639.

водя въ пользу своего мнѣнія сколько нибудь подробныхъ соображеній ¹⁾).

Но, какъ намъ кажется, судъ на дѣлѣ лишенъ возможности требовать отъ истца какихъ бы то ни было доказательствъ того, что онъ никакимъ другимъ способомъ, кромѣ какъ съ даннаго должностного лица отвѣтчика, не можетъ получить вознагражденіе за понесенные убытки. Только на основаніи возраженій отвѣтчика въ значительномъ большинствѣ случаевъ судъ и можетъ узнать, что по обстоятельствамъ дѣла существуютъ такія лица, къ которымъ требованіе истца можетъ быть обращено въ первую голову.

Нѣкоторые нѣмецкіе писатели останавливаются еще на слѣдующемъ вопросѣ: если чиновникъ утверждаетъ, что онъ отвѣчаетъ только во вторую голову, послѣ А, и истецъ сначала предъявилъ искъ къ этому А и въ первой инстанціи этотъ искъ проигралъ, то долженъ ли онъ провести этотъ процессъ по всѣмъ инстанціямъ, или же послѣ проигрыша его въ первой инстанціи можетъ обратиться со своимъ требованіемъ къ чиновнику ²⁾?

Въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ не содержится общаго постановленія о субсидіарномъ характерѣ отвѣтственности должностныхъ

¹⁾ Изъ сторонниковъ этого мнѣнія старается его мотивировать Мельцъ но, какъ намъ кажется, дѣлаетъ это не убѣдительно; онъ указываетъ во первыхъ на то, что соотвѣтственное мѣсто въ § 839 редактировано не такъ, какъ обыкновенно редактируются въ герм. гражд. ул. устанавливаемыя имъ возраженія; во вторыхъ, по его мнѣнію, субсидіарность является столь существеннымъ свойствомъ отвѣтственности должностныхъ лицъ, что она должна приниматься судомъ во вниманіе *ex officio*, какъ и тотъ фактъ, что отвѣтчикъ должностное лицо. Meltz. Die Beamtenhaftpflicht nach B. G. B. 1904, стр. 37—38.—Ср. Деліусъ, стр. 53, гдѣ упоминается объ одномъ рѣшеніи Reichsgericht'a, который по поводу § 91, части II, тит. 10 Allgem. Landrechts призналъ, что субсидіарность отвѣтственности должностного лица должна быть привимаема судомъ во вниманіе *ex officio*.

²⁾ Деліусъ, стр. 54, и Мельцъ, цитированное выше (выш. 1) сочиненіе, стр. 39, находятъ, что нѣтъ нужды вести дѣло по всѣмъ инстанціямъ, коли сразу видно, что выиграть его нельзя; но чиновникъ, къ которому затѣмъ предъявленъ искъ, имѣетъ право доказывать, что то, первое, дѣло могло быть выиграно. Другіе писатели, напр. Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1898, думаютъ, что такой процессъ долженъ быть проведенъ по всѣмъ инстанціямъ.

Практика австрійскихъ судовъ требуетъ (для отвѣтственности казны), чтобы истецъ исчерпалъ всѣ средства: не только для обжалованія неправильнаго распоряженія, но и для полученія вознагражденія помимо казны; но если судъ признаетъ, что данное средство несомнѣнно не привело бы ни къ какому практическому результату, то упущеніе его не влечетъ потерю иска къ казнѣ. Ср. въ Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des K.-K. obersten Gerichtshofes, herausgegeben von L. Pfa ff, J. v. Scheu und B. Kroupsky, томъ XXXIV, стр. 48—50, рѣш. отъ 26, I, 96, № 516, № 51692 и стр. 157—159, рѣш. отъ 11, III, № 15745.

лицъ. Подобныя постановленія встрѣчаются только по отдѣльнымъ случаямъ ¹⁾.

Какой смыслъ имѣютъ эти постановленія: можно ли ихъ разсматривать, какъ единичное проявленіе общаго начала, признаваемаго дѣйствующимъ законодательствомъ, и нашедшаго себѣ выраженіе только по частному поводу, или же въ этихъ статьяхъ надо видѣть специальное правило, установленное закономъ въ видѣ изъятія только именно для случаевъ незаконной продажи крѣпостной собственности? Отвѣтить на этотъ вопросъ трудно. Повидимому правильнѣе было бы признать, что эти статьи устанавливають специальное правило, что поэтому распространять его по аналогіи на другіе случаи нельзя, и что такимъ образомъ субсидіарности отвѣтственности должностныхъ лицъ въ видѣ общаго правила наше законодательство не признаетъ.

Въ пользу этого вывода говоритъ то обстоятельство, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ никакого изъятія изъ какого либо общаго правила не устанавливается, законъ несомнѣнно предполагаетъ отвѣтственность чиновника въ первую голову ²⁾.

¹⁾ Зак. Гражд., изд. 1901 г. ст. 1457: „Состоящіе на продаваемомъ имѣніи частные и казенные иски, которые . . . по запретительнымъ книгамъ и Сенатскимъ объявленіямъ могутъ быть извѣстны установленію, утверждающему или совершающему актъ, прежде утвержденія или совершенія въ ономъ купчей крѣпости, должны быть обезпечены вычетомъ соразмѣрной суммы изъ денегъ, покупщикомъ продавцу платимыхъ“. Ст. 1458 продолжаетъ: „Безъ сего вычета нотаріальное или крѣпостное установленіе не должно утверждать или совершать купчей крѣпости на имѣніе, состоящее подъ запрещеніемъ; если же утвердить или совершить, упусти изъ виду извѣстные по его дѣламъ долги или запрещенія, то взыскиваются оные сперва съ того, кто самъ взысканію подлежалъ, а потомъ, чего не достанетъ, съ означеннаго установленія“. Ср. Рѣш. Гр. Кас. Д-та 1877 № 122, а также рѣш. Общ. Собр. Первыхъ Трехъ Д-товъ и Д-та Герольдін Пр. Сената, напечатанныя въ I томѣ „Сборника“ 1864 г.: 26 окт. 1862 г. № 701, стр. 1046 — 1049; 27 іюня 1863 г. № 711, стр. 1103 — 1105; 18 іюля 1863 г. № 742, стр. 1125—1128, а также рѣш. Общ. Собр. IV, V и Межевого Д-товъ Пр. Сената, напечатанныя во II томѣ того же Сборника 24 ноября 1839 г. № 36, стр. 37—38; и 29 окт. 1843 г. № 100, стр. 94—96.

Тамъ же, ст. 1415: „Кто продастъ имѣніе, подвергнутое по какому либо случаю (кромя именно опредѣленнаго въ Уст. о Пр. и Пред. Прест.) опеку, описи или секвестру, тотъ подвергается уголовному суду; между тѣмъ имѣніе возвращается въ прежнее положеніе; покупщику предоставляется искать заплаченныхъ имъ денегъ и убытковъ съ продавца; чего же не достанетъ, то взыскивается, въ случаѣ, если проданное имѣніе состояло подъ запрещеніемъ, съ членовъ и секретаря того присутственнаго мѣста, которое допустило противозаконную продажу. Сверхъ того, члены, секретарь, надсмотрщикъ и писецъ, по мѣрѣ ихъ участія въ семъ упущеніи предаются уголовному суду по законамъ. Но если запрещенія наложено не было, то взысканіе заплаченной за имѣніе суммы и убытокъ покупателя обращаются послѣ продавца на виновныхъ въ семъ упущеніи“.

²⁾ Зак. Суд. и Взыск. Гражд., Св. Зак., томъ X, ч. 2, изд. 1876 г., ст. 87. „Заупущенія во взысканіи по обязательствамъ чины полиціи, сверхъ взысканій, во-

Однако Гражд. Касс. Д-тъ обобщалъ правило ст. 1415 Зак. Гражд. и признавалъ, что съ нотариуса убытки могутъ быть взысканы только въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій не въ состояніи получить ихъ съ того, кто по упущенію должностного лица не доплатитъ казнѣ или частному лицу ¹⁾).

При этомъ, если уже видѣтъ законное основаніе для субсидіарной отвѣтственности должностныхъ лицъ, какъ общаго правила, въ ст. 1415 Зак. Гражд.,¹⁾ вообще не различающей случаевъ умышленнаго и неосторожнаго причиненія вреда, то надо было бы придти къ тому выводу, что по русскому праву, какъ нѣкогда по прусскому Ландрехту, субсидіарность не зависитъ отъ степени и характера вины чиновника, что онъ отвѣчаетъ судсидіарно и въ случаѣ умышленнаго причиненія вреда. Затѣмъ, такъ какъ ст. 1415 говорить объ отвѣтственности должностного лица послѣ отвѣтственности незаконно обогатившагося, то, поскольку у насъ въ силу этой статьи

обще за упущенія по должности въ законѣ опредѣленныхъ, подвергаются и взысканію съ нихъ капитала, процентовъ и другихъ издержекъ и опредѣленныхъ пеней, когда доказано будетъ, что отъ упущенія сего послѣдовало сокрытіе или самого отвѣтчика, или имущества его, при взысканіи въ виду бывшихъ... а имъ предоставляется отыскивать себѣ удовлетвореніе съ должниковъ или отвѣтчиковъ, по строгости законовъ о заемныхъ обязательствахъ". Для отвѣтственности чиновъ полиціи достаточно, чтобы первоначально „при взысканіи въ виду было“ какое либо имущество отвѣтчика или онъ самъ, и чтобы потомъ по упущенію чиновъ полиціи это имущество было сокрыто, или чтобы скрылся самъ отвѣтчикъ, хотя бы у него и не было никакого имущества и приблизительно достаточнаго для покрытія долга, какъ это признано въ рѣш. Первыхъ Трехъ Д-товъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената отъ 18 іюля 1863 г., напечатанномъ въ Сборникъ 1864 года, томъ I, стр. 1125—1128, № 742.

¹⁾ Рѣш. 1888 г. № 21.—Въ „Законахъ Гражданскихъ“, изданія А. Л. Боровиковаго, положенію, установленному въ этомъ рѣшеніи Сената, придано чрезмѣрно широкое значеніе. Въ теисѣ 2 къ ст. 1415 А. Л. Боровиковскій говоритъ: „въ статьѣ этой проводится та мысль, что должникомъ казны и частныхъ лицъ при всякихъ сдѣлкахъ, имѣвшихъ послѣдствіемъ недоборъ или убытокъ, является прежде всего контрагентъ,—и лишь при несостоятельности его отвѣтственность обращается на должностное лицо, допустившее неправильность при совершеніи акта“. Для столь общаго положенія разсматриваемое рѣшеніе Сената не даетъ основанія. Въ дѣлѣ вопросъ шель о совершенно специфическомъ случаѣ отвѣтственности, объ отвѣтственности должностного лица, осуществляемой въ общемъ порядкѣ судопроизводства, не въ томъ, который установленъ въ ст. 1316 и сл. Уст. Гражд. Суд.; вопросъ шель о взысканіи городомъ съ нотариуса суммы, недовзысканной нотариусомъ въ доходъ города съ лицъ, совершавшихъ у него сдѣлку. Сенатъ призналъ, что „подобное упущеніе нотариуса не дѣлаетъ контрагентовъ свободными отъ уплаты сбора, ибо выгодами неуплаты или недоплаты воспользовались тѣ, кому слѣдовало заплатить сборы, т. е. контрагенты, а не нотариусъ. Но во всякомъ случаѣ, денежная за недоборы и несборы отвѣтственность представляется дополнительною, когда прямые плательщики, — контрагенты, — являются несостоятельными, или если взысканіе съ нихъ почему либо окажется невозможнымъ“.

существуетъ субсидіарность отвѣтственности должностныхъ лицъ, эта субсидіарность существенно отличается отъ той, которая существуетъ напр. въ Германскомъ правѣ, гдѣ чиновникъ отвѣчаетъ не только послѣ незаконно обогатившагося, но и послѣ тѣхъ, кто умышленно или по неосторожности вызвалъ его ошибку ¹⁾).

Тотъ выводъ Сената о субсидіарной отвѣтственности нотариусовъ, къ которому Сенатъ пришелъ въ рѣшеніи 1888 г. № 24, представляется намъ до нѣкоторой степени, произвольнымъ и относительно нотариуса ²⁾). Что же касается остальныхъ должностныхъ лицъ, съ которыхъ убытки взыскиваются въ порядкѣ ст. 1316 и сл. Уст. Гражд. Суд., то по отношенію къ нимъ начало субсидіарности, во первыхъ, не имѣетъ никакой опоры въ законѣ, а во вторыхъ, практически вовсе непримѣнимо.

Какъ мы видѣли, матерьяльно-правовою нормою, опредѣляющею отвѣтственность должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ихъ неправильными (не преступными) дѣйствіями, является, кромѣ нѣкоторыхъ спеціальныхъ случаевъ, ст. 1316 Уст. Гр. Суд. Но ни изъ чего не видно, чтобы эта статья предполагала субсидіарность отвѣтственности должностныхъ лицъ. Самый срокъ давности, установленный для исковъ, предъявляемыхъ по этой статьѣ, и отсчитываемой съ того момента, когда было объявлено просителю или приведено въ исполненіе распоряженіе должностного лица, прямо указываетъ на то, что по мысли закона никакого промежуточнаго производства между тѣмъ распоряженіемъ должностного лица и предъявленіемъ къ нему иска объ убыткахъ не предполагается.

¹⁾ Ср. Деліу съ, стр. 53.—Что по русскому праву отвѣтственность должностныхъ лицъ прикрываетъ отвѣтственность тѣхъ, кто вызвалъ ихъ ошибку, признано Сенатомъ въ рѣш. Гр. Касс. Д-та 1868 г. № 372: „Исполнительная и судебная власти обязаны удовлетворять просьбамъ обращающихся къ нимъ съ просьбою лицъ только тогда, когда, по соображеніи этихъ просьбъ съ законами, признаютъ оныя подлежащими своему вѣдомству и основательными; но ежели сіи власти въ удовлетвореніе означенныхъ требованій принимаютъ мѣры, несогласныя съ закономъ, и тѣмъ причиняютъ вредъ кому либо, то отвѣтственность упадаетъ на нихъ, а не на лицъ, которыя, признавая свое право собственности на имущества, находящіяся въ чужомъ владѣніи, и воздерживаясь отъ самоуправства, обращаются къ суду и просятъ защиты“.

²⁾ Сенатъ аргументируетъ между прочимъ ссылкой на то, что относительно недозысканныхъ наслѣдственныхъ пошлинъ законъ прямо говоритъ, что недоплаченная сумма взыскивается съ наслѣдника или душеприкащика (прил. I къ ст. 363, прим. 2, т. V, Уст. Пошл., Отд. II, по прод. 1883 г.), а не съ должностныхъ лицъ, по упущенію которыхъ произошелъ недоборъ. На это можно было бы привести въ видъ возраженія ссылку на Уст. Гербовый, согласно которому недозысканный сборъ взыскивается не съ контрагентовъ, его не доплатившихъ, а съ должностного лица, допустившаго недоборъ (ст. 163 и слѣд. нынѣ дѣйствующаго Уст. Гер., повторившія по существу тождественныя постановленія прежнихъ Уставовъ Герб.).

Практически же, при существующей краткой давности для этих исковъ, проведение хотя бы через одну инстанцію дѣла противъ незаконно обогатившагося всегда будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ истеченіе давности для иска къ должностному лицу ¹⁾).

Надо впрочемъ отмѣтить, что понятіе убытковъ иногда толкуется Сенатомъ такъ, что на дѣлѣ отвѣтственность должностныхъ лицъ принимаетъ тотъ характеръ субсидіарности, который устанавливается положительными постановленіями нѣкоторыхъ иностранныхъ законодательствъ: съ чиновника можно отыскивать убытки лишь въ томъ случаѣ, если ихъ нельзя получить инымъ путемъ: въ одномъ дѣлѣ, гдѣ чиновники полиціи потеряли вексель, переданный имъ (еще при старомъ порядкѣ судопроизводства) для взысканія, Уг. Касс. Д-тъ Сената, рассматривая дѣло въ апелляціонномъ порядкѣ, нашелъ, что такъ какъ утрата документа не лишаетъ кредитора возможности предъявить искъ къ должнику въ установленномъ порядкѣ ²⁾, то „взысканіе убытковъ съ частнаго пристава Р. можетъ имѣть мѣсто не прежде, какъ по признаніи гражданскимъ судомъ невозможности взысканія денегъ именно вслѣдствіе утраты документа“ ³⁾.

Проектъ V книги Гражданскаго Уложенія устанавливаетъ ⁴⁾ для должностныхъ лицъ субсидіарную отвѣтственность, но лишь для случаевъ неосторожной вины ⁵⁾.

¹⁾ Насколько намъ извѣстно, въ одномъ дѣлѣ Сенатъ по Соед. Прис. 1-го и Гр. Касс. Д-товъ (1889 г. № 6) призналъ, что въ случаѣ предъявленія иска къ должностному лицу по ст. 1415 Зак. Гражд., теченіе срока давности, установленной ст. 1318 Уст. Гражд. Суд., начинается со дня объявленія продавца несостоятельнымъ. Но мы не представляемъ себѣ, какимъ образомъ это рѣшеніе мирится съ точнымъ смысломъ этой статьи и съ тою сенатскою практикою, согласно которой давность ст. 1318 имѣетъ безусловное значеніе и течетъ именно съ тѣхъ сроковъ, которые въ ней указаны, т. е. или со дня объявленія распоряженія должностнаго лица обывателю, или со дня приведенія этого распоряженія въ исполненіе.

Намъ кажется, что если Прав. Сенатъ и призналъ себя вынужденнымъ отступить отъ постояннаго своего толкованія ст. 1318, то именно потому, что ст. 1415 Зак. Гражд. устанавливаетъ субсидіарную отвѣтственность должностныхъ лицъ, а сроки ст. 1318 установлены въ виду такого порядка, который этой субсидіарности отнюдь не предполагаетъ.

²⁾ Уст. Гр. Суд., ст. 441.

³⁾ Приговоръ 25 окт. 1871 г. по дѣлу о частномъ приставѣ Ребровѣ.

⁴⁾ Какъ это видно по „Объясненіямъ“ (томъ V, стр. 688), авторы Проекта полагаютъ, что они остаются при этомъ вѣрными началамъ дѣйствующаго права.

⁵⁾ Ст. 1104 ч. 2: „Должностное лицо, причинившее кому либо по неосторожности убытокъ, вслѣдствіе котораго къ кому либо получена прибыль, подлежитъ отвѣтственности только въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій лишенъ возможности получить вознагражденіе отъ лица, незаконно обогатившагося“. За мѣтимъ кстати, что мысль Проекта получила бы болѣе точное выраженіе, если бы въ приведенной статьѣ слова „въ томъ случаѣ, если“ были замѣнены словами „въ той мѣрѣ, въ какой“.

Этим постановленіемъ проекта для русскаго права ставится между прочимъ и тотъ обсуждаемый германскими юристами вопросъ, требуется ли для возможности предъявленія иска къ чиновнику, чтобы къ незаконно обогатившемуся былъ предъявленъ искъ, и чтобы этотъ искъ былъ проведенъ по всѣмъ инстанціямъ. Но помимо этого вопроса, проектомъ нашего Гражданскаго уложенія разрѣшаемымъ столь же мало, какъ и германскимъ гражд. уложеніемъ, специфическія процессуальныя условія отвѣтственности должностныхъ лицъ по русскому праву создадутъ для субсидіарности ихъ отвѣтственности рядъ и иныхъ затрудненій, которыя, какъ намъ кажется, могутъ быть предотвращены или разрѣшены только въ законодательномъ порядкѣ.

Самый фактъ обогащенія именно даннаго третьяго лица отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника можетъ быть споренъ. Если при предъявленіи иска къ этому третьему лицу, ему удалось на судѣ отвергнуть свое незаконное обогащеніе, то это не можетъ мѣшать чиновнику, когда впослѣдствіи искъ будетъ предъявленъ къ нему, доказывать, что отъ его неправильныхъ дѣйствій обогатилось третье лицо, и что это было именно то самое, которое на судѣ отверглось отъ отвѣтственности. Если чиновникъ не былъ привлеченъ къ участию въ томъ дѣлѣ потерпѣвшаго съ незаконно обогатившимся, то состоявшееся по тому дѣлу рѣшеніе для чиновника не обязательно.

Но существующій порядокъ гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ безусловно мѣшаетъ привлеченію чиновника въ качествѣ третьяго лица въ процессъ между двумя обывателями: процессъ этотъ разсматривается въ такомъ составѣ суда, которому чиновникъ, какъ таковой, неподсуденъ. По вопросу объ убыткахъ, причиненныхъ его неправильными дѣйствіями, для чиновника можетъ быть обязательно рѣшеніе суда, постановленное въ порядкѣ ст. 1320—1322 Уст. Гр. Суд..

Могло бы возникнуть сомнѣніе, не слѣдуетъ ли съ привлеченіемъ чиновника въ качествѣ третьяго лица передавать дѣло изъ общаго производства въ особое, установленное ст. 1816 и сл. Уст. Гр. Суд. Но подобная передача не имѣла бы никакихъ основаній въ законѣ. Она бы противорѣчила тому основному началу, что особымъ присутствіямъ, образуемымъ на основаніи этихъ статей, подсудны только должностныя лица ¹⁾.

¹⁾ Въ этомъ отношеніи характерно рѣшеніе Соед. Прис. 1-го и Гр. Касс. Д-товъ отъ 13 дек. 1896 г. по иску Смирновой къ Семиградову и др. (1896 г. № 3). Въ этомъ дѣлѣ искъ былъ предъявленъ въ особомъ присутствіи Судебной Палаты къ членамъ дворянской опеки и къ опекуну. Присутствіе Палаты признало искъ себѣ неподсуднымъ на томъ основаніи, что иски къ должностнымъ лицамъ не могутъ быть совмѣщаемы съ исками къ частнымъ лицамъ (опекуну) въ виду различія въ производствѣ этихъ исковъ. Въ частной жалобѣ въ Се-

Поэтому намъ кажется, что для того, чтобы установление субсидіарности отвѣтственности должностныхъ лицъ могло имѣть дѣйствительно реальное значеніе, необходимо отрѣшиться отъ теперешней рѣзкой обособленности исковъ къ должностнымъ и къ частнымъ лицамъ. Пока этого не сдѣлано, субсидіарность будетъ лишена практическаго значенія въ значительномъ большинствѣ случаевъ.

Что же касается субсидіарности самой по себѣ, независимо отъ тѣхъ процессуальныхъ затрудненій, на которыя можетъ натолкнуться установленіе ея, то мы не можемъ причислить себя къ принципиальнымъ ея сторонникамъ. Эта субсидіарность представляется намъ коррективомъ, совершенно случайно иногда устраняющимъ послѣдствія самого по себѣ несправедливаго положенія вещей, въ другихъ дѣлахъ продолжающаго сказываться со всею своею силою.

Возложеніе на чиновника денежной отвѣтственности за убытки, причиненные всякимъ его неправильнымъ дѣйствіемъ, какъ того желаютъ Проектъ Гражд. Ул. ¹⁾ и Проектъ новой редакціи Уст. Гр. Суд., или даже возложеніе на него денежной отвѣтственности въ случаѣ причиненія убытковъ тремя видами неправильностей, указанныхъ въ дѣйствующемъ законѣ: нерадѣніемъ, неосмотрительностью и медленностью, независимо отъ того, желалъ ли чиновникъ причинить данные убытки, и даже независимо отъ того, могъ ли и долженъ ли былъ онъ предвидѣть ихъ возникновеніе,—представляется по отношенію къ чиновнику явною несправедливостью.

Нельзя упускать изъ вида остро карательнаго характера обязанности возмѣстить убытки изъ собственнаго кармана для того, кто самъ отъ этихъ убытковъ ничуть не пользовался.

Налагать такое наказаніе на того, на комъ никакой тяжкой вины нѣтъ, конечно несправедливо. Это сознаютъ всѣ, и противъ этой неспра-

нать истецъ просилъ, чтобы Сенатъ предписалъ Палатѣ принять искъ къ своему разсмотрѣнію, но только по отношенію къ должностнымъ лицамъ. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе Палаты, признавъ, что въ томъ фазисѣ дѣла, когда исковое прошеніе не получило дальнѣйшаго движенія, истецъ можетъ отказаться отъ привлеченія совмѣстно съ должностными лицами и частнаго лица.

Въ другомъ дѣлѣ, гдѣ совмѣстно съ чинами уѣзднаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія были привлечены должностныя лица крестьянскаго общественаго управленія, Соед. Прис. 1-го и Гр. Касс. Д-товъ (рѣшеніе 5 ноября 1900 г.) нашло, что такъ какъ иски объ убыткахъ, причиненныхъ должностными лицами крестьянскаго общественаго управленія, согласно ст. 1330⁶ Уст. Гр. Суд. предъявляются въ общемъ порядкѣ судопроизводства, и такъ какъ искъ можетъ подлежать разсмотрѣнію особаго присутствія только въ томъ случаѣ, если всѣ отвѣтчики подсудны именно особому присутствію, то поэтому искъ, предъявленный въ одной общей суммѣ нераадѣльно къ обществу крестьянъ и къ должностнымъ лицамъ уѣзднаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія, долженъ быть оставленъ безъ разсмотрѣнія.

¹⁾ Книга V, ст. 1074.

ведливости борются разными, болѣе или менѣе резонными мѣрами: сокращеніемъ сроковъ для исковъ, требованіемъ предварительнаго разрѣшенія начальства и т. п. Къ числу такихъ пальятивовъ относятся и установленіе субсидіарности отвѣтственности должностныхъ лицъ: чиновникъ совершилъ ту или другую ошибку, ему лично не приносящую ни малѣйшей выгоды: ошибка эта послужила основаніемъ для незаконнаго обогащенія третьяго лица; самое элементарное чувство справедливости требуетъ, чтобы убытки, причиненные этою ошибкою, были возмѣщены не чиновникомъ, а этимъ третьимъ лицомъ, получившимъ выгоду: для того это есть только возвращеніе недолично полученнаго; для чиновника это есть тяжелая кара, быть можетъ, источникъ полнаго разоренія.

Все это ясно. Но если третье лицо оказывается несостоятельнымъ къ платежу, то субсидіарная отвѣтственность падаетъ на чиновника, и онъ подвергается этой карѣ. За что? За то, что третье лицо оказалось несостоятельнымъ.

Мы и представить себѣ не можемъ тотъ вопль негодованія, который былъ бы вызванъ предложеніемъ поставить взысканіе 3-хъ или 5-ти рублеваго штрафа, налагаемаго по Уст. о Нак., въ зависимость отъ имущественной обезпеченности третьихъ лицъ. Почему же въ сотни разъ большая денежная кара, налагаемая гражданскимъ судомъ на чиновника, кому либо причинившаго убытки, можетъ быть поставлена въ зависимость отъ того, на сколько состоятельно то лицо, которое воспользовалось отъ этой ошибки чиновника.

Если справедливость требуетъ, чтобы данные убытки были возмѣщены именно чиновникомъ, то онъ долженъ ихъ возмѣстить и при состоятельности каждаго даннаго третьяго лица, и тогда субсидіарности устанавливать нечего. Если же признается, что данный убытокъ, причиненный неправильными дѣйствіями чиновника, по всей справедливости долженъ быть возмѣщенъ какимъ либо третьимъ лицомъ, а не чиновникомъ, то чиновникъ не можетъ быть привлеченъ къ отвѣту и при несостоятельности этого лица.

Если устанавливается субсидіарная отвѣтственность чиновниковъ, то при этомъ, очевидно, интересамъ потерпѣвшаго отдается предпочтеніе передъ интересами отвѣтчиковъ. Потерпѣвшему предоставляется искать съ незаконно обогатившагося. Если съ того нечего получить, то выдается головой чиновникъ, благо къ нему прицѣпка есть: и онъ виновать въ совершеніи извѣстной неправильности. По существу же дѣла это прицѣпка совершенно искусственная и недостаточная.

Если допущенная неправильность является достаточнымъ основаніемъ для отвѣтственности чиновника, то она является имъ и при наличности незаконно обогатившагося. Съ этой точки зрѣнія безусловно болѣе послѣдовательна та система отвѣтственности, при которой чиновникъ отвѣчаетъ въ первую голову и самъ имѣетъ право

регресса къ незаконно обогатившемуся. Конечно съ практической стороны, для чиновника, эта система болѣе сурова.

Въ пользу субсидіарной отвѣтственности можно было бы пожалуй привести такое соображеніе: чиновникъ отвѣчаетъ только за причиненные имъ убытки; но самый фактъ убытковъ возникаетъ только тогда, если съ незаконно обогатившагося не удалось обратно получить того, чего ему не слѣдовало. Но это соображеніе въ основѣ своей невѣрно: юридическимъ основаніемъ отвѣтственности чиновника является именно неправильность сдѣланнаго имъ распоряженія и причиненіе этимъ убытковъ, а эта неправильность и эти убытки не мѣняются въ зависимости отъ состоятельности третьяго лица.

Для отвѣтственности чиновника степень состоятельности третьяго лица должна имѣть значеніе лишь въ томъ случаѣ, если чиновникъ является поручителемъ за это третье лицо, если вообще онъ отвѣчаетъ за это лицо, если отвѣтственность имѣетъ то же самое основаніе. Но отвѣтственность чиновника и неправильно обогатившагося имѣютъ разныя основанія: для отвѣтственности одного основаніемъ является неправильность его дѣйствій и причиненіе убытковъ, независимо отъ того, обогатился ли отъ нихъ кто либо,—для отвѣтственности другого — только неправильность его обогащенія. Коль скоро такимъ образомъ отвѣтственность одного и отвѣтственность другого имѣютъ разныя основанія, нельзя ихъ и ставить въ зависимость одну отъ другой ¹⁾.

Съ практической точки зрѣнія мы не возражаемъ противъ установленія субсидіарности: она все таки является извѣстнымъ облегченіемъ для чиновниковъ, при чемъ переноситъ отвѣтственность на того, кто дѣйствительно долженъ ее нести, на незаконно обогатившагося, и не ухудшаетъ положенія пострадавшаго.

Но принципиально мы усматриваемъ въ этой субсидіарности *testimonium paupertatis* всей системы отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями.

¹⁾ На особенность юридическаго основанія отвѣтственности должностныхъ лицъ (и казны), какъ на причину ихъ отвѣтственности въ первую голову, указываетъ Heffter въ *Archiv des Criminalrechts*. 1851 г. стр. 458.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Совиновность нѣсколькихъ должностныхъ лицъ.—Вина потерпѣвшаго.

§ 1. *Общія замѣчанія.*

I. По вопросу объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, совмѣстными своими преступными дѣйствіями причинившихъ кому либо убытки, дѣйствующее законодательство не содержитъ никакихъ специальныхъ правилъ. Поэтому къ должностнымъ лицамъ приходится примѣнять общія правила отвѣтственности, установленныя для частныхъ лицъ въ взаимныхъ отношеніяхъ между собою.

Правила, относящіяся къ разсматриваемому нами вопросу, сводятся къ слѣдующему:

Если преступленіе или проступокъ учинены нѣсколькими лицами по взаимному ихъ предварительному согласію, то согласно ст. 648 Зак. Гр. причиненные ими вредъ и убытки распределяются между ними поровну, при чемъ, если кто либо изъ нихъ окажется несостоятельнымъ, то слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ участниковъ ¹⁾, и тѣ, кто на этомъ основаніи заплатитъ болѣе, чѣмъ сколько съ нихъ по соразмѣрности слѣдовало, имѣютъ право требовать все излишне ими заплаченное съ тѣхъ, за кого они заплатили.

Когда преступленіе или проступокъ учинены нѣсколькими лицами безъ предварительнаго ихъ согласенія, то согласно статьѣ 650 Зак. Гражд. каждый виновный обязанъ вознаградить именно за тѣ убытки, которые при семъ причинены его дѣйствіями. Если при этомъ нельзя опредѣлить, какая именно часть убытковъ причинена какимъ изъ соучастниковъ, дѣйствовавшихъ безъ предварительнаго между собою согласія, то убытки распределяются между ними поровну.

Такимъ образомъ даже и въ случаѣ причиненія убытковъ по предварительному между нѣсколькими лицами согласію, вознагражде-

¹⁾ Примѣромъ подобнаго распределенія убытковъ можетъ служить приговоръ уголовного Касс. Д-та 24 сент. 1879 г. по дѣлу Каменскаго и Соколовскаго.

не распредѣляется между ними поровну, съ тѣмъ только, что части, недоплаченныя однимъ изъ совинниковъ, разверстываются поровну же между остальными виновниками, которымъ предоставляется право регресса къ тѣмъ, за кого они уплатили. Солидарной отвѣтственности, какъ то признаетъ и Гр. Касс. Деп-тъ Пр. Сената ¹⁾, эта статья не устанавливаетъ, такъ какъ убытки, недовзысканные съ одного, распредѣляются опять таки поровну между всѣми участниками ²⁾.

Если убытки причинены дѣяніемъ преступнымъ, т. е. преступленіемъ или проступкомъ, но безъ предварительнаго между соучастниками соглашенія, то каждый платитъ за то именно, что имъ совершено, при чемъ не допускается даже и распредѣленія по ровну между остальными участниками и тѣхъ частей, къ уплатѣ которыхъ другіе соучастники оказались несостоятельными. Законъ однако предусматриваетъ возможность распредѣленія убытковъ не точно, по мѣрѣ вины cadaго, но и поровну въ томъ случаѣ, если нельзя опредѣлить съ точностью количества вреда, причиненнаго дѣйствіями cadaго изъ виновныхъ. Но во всякомъ случаѣ для того, чтобы быть приговореннымъ къ уплатѣ убытковъ на основаніи второй части этой статьи, необходимо быть виновнымъ въ причиненіи убытковъ.

Такимъ образомъ, для того, чтобы присудить какое либо должностное лицо къ уплатѣ убытковъ, причиненныхъ должностнымъ преступленіемъ, необходимо установить не только виновность этого должностного лица въ преступленіи, но и причинную связь данныхъ убытковъ именно съ его преступными дѣйствіями.

При этомъ, въ виду общаго характера того юридическаго основанія, на которомъ покоится эта отвѣтственность, является совершенно безразличнымъ, въ какомъ именно служебномъ отношеніи состоятъ между собою виновные: члены ли они одной коллегіи, является ли одинъ изъ нихъ начальникомъ другого ³⁾. Даже и въ томъ случаѣ, если одинъ изъ совинниковъ должностное лицо, а другой простой обыватель, другіхъ началъ, кромѣ указанныхъ выше, для распредѣленія между ними отвѣтственности въ дѣйствующемъ законодательствѣ найти нельзя.

II. Что касается отвѣтственности соучастниковъ въ какомъ либо непроступномъ дѣяніи, которымъ причинены убытки, то этотъ вопросъ

1) Рѣш. Гр. Касс. Д-та 1875 г. № 647 и 1886 г. № 24.

2) Въ этомъ существенное отличіе нашего права отъ законодательства пожалуй всѣхъ государствъ Европы. Ср. Объясненія къ V книгѣ проекта Гражд. Улож., томъ V, стр. 514.

3) Это пожалуй можетъ имѣть значеніе для вопроса объ уголовной отвѣтственности, даже вообще для признанія виновности того, кто дѣйствовалъ по приказу своего начальника; но разъ что виновность подчиненнаго признана, то для вопроса о гражданской отвѣтственности то или другое служебное положеніе чиновника является безразличнымъ.

нашими гражданскими законами не предусмѣтрѣнъ вовсе и по отношенію къ частнымъ лицамъ ¹⁾; тѣмъ меньше въ нашемъ законодательствѣ можно искать какихъ либо правилъ спеціально для чиновниковъ.

Поэтому вопросъ о распредѣленіи отвѣтственности между должностными лицами, совмѣстно сдѣлавшими какое либо неправильное распоряженіе, долженъ разрѣшаться не столько на основаніи прямыхъ о томъ постановленій закона, сколько на основаніи общихъ началъ права и на основаніи существа служебныхъ отношеній, связывавшихъ между собою совиновниковъ даннаго распоряженія.

§ 2. Гражданская отвѣтственность чиновника, подписавшаго бумагу, и чиновника, ее скрѣпившаго.

Что касается отвѣтственности лица, подписавшаго данную бумагу, и лица, ее скрѣпившаго, то обыкновенно признается, что въ гражданскомъ порядкѣ отвѣчать можетъ только первое, ибо распоряженіе признается исходящимъ отъ него.

1. Но такой общій отвѣтъ представлялся бы намъ неправильнымъ; прежде всего онъ непримѣнимъ къ коллегіальнымъ учрежденіямъ стараго типа, каковы напр. старые Департаменты Сената или мѣстныхъ установленій, дѣйствующія на основаніи Общаго Учрежденія Губернскаго.

Вообще говоря, возможны два источника неправильностей, а слѣдовательно и два основанія для иска объ убыткахъ, причиненныхъ неправильнымъ распоряженіемъ.

Такимъ источникомъ можетъ быть, во первыхъ, неправильное пониманіе или толкованіе закона, незнаніе того, что по данному вопросу существуетъ въ законѣ то или другое постановленіе, словомъ, *error juris*, или же, во вторыхъ, неправильное представленіе объ обстоятельствахъ дѣла, т. е. *error facti*.

Такъ какъ въ дореформенныхъ учрежденіяхъ докладъ дѣла присутствію, или составленіе записки, лежать на канцеляріи, то отвѣтственность за неправильное изложеніе дѣла, за извращеніе его обстоятельствъ, строго говоря, должна лежать не на „присутствующихъ“, подписывающихъ журналъ или постановленіе, а на секретарѣ, ихъ скрѣпляющемъ ²⁾.

Если Общ. Учр. Губ. и требуетъ, чтобы „члены присутствія прилежно наблюдали, дабы ничто изъ дѣла и изъ законовъ пропущено не было, и докладъ учиненъ съ точностью, добросовѣстно и сходно

¹⁾ Это повидимому объясняется тѣмъ, что и во французскомъ законодательствѣ, служившемъ образцомъ для нашего закона объ отвѣтственности за вредъ и убытки (21 марта 1851 г.), вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ *d'un délit civil* тоже не предусмѣтрѣнъ. Сурда, 1887, т. I, стр. 541.

²⁾ Ср. Учр. Прав. Сен., Св. Зак. 1892 г., т. I, ч. 2, ст. 64, 65, 66, 82, 151 и въ особенности 68; Общ. Учр. Губ., Св. Зак. 1892 г., т. II, ч. I, ст. 102, 104 и 105, въ особенности 102.

съ истинною¹⁾, то это постановленіе ничего не можетъ измѣнить въ существѣ дѣла, ибо члены присутствія не обладаютъ никакимъ инымъ средствомъ для ознакомленія съ дѣломъ иначе, какъ черезъ посредство того же доклада секретаря. Эта ст. 107 даетъ членамъ присутствія право требовать дополнительныхъ свѣдѣній, провѣрки записки по подлинному дѣлу, но этимъ правомъ члены присутствія могутъ пользоваться только въ томъ случаѣ, если самая записка наталкиваетъ на сомнѣнія. Но если записка составлена складно, то хотя бы она и искажала существенныя обстоятельства дѣла, „присутствующіе“ въ нашихъ дореформенныхъ учрежденіяхъ этого узнать не могутъ, и потому на нихъ не должно ложиться отвѣтственности за такое неправильное постановленіе, неправильность котораго обусловливается искаженіемъ обстоятельствъ дѣла въ запискѣ, составленной секретаремъ.

По сколько же неправильность постановленія въ этихъ учрежденіяхъ дореформеннаго типа обусловливается неправильнымъ примѣненіемъ закона, или вообще по сколько она состоитъ въ неправильномъ разрѣшеніи дѣла, правильно доложеннаго секретаремъ, отвѣтственность должна падать на присутствующихъ²⁾.

Впрочемъ, по этому поводу надо сдѣлать нѣсколько оговорокъ.

Прежде всего по отношенію къ Сенату надо отмѣтить, что въ запискахъ, составляемыхъ для „хранителя законовъ“, оберъ-секретари „подписываютъ, что кромѣ означенныхъ въ запискѣ законовъ, приличныхъ къ тому дѣлу, нѣтъ“³⁾.

Такимъ образомъ, присутствующіе сенаторы могутъ быть признаны отвѣтственными за неправильное примѣненіе законовъ, указанныхъ Сенату (по старымъ его департаментамъ) оберъ-секретаремъ, но не отвѣчаютъ за убытки, причиненные такимъ неправильнымъ опредѣленіемъ, неправильность котораго обусловливается непримѣненіемъ къ дѣлу закона, оберъ-секретаремъ Сенату не указанного.

Наоборотъ, отвѣтственность за неправильное примѣненіе закона присутствіемъ можетъ лечь и на секретаря. Согласно статьѣ 115 Общ. Учр. Губ., „секретарь хотя не имѣетъ голоса въ рѣшеніи дѣла, но, въ случаѣ несогласныхъ съ законами разсужденій присутствующихъ, обязанъ представить имъ о томъ, съ должною благопрістойностью, и, если они за всѣмъ тѣмъ останутся при своемъ разсужденіи, обя-

¹⁾ Ст. 107.

²⁾ Общ. Учр. Губ., ст. 102. „Точность и полноту изложенія дѣла, справокъ и означенія законовъ удостовѣряетъ секретарь скрѣпою записки по листамъ, а въ концѣ оной особою подписью. Сею подписью не дается однако же присутствующимъ повода и права къ отговоркѣ невѣдѣніемъ законовъ, еслибы впоследствии открылось, что въ означеніи законовъ секретаремъ что либо пропущено“.

³⁾ Учр. Прав. Сен., ст. 68.—Любопытно, что по отношенію къ губернскимъ мѣстамъ законъ этого требованія не содержитъ.

занъ для оправданія своего записать свое представленіе въ ихъ присутствіи въ журналъ“.

Въ виду этой статьи надо признать, что секретари нашихъ дореформенныхъ учреждений, являясь единственно отвѣтственными за согласное обстоятельству дѣла изложеніе постановленій, являются совинownikами съ присутствующими въ случаѣ несогласнаго съ законами рѣшенія дѣла, если только они не отмѣчали въ журналѣ своего „представленія“ о такой неправильности.

II. Въ учрежденіяхъ бюрократическаго типа значеніе скрѣпы совершенно иное. Всѣ органы, подготовляющіе дѣла, въ бюрократическихъ установленіяхъ вполнѣ поглощаются тѣмъ органомъ, который дѣла разрѣшаетъ. Все болѣе и болѣе входитъ въ обычай изложеніе распоряженій въ формѣ „писемъ“ за подписью одного только лица; кто разрабатывалъ дѣло, разрѣшаемое этимъ письмомъ, кто его редактировалъ, въ такихъ случаяхъ ни откуда не видно.

Въ концѣ концовъ не иначе обстоитъ дѣло и въ тѣхъ случаяхъ, когда исполненіе принимаетъ форму „отношенія“ за подписью одного лица и за скрѣпою другого. Если на бумагѣ, подписанной министромъ, стоитъ скрѣпа директора департамента, то всякій прекрасно знаетъ, что не директоръ департамента писалъ эту бумагу. Писалъ ее какойнибудь столоначальникъ, подалъ ее начальнику отдѣленія, тотъ просмотрѣлъ дѣло, и доложилъ его директору. Если бумага написана складно, если данное дѣло принадлежитъ къ числу тѣхъ, которыми въ настоящее время мало интересуются, то какъ написалъ столоначальникъ, такъ директоръ и скрѣпитъ и пошлетъ къ министру „къ подписанію“, а министру некогда не только изучить дѣло (самое дѣло къ нему и не посылаютъ), но и прочесть присланную къ подписи бумагу. Въ такихъ случаяхъ реальными авторами распоряженій, подписываемыхъ министрами и скрѣпляемыхъ директорами, являются не министры и не директора, а совершенно иныя лица съ несравненно болѣе скромнымъ служебнымъ положеніемъ; но такъ какъ эти лица по закону лишены всякой рѣшающей власти и могутъ дѣйствовать только по указаніямъ и наставленіямъ министра, то и является вполнѣ естественнымъ, чтобы отвѣтственность падала всецѣло на одного министра, или вообще на главу бюрократическаго учрежденія: онъ либо самъ приказалъ такъ то разрѣшить данное дѣло, либо довѣрился такому лицу, которое того не заслуживало, въ томъ, что такое то разрѣшеніе даннаго дѣла соотвѣтствуетъ закону.

Однако по отношенію къ министерствамъ законъ, повидимому, стоитъ на иной точкѣ зрѣнія.

Законъ разрѣшаетъ директорамъ департаментовъ не скрѣплять тѣхъ бумагъ, которыя, будучи написаны директоромъ и имъ скрѣплены, потомъ были исправлены и дополнены по непосредственному указанію министра. То же право законъ предоставляетъ начальникамъ от-

дѣленій по отношенію къ бумагамъ, ими первоначально написаннымъ и скрѣпленнымъ, и затѣмъ передѣланнымъ по указанію директора департамента ¹⁾).

Такое право директора департамента, право, несомнѣнно идущее въ разрѣзъ со всѣмъ подчиненнымъ положеніемъ директора по отношенію къ министру и не имѣющее, повидимому, никакой другой практической цѣли, кромѣ снятія директоромъ съ себя отвѣтственности за распоряженіе, издаваемое министромъ, вопреки мнѣнію директора ²⁾, получаетъ какой либо смыслъ при томъ предположеніи, что на директорѣ, какъ на лицѣ, скрѣпляющемъ бумагу, лежитъ какая то отвѣтственность за нее.

Законъ, правда, не говоритъ, чтобы эта отвѣтственность была отвѣтственностью гражданскою, но этого и не требуется: отвѣтственность гражданская можетъ имѣть мѣсто и тамъ, гдѣ до уголовной еще далеко. Наше дореформенное законодательство, къ которому относится и рассматриваемое постановленіе, не знало различія уголовной и дисциплинарной отвѣтственности, по крайней мѣрѣ по отношенію къ гражданскимъ послѣдствіямъ правонарушенія: ст. 62 Уложенія о Нак. 1845 г., устанавливавшая гражданскую отвѣтственность, равно примѣнялась и къ уголовнымъ, и къ дисциплинарнымъ проступкамъ ³⁾).

Во всякомъ случаѣ надо признать, что стремленіе закона возложить на директоровъ департаментовъ и на начальниковъ отдѣленій извѣстную долю отвѣтственности, а слѣдовательно и предоставить имъ извѣстную долю самостоятельности, не осуществилось. Благодаря ли тому, что съ теченіемъ времени у начальства появилось право увольнять чиновниковъ безъ объясненія причинъ, при чемъ на это увольненіе никакихъ жалобъ подавать нельзя, потому ли, что вся совокупность дѣйствующаго законодательства ставила чиновника въ полную зависимость отъ его начальства, но внутри бюрократическихъ учрежденій всякое проявленіе самостоятельности чиновника по отношенію къ своему начальству представляется по общему правилу невозможнымъ, а потому невозможна по общему правилу и отвѣтственность подчиненнаго за то, что онъ дѣлаетъ совмѣстно съ своимъ начальствомъ.

И если мы говоримъ о духѣ закона, желавшаго установить из-

¹⁾ Св. Зак., томъ I, ч. 2, Учр. Мин., ст. 111 и 257.

²⁾ Начальникъ отдѣленія, не скрѣпляющій бумаги, можетъ еще довести о ней до свѣдѣнія министра и такимъ образомъ остановить ее; поэтому его протестъ противъ данной бумаги получаетъ извѣстный практической смыслъ и помимо сложенія отвѣтственности съ себя лично. Протестъ директора, выражающійся въ нескрѣпленіи бумаги, никакихъ внѣшнихъ послѣдствій имѣть не можетъ; поэтому, если онъ кого либо касается, то только самого директора.

³⁾ См. выше, стр. 417 и выноску 2 на той же стр.

вѣстную самостоятельность подчиненнаго по отношенію его къ начальству и въ связи съ тѣмъ возложить на этого чиновника извѣстную отвѣтственность, то при этомъ мы всегда должны оговариваться, что это намѣреніе закона не осуществилось, что все дальнѣйшее развитіе нашего права пошло въ обратную сторону, и что въ настоящее время въ учрежденіяхъ бюрократическаго типа по существу дѣла отвѣтственность не можетъ ложиться на скрѣпившаго бумагу и должна падать всецѣло на того, кто ее подписалъ ¹⁾.

§ 3. *Отвѣтственность членовъ коллегіи.*

I. На вопросъ о распредѣленіи отвѣтственности между членами коллегіальнаго учрежденія, постановившаго опредѣленіе, которымъ кому либо причиненъ убытокъ, законодательные памятники останавливались прежде съ особымъ вниманіемъ; въ настоящее время это вниманіе смѣнилось полнымъ равнодушіемъ.

И это равнодушіе, и то, въ чемъ выражалось прежнее вниманіе, удѣлявшееся этому вопросу, вызываютъ хотя и разныя, но весьма серьезныя возраженія.

Подробнѣ всего вопросъ объ отвѣтственности членовъ коллегіальныхъ учрежденій разработанъ, на сколько намъ извѣстно, въ прусскомъ Allgemeines Landrecht.

По смыслу стараго прусскаго закона отвѣтственными являлись отдѣльные члены коллегіи, а не коллегія какъ юридическое лицо, по крайней мѣрѣ искъ долженъ былъ быть предъявленъ не къ коллегіи,

¹⁾ Цитированныя нами статьи закона, разрѣшающія директорамъ департаментовъ не скрѣплять бумагъ, написанныхъ ими по приказу министра, и начальникамъ отдѣленій не скрѣплять бумагъ, написанныхъ по приказу директора, какъ намъ кажется, въ настоящее время должны привести къ тому странному результату, что не смотря на то, что ими должна была быть обоснована отвѣтственность этихъ должностныхъ лицъ, эти статьи теперь должны служить основаніемъ къ полному освобожденію этихъ лицъ, въ качествѣ скрѣпляющихъ чужія бумаги, отъ всякой отвѣтственности. Скрѣпа, которой согласно приведеннымъ статьямъ можетъ и не быть, ничего не мѣняетъ въ дѣйствительности и исполнимости распоряженія министра; именно поэтому скрѣпившій не можетъ разсматриваться и какъ пособникъ подписавшаго; скрѣпившій ничего своею скрѣпою не прибавилъ. Министръ конституціоннаго монарха, контрасигнировавшій его незаконный приказъ, есть его соучастникъ въ правонарушеніи, ибо безъ скрѣпы министра приказъ короля не могъ бы быть исполненъ. А коль скоро приказъ русскаго министра хорошъ и безъ скрѣпы директора, то за приказы министра на директорѣ никакой отвѣтственности лежать не можетъ.

Къ тому же изъ отсутствія скрѣпы не видно, съ чѣмъ именно не соглашался тотъ, кто долженъ былъ ее скрѣпить, и чего онъ хотѣлъ. Слагать со скрѣпляющаго отвѣтственность только въ виду отсутствія скрѣпы значитъ презумировать, что онъ не соглашался именно съ тѣмъ, что въ данной бумагѣ было незаконнаго.

а къ ея членамъ; каждый членъ. коллегіи могъ возражать противъ иска, ссылаясь:

1. на то, что неправильное постановленіе состоялось вслѣдствіе неправильнаго доклада дѣла другимъ членомъ коллегіи,

2. на то, что вредъ получился какъ результатъ неправильныхъ дѣйствій не коллегіи, а какого нибудь одного ея члена,

3. на то, что дѣло вовсе не разсматривалось въ коллегіи,

4. на то, что закономъ или обязательнымъ приказомъ данное дѣло поручено какому нибудь другому члену коллегіи,

5. на то, что онъ не имѣлъ голоса при разрѣшеніи даннаго дѣла,

6. на то, что онъ не участвовалъ въ данномъ засѣданіи коллегіи, и при томъ съ вѣдома и разрѣшенія ея предсѣдателя или по причинѣ болѣзни, и

7. на то, что по данному дѣлу имъ подано особое мнѣніе ¹⁾.

Если всмотрѣться въ эти оправдательные поводы, то нельзя не придти къ тому выводу, что по взглядамъ стараго прусскаго законодательства чиновникъ считался виновнымъ и отвѣтственнымъ уже въ силу того одного, что онъ былъ членомъ коллегіи, постановившей неправильное рѣшеніе: иначе весь этотъ казуистическій перечень оправдывающихъ поводовъ былъ бы излишнимъ, нѣкоторые изъ указанныхъ оправдательныхъ поводовъ были бы даже прямо бессмысленными: если за данное постановленіе отвѣчаетъ тотъ, кто его принялъ, то является совершенно безразличнымъ, почему я не участвовалъ въ рѣшеніи дѣла: если я незаконно не явился на службу, то меня можно привлечь къ отвѣтственности за незаконную неявку, но нельзя заставлять возмѣщать тѣ убытки, которые въ мое отсутствіе другіе члены коллегіи причинили третьему лицу.

Такимъ образомъ, начало личной отвѣтственности еще затемнялось какою то отвѣтственностью отдѣльнаго члена за коллегію.

Большинство позднѣйшихъ законодательныхъ актовъ твердо стало на точку зрѣнія личной отвѣтственности каждаго за его личную вину ²⁾

Этотъ основной принципъ исключалъ необходимость въ какихъ бы то ни было специальныхъ постановленіяхъ по вопросу объ отвѣтственности членовъ коллегій ³⁾: кто виноватъ, тотъ и долженъ отвѣчать, независимо отъ того, членъ ли онъ коллегіи, или нѣтъ.

Исходя изъ аналогичныхъ соображеній, герм. гражд. ул. не установило никакихъ специальныхъ правилъ для отвѣтственности членовъ

¹⁾ Allg. Landrecht II, 10, §§ 130, 134, 138, 141—144.—Ср. Н. Dernburg. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. II (1889), стр. 924—925.—Деліусъ, стр. 36—38.—Клевѣицъ, стр. 115.

²⁾ Докъ. 1901 г., стр. 267, выписка 50.—Планкъ, томъ II, стр. 640.

³⁾ Arthur Hüsenner. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten. 1901, стр. 47.

коллегий: по этому вопросу оно молчаливо отсылаетъ къ общимъ постановленіямъ объ отвѣтственности соучастниковъ въ какомъ либо дѣяніи ¹⁾).

Въ этомъ отношеніи германское гражданское уложеніе руководилось ²⁾ также примѣромъ Саксонскаго гр. ул., Цюрихскаго гр. ул., а также и проектами баварскимъ, гессенскимъ и дрезденскимъ.

Нѣкоторыя законодательства, какъ напр., законы кантоновъ Валлиса, Тессина, Ваадта, прямо постановляютъ, что по отношенію къ членамъ коллегіальныхъ учреждений для опредѣленія мѣры ихъ отвѣтственности должны примѣняться общія постановленія по этому вопросу ³⁾).

При этомъ признакомъ виновности, или лучше сказать условіемъ, устанавливающимъ виновность члена коллегіи, обыкновенно признается подача даннымъ членомъ голоса въ пользу состоявшагося неправильнаго постановленія ⁴⁾).

Намъ кажется, что и эта точка зрѣнія новѣйшаго законодательства не можетъ быть признана правильною ⁵⁾).

Прежде всего изъ начала отвѣтственности лишь за свою вину отнюдь не вытекаетъ, чтобы членъ коллегіи могъ отвѣчать только за такое ея постановленіе, которое состоялось согласно поданному имъ голосу.

Служебныя обязанности члена коллегіи не состоятъ только въ томъ, чтобы подавать голосъ по тѣмъ дѣламъ, которыя разсматриваются въ то время, когда онъ находится въ „присутствіи“. Въ дѣйствительности на каждомъ членѣ коллегіи лежитъ обязанность по мѣрѣ его силъ заботиться о правильномъ разрѣшеніи всѣхъ дѣлъ,

¹⁾ Прямого постановленія, которое бы по вопросу объ отвѣтственности должностныхъ лицъ, соучастниковъ въ одномъ неправомѣрномъ вредоносномъ дѣяніи, отсылало къ общимъ правиламъ о соучастіи, въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи нѣтъ. Но въ Мотивахъ, томъ II, стр. 826, говорится, что эти общія правила должны быть примѣняемы и къ чиновникамъ. Что при отсутствіи въ законѣ специальныхъ правилъ для чиновниковъ къ нимъ приходится примѣнять общія правила, это конечно вѣрно. Ср. Motive zu dem Entwurfe eines deutschen BGB. томъ II, стр. 826.—Ср. также Zusammenstellung der Gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines BGB, томъ II, 1890. стр. 418.

²⁾ Это прямо говорятъ Motive къ BGB, томъ II, стр. 826.

³⁾ Гезеръ, стр. 135.

⁴⁾ Въ этомъ отношеніи типичнымъ является постановленіе австрійскаго закона 12 іюля 1872 г. (§ 6): „Für die in einer Rathsversammlung beschlossene Entscheidung oder Verfügung haften alle Stimmführer, welche für dieselbe gestimmt haben“.—Клевидъ, стр. 115.

⁵⁾ Постановленія германскаго гражданскаго уложенія и для Пруссіи замѣнили собою и отмѣнили постановленія Landrecht'a объ отвѣтственности членовъ коллегіи. См. напр. K a u t z u n d A p p e l i u s. Preussisches Kommunalbeamtenrecht. 1901, стр. 256.

порученных вѣдѣнію даннаго учрежденія ¹⁾. Коллегія при случаѣ можетъ причинить убытки не только тѣмъ или другимъ своимъ постановленіемъ, но и медленностью, тѣмъ, что ея никакого постановленія не принимается; членъ коллегіи можетъ своею незаконною неявкою помѣшать состояться постановленію коллегіи, и тѣмъ оказаться виновнымъ въ убыткахъ, причиненныхъ ея медленностью.

Гражданская отвѣтственность за убытки, причиненные неправильнымъ постановленіемъ коллегіальнаго учрежденія, должна падать на всѣхъ тѣхъ членовъ коллегіи, благодаря дѣйствіямъ или улуценіямъ которыхъ коллегія, какъ учрежденіе, причинила кому либо убытокъ.

II. Отвѣтственность членовъ коллегій помимо вопроса о томъ, кто именно отвѣчаетъ, выдвигаетъ еще и вопросъ, въ какой мѣрѣ кто отвѣчаетъ.

Отдѣльныя законодательства отвѣчаютъ на этотъ вопросъ весьма различно.

Вообще, по этому вопросу можно прослѣдить три системы:

1. Члены коллегіи отвѣчаютъ каждый за себя.
2. Каждый за себя, и въ случаѣ несостоятельности одного изъ нихъ его доля разверстывается между остальными.
3. Отвѣчаютъ какъ солидарные должники. При этомъ въ иныхъ случаяхъ допускается право регресса заплатившихъ къ остальнымъ, въ другихъ случаяхъ такого регресса не допускаютъ.

Первая система господствуетъ въ законодательствѣ большинства швейцарскихъ кантоновъ: въ Унтервальденѣ Надъ Лѣсомъ, въ Бернѣ, въ Базель-Земскомъ, въ Золотурнѣ и въ Шафгаузенѣ ²⁾.

Вторая система есть система нѣкоторыхъ кантоновъ Швейцаріи, какъ напр. Цюриха, Цуга и Тургау ³⁾.

Третья система есть система прусскаго *Allgemeines Landrecht* ⁴⁾, и вообще система, господствующая въ современномъ законодательствѣ ⁵⁾.

¹⁾ Что вина члена коллегіи можетъ заключаться именно въ томъ, что онъ полагался на другихъ ея членовъ и самъ уклонялся отъ личнаго участія въ тѣхъ или другихъ дѣлахъ, данной коллегіи порученныхъ, признано въ приговорѣ Уг. Касс. Д-та Пр. Сената 25 апр. 1889 г. по дѣлу члена королевской городской управы Перцова.

²⁾ Гезеръ, стр. 132.

³⁾ Гезеръ, стр. 133.

⁴⁾ *Allgemeines Landrecht* II, 10, § 128.—Ср. *De r n b u r g*, *Preussisches Privatrecht*, томъ II, стр. 924.

⁵⁾ Объяснительная записка къ проекту Гражданскаго Уложенія, томъ V: стр. 513.—Нѣсколько иначе поставлена отвѣтственность совинныхъ чиновниковъ въ англійскомъ правѣ. Тамъ она носитъ скорѣе коррелятивный характеръ, судебное рѣшеніе, состоявшееся противъ одного изъ отвѣтчиковъ, выборъ которыхъ вообще предоставленъ усмотрѣнію потерпѣвшаго, независимо отъ того, послѣдовать ли платежъ или нѣтъ, погашаетъ искъ и по отношенію къ другимъ. Честеръ, стр. 162—163.

Наименѣе резонною изъ этихъ трехъ системъ является вторая, согласно которой каждый членъ коллегіи отвѣчаетъ за себя лично, и лишь въ случаѣ несостоятельности одного какого либо члена коллегіи его доля отвѣтственности разверстывается между остальными членами.

Субсидіарная отвѣтственность является вполне обоснованною во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда мы имѣемъ отношеніе поручительства одного человѣка за другого или какое нибудь аналогичное отношеніе, въ виду котораго одинъ человѣкъ отвѣчаетъ за другого, въ свою очередь несущаго отвѣтственность за себя самого.

Но ни одинъ членъ коллегіи не можетъ отвѣчать за всякаго, кого только начальству заблагоразсудится назначить членомъ въ данное присутствіе.

Но еслибы отвѣтственность однихъ членовъ за другихъ имѣла какое либо основаніе, то въ такомъ случаѣ субсидіарная отвѣтственность являлась бы несомнѣнною несправедливостію по отношенію къ потерпѣвшему: съ какой же стати заставлятъ потерпѣвшаго сначала предъявлять искъ порознь къ каждому члену и только въ случаѣ неудачи взысканія съ какого либо члена предъявлять требованіе объ уплатѣ его части къ остальнымъ членамъ?

Что касается солидарной отвѣтственности членовъ коллегіальныхъ учреждений, то въ большинствѣ законодательствъ она получилась благодаря тому, что въ нихъ въ видѣ общаго правила принято то положеніе, что если дѣяніе, причинившее вредъ, совершено нѣсколькими лицами, то всѣ они отвѣчаютъ, какъ солидарные должники¹⁾. По отношенію къ должностнымъ лицамъ признано было излишнимъ вводить какія либо спеціальныя правила отвѣтственности, и на нихъ просто распространили общія постановленія.

На такомъ основаніи солидарная отвѣтственность должностныхъ лицъ существуетъ въ саксонскомъ гражданскомъ уложеніи, въ германскомъ гражданскомъ уложеніи, въ законахъ Фрейбурга и Невшателя, а также въ проектѣ русскаго Гражданскаго Уложенія.

Распространяя на должностныхъ лицъ тѣ же правила солидарной отвѣтственности, какія установлены для частныхъ лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, нѣкоторыя законодательства считаютъ нужнымъ какъ бы извиниться за то, что ими не устанавливается для чиновниковъ еще болѣе широкаго примѣненія солидарности.

Такъ напр. Мотивы къ германскому гражд. ул. говорятъ²⁾, что

¹⁾ По словамъ „Объясненій“ къ проекту V книги Гражданскаго Уложенія (томъ V, стр. 513), „всѣ иностранныя законодательства устанавливаютъ совокупную отвѣтственность лицъ, участвовавшихъ въ совмѣстномъ причиненіи вреда“.

²⁾ Томъ II, стр. 826.

они не могутъ признать, чтобы существовала потребность въ томъ, чтобы въ случаѣ причиненія убытковъ коллегією въ интересахъ потерпѣвшаго были установлены какія либо правила, облегчающія возмездіе убытковъ сравнительно съ тѣмъ порядкомъ, который установленъ общимъ закономъ, такъ какъ подобнаго рода облегченіе для потерпѣвшаго создало бы извѣстныя невыгоды для невиновныхъ членовъ.

Законы кантоновъ Ваадта, Валлиса и Тессина говорятъ, что солидарность отвѣтственности должностныхъ лицъ существуетъ не въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ какой установленъ общими законами ¹⁾.

Но даже еслибы солидарная отвѣтственность лицъ, совместно совершившихъ какое либо дѣяніе, причинившее вредъ и убытки, представлялась вполне справедливою и согласною съ потребностями гражданскаго оборота, то откуда же видно, что тѣ же правила могутъ и должны примѣняться къ должностнымъ лицамъ вообще, къ членамъ коллегіи въ частности.

Каждое частное лицо дѣйствуетъ всецѣло на свой страхъ и не имѣетъ права требовать, чтобы кто либо другой предостерегалъ его отъ ошибокъ. Поэтому каждое частное лицо обязано отвѣчать за весь вредъ, причиненный его виною, хотя бы на размѣрѣ этого вреда отразилась еще и вина третьяго лица.

Совершенно иначе обстоитъ дѣло при нарушеніи чьихъ либо правъ постановленіемъ коллегиальнаго учрежденія. Тамъ правильное разрѣшеніе вопроса было возложено не на каждаго члена въ отдѣльности, а именно на коллегію, ибо признается, что одно лицо правильно разрѣшить его не можетъ. Поэтому неправильное постановленіе ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть вмѣнено въ вину всецѣло одному какому либо члену, а слѣдовательно на одного члена не можетъ быть возложена и денежная отвѣтственность за убытки, причиненные этимъ постановленіемъ, хотя бы и въ видѣ солидарной отвѣтственности за всѣхъ, ибо солидарная отвѣтственность мыслима лишь тамъ, гдѣ на каждаго изъ отвѣтчиковъ падаетъ вина и отвѣтственность въ цѣломъ.

Итакъ, члены коллегиальныхъ учреждений не должны быть связаны ни солидарною, ни субсидіарною другъ за друга отвѣтственностью: каждый долженъ нести отвѣтственность за себя по мѣрѣ своей вины.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это положеніе приводитъ къ вполне определеннымъ практическимъ выводамъ; напр. когда неправильность постановленія коллегіи обуславливается единственно упущеніями или сознательными неправильностями члена-докладчика. Но когда коллегія дѣйствуетъ, какъ цѣлое, опредѣлить мѣру вины и отвѣтствен-

¹⁾ Гаееръ, стр. 135.

ности каждого члена является почти невозможнымъ. Однако нѣкоторыя правила можно установить и въ этомъ случаѣ.

Прежде всего очевидно, что если съ самымъ фактомъ отсутствія даннаго члена не состоитъ въ причинной связи та неправильность въ дѣйствіяхъ коллегіи, которая является основаніемъ иска объ убыткахъ,—что напр. бываетъ въ томъ случаѣ, если изъ за незаконной неявки одного члена не могло состояться засѣданіе коллегіи, и потому къ ней предъявленъ искъ объ убыткахъ, причиненныхъ ея медленностью,—то отсутствующіе члены не могутъ отвѣчать за убытки, причиненные постановленіемъ, принятымъ безъ нихъ.

Во вторыхъ, всѣ члены, при голосованіи и обсужденіи дѣла оставшіеся при особомъ мнѣніи и съ этою оговоркою подписавшіе журналъ, какъ исполнившіе все, въ чемъ нормально могло выразиться ихъ противодѣйствіе неправильному постановленію присутствія, должны быть признаны не отвѣчающими за убытки, причиненные этимъ постановленіемъ ¹⁾.

Затѣмъ возникаетъ еще болѣе сложный вопросъ,—какъ должна быть распредѣлена сумма вознагражденія между отдѣльными отвѣчающими членами коллегіи.

Несомнѣнно, что фактическое вліяніе отдѣльныхъ членовъ коллегіи на состоявшееся постановленіе далеко не всегда одно и то же: есть члены, не могущіе и рта раскрыть. Фактически одни члены могутъ быть главными виновниками, другіе являются лишь слѣпными орудіями въ рукахъ первыхъ.

Но если членъ присутствія Иванъ Ивановичъ полагается на мнѣніе своего сосѣда справа, то дѣлаетъ это на свой страхъ, и ни въ чьихъ глазахъ это не можетъ служить ему оправданіемъ.

Всѣ члены присутствія, какъ должностныя лица, въ равной мѣрѣ вообще являются отвѣтственными за свои должностныя дѣйствія, слѣ-

¹⁾ Одинъ фактъ неподписанія журнала, безъ заявки особаго мнѣнія, кажется намъ самъ по себѣ еще недостаточнымъ для сложенія отвѣтственности. Изъ того, что данное лицо не подписало журналъ, еще не видно, протестуетъ ли оно противъ состоявшагося постановленія, или же, присоединившись къ нему, не подписало журнала по недостатку времени, или по какимъ либо другимъ основаніямъ, не имѣющимъ отношенія къ существу дѣла. Къ тому же членъ коллегіи, не протестовавшій противъ неправильнаго рѣшенія, постановленнаго въ его присутствіи, и не отговаривавшій отъ него другихъ членовъ, а лишь воздержавшійся отъ подписанія журнала, не можетъ быть признанъ исполнившимъ свой долгъ. Въ этомъ существенное различіе между членомъ коллегіи и директоромъ департамента, который не обязанъ помогать тому, чтобы рѣшеніе министра было правильно по его, директора, мнѣнію. Заявленію особаго мнѣнія во всякомъ случаѣ надо придать значеніе условія, слагающаго отвѣтственность, ибо надо же установить для члена коллегіи какую либо форму сложенія съ себя отвѣтственности за рѣшеніе, которому онъ не сочувствуетъ, но гомѣшать которому онъ юридически не въ силахъ.

довательно всѣ они въ равной мѣрѣ являются отвѣтственными и за каждое данное состоявшееся постановленіе присутствія.

Поэтому отвѣтственность за убытки, причиненные неправильнымъ постановленіемъ коллегіальнаго присутствія, должны быть распредѣлены поровну между членами коллегіи. Юридически такой выводъ, самъ по себѣ взятый, является вполне обоснованнымъ. Но въ пользу его можно привести еще и то соображеніе, что принципъ равной отвѣтственности примѣняется въ большинствѣ законодательствъ и по отношенію ко всѣмъ вообще лицамъ, совмѣстно кому либо причинившимъ убытокъ, если по обстоятельствамъ дѣла нельзя опредѣлить, въ какой именно мѣрѣ убытокъ этотъ обязанъ своимъ возникновеніемъ каждому изъ виновниковъ порознь.

Коль скоро мы пришли къ тому выводу, что каждое должностное лицо, хотя бы и входящее въ составъ коллегіальнаго присутствія, должно отвѣчать только за свою долю вины, и не можетъ быть привлекаемымъ ни въ качествѣ солидарнаго, ни въ качествѣ субсидіарнаго отвѣтчика за другого члена коллегіи, то для насъ вопросъ о томъ, въ какихъ случаяхъ и при какихъ условіяхъ членъ коллегіи, уплатившій за другого, имѣетъ право обратнаго требованія къ тому, утрачиваетъ свой интересъ.

Однако, въ виду распространенности круговой и субсидіарной отвѣтственности, а также въ виду того, что проектомъ Гражданскаго Уложенія ее предположено ввести и у насъ ¹⁾, мы считаемъ нужнымъ нѣсколько остановиться на правѣ регресса.

Прусскій Landrecht ²⁾, наши Узаконенія губ. Прибалтійскихъ ³⁾ и нѣкоторыя другія законодательства ⁴⁾, придерживаясь началъ римскаго права ⁵⁾, предоставляютъ право обратнаго требованія тѣмъ, на комъ лежитъ вина неосторожная, и отказываютъ въ этомъ правѣ тѣмъ, кто самъ дѣйствовалъ умышленно.

Германское гражд. уложеніе ⁶⁾ этого различія не проводитъ, равно предоставляя каждому уплатившему за другого право регресса къ тому.

Наконецъ нѣкоторыя законодательства, какъ напр. Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ⁷⁾, предоставляютъ усмотрѣнію

¹⁾ Проектъ V книги Гражд. Улож., ст. 1076.

²⁾ А. Л. II, 10, § 136, 137; I, 6 § 33 и 34.

³⁾ Сводъ Узак. губ. Прибалт., ч. III, ст. 3349.

⁴⁾ Напр. кантональныя законодательства Шафгаузена, Тургау, Цуга, Унтервальдена Надъ Лѣсомъ, С.-Галлева.—См. Гезеръ, стр. 138.

⁵⁾ Cp. l. 1, § 13 Dig. de tut. et red. 27, 3. „Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones; constitutum est... utilem actionem tutori adversus contutorem dandam“. Тамъ же, § 14. „Si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit“.

⁶⁾ BGB. § 426.—Ср. Деліусъ, стр. 40.

⁷⁾ § 60, ч. 2.

суда въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ разрѣшать или не разрѣшать уплатившему регрессъ къ его сододжникамъ. Примѣру этого закона слѣдуетъ и нашъ проектъ Гражданскаго Уложения ¹⁾).

Предоставленіе какого либо вопроса на усмотрѣніе суда даже еще и безъ того, чтобы суду были даны закономъ какія либо руководящія указанія, какъ пользоваться этимъ усмотрѣніемъ, не можетъ считаться законодательнымъ разрѣшеніемъ вопроса. Самое существенное,—это, что такой пріемъ законодательства оставляетъ неудовлетворенною ту самую потребность, ради которой законы и существуютъ: законъ призванъ установить опредѣленность правъ. Права, опредѣленные и не совсѣмъ правильно, все таки болѣе соотвѣтствуютъ потребностямъ гражданскаго оборота и общежитія, чѣмъ права, вовсе не опредѣленные и предоставленные въ своемъ объемѣ и въ самомъ своемъ существованіи чьему то усмотрѣнію. Затѣмъ, предоставленіе какого либо права всецѣло на усмотрѣніе суда самымъ кореннымъ образомъ противорѣчитъ не только существу права и закона, но и существу суда: судъ не творитъ правъ изъ ничего, онъ только признаетъ право, уже существующее. Наконецъ, подобное разрѣшеніе вопроса противорѣчитъ самымъ основнымъ задачамъ сколько нибудь здоровой политики: законъ долженъ предупреждать возникновеніе споровъ, долженъ стремиться къ тому, чтобы обыватели могли сами точно и ясно разбираться въ возникающихъ между ними отношеніяхъ, и чтобы къ суду нужно было прибѣгать только въ крайнихъ случаяхъ; предоставленіе же какого либо вопроса всецѣло на усмотрѣніе суда можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ только то, что самимъ обывателямъ ихъ собственныя права становятся неизвѣстными; два самыхъ добросовѣстныхъ человѣка не въ состояніи безъ помощи суда разобраться въ своихъ отношеніяхъ и опредѣлить, кто изъ нихъ на что имѣетъ по закону право.

Поэтому ничѣмъ не ограниченное усмотрѣніе суда, вообще врядъ ли допустимое въ интересахъ твердости правопорядка, не можетъ имѣть мѣста и въ вопросѣ о правѣ регресса одного изъ солидарныхъ должниковъ, уплатившаго доли, причитающіяся на его содебиторовъ.

Что касается принципа римскаго права, разрѣшавшаго регрессъ тому, на кого падаетъ неосторожная вина, и отказывавшаго въ этомъ правѣ тому, на какомъ лежитъ вина умышленная, то и этотъ принципъ врядъ ли можетъ быть признанъ въ достаточной мѣрѣ резоннымъ, хотя онъ какъ будто относится болѣе сурово именно къ тѣмъ, кто и заслуживаетъ суроваго отношенія, и болѣе мягко къ тѣмъ, кто менѣе виноватъ.

¹⁾ Ст. 1076, ч. 2.

Обязанность возмѣстить убытки есть кара, и подѣ часть кара очень тяжелая, нерѣдко значительно болѣе тяжелая, чѣмъ уголовное наказаніе, полагающееся за то умышленное дѣяніе, которымъ причинены убытки.

Мы съ кѣмъ нибудь вдвоемъ испортили въ чѣмъ нибудь имѣніи какія либо канавы и тѣмъ причинили убытковъ рублей на 200. Насъ привлекли къ суду, и мировой насъ приговорилъ по статьѣ 152 Уст. о Нак. къ штрафу въ наивышемъ размѣрѣ, т. е. по 25 р. каждого, и къ уплатѣ убытковъ. Потерпѣвшій цѣликомъ взыскалъ эти убытки съ моего сообщника. Получилось, что тотъ уплатилъ 225 р., а я всего 25. За что такое неравенство? Почему не предоставить моему сообщнику взыскать съ меня половину уплаченныхъ имъ за насъ обоихъ убытковъ, если мы съ нимъ ихъ причинили вмѣстѣ? Положимъ, что *malitii non est indulgendum*, и что поэтому законъ не считаетъ нужнымъ приходить на помощь тому, кто уплатилъ убытки, имъ, хотя и не однимъ, но умышленно причиненные. Но за что же законъ меня выгораживаетъ: я вѣдь тоже виноватъ въ умышленномъ причиненіи убытковъ.

Поэтому намъ представляется вполне правильнымъ, что германское гражд. улож. отказалось отъ этого римскаго принципа и не дѣлаетъ относительно допустимости регресса никакого различія между неосторожными и умышленными виновниками въ причиненіи вреда.

Мы предпочли бы впрочемъ нѣкоторое среднее положеніе между римскимъ и новымъ германскимъ принципомъ: намъ кажется, что можно было бы отказывать умышленнымъ виновникамъ въ регрессѣ къ неосторожнымъ, предоставивъ умышленнымъ считаться лишь между собою.

III. Дѣйствующее русское законодательство не содержитъ никакихъ специальныхъ правилъ по вопросу объ отвѣтственности членовъ коллегій. Поэтому къ нимъ по необходимости придется примѣнять общія правила объ отвѣтственности, установленныя для частныхъ лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ между собою.

Если убытки причинены дѣйствіями преступными, то къ членамъ коллегіи слѣдуетъ примѣнять общія правила объ отвѣтственности соучастниковъ преступления ¹⁾).

Вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ дѣянія непроступнаго въ дѣйствующемъ законѣ не предусмотрѣнъ и относительно частныхъ лицъ. И тутъ суду приходится руководиться общимъ постановленіемъ, что каждый долженъ вознаградить тѣ убытки, которые имъ причинены (ст. 684 Зак. Гражд.). Ни одна изъ этихъ статей солидарной отвѣтственности членовъ коллегіи не устанавливаетъ, не устанавливаетъ и отвѣтственности, вытекающей изъ самой принадлежно-

¹⁾ Ст. 648—650 Зак. Гражд.—Ср. выше, стр. 476—477.

сти къ коллегіи, постановившей неправильное рѣшеніе, или вообще какими бы то ни было своими дѣйствіями причинившей убытки.

Такимъ образомъ, по нашему законодательству отвѣтственность можетъ падать только на виновныхъ членовъ коллегіи.

При этомъ по общему правилу нашего законодательства не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что всякій изъ соучастниковъ отвѣчаетъ только за то именно, что имъ самимъ содѣяно. Затрудненіе возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если по обстоятельствамъ дѣла нельзя опредѣлить, какая мѣра вреда падаетъ на долю дѣйствій каждаго изъ соучастниковъ.

Мы не представляемъ себѣ, какимъ образомъ изъ умолчанія закона по этому вопросу практически можно выйти иначе, какъ равномернымъ разложеніемъ отвѣтственности между всѣми соучастниками.

На дѣлѣ вопросъ объ опредѣленіи этой мѣры обыкновенно представляетъ громадныя практическія трудности, выходить изъ которыхъ нерѣдко приходится чисто искусственнымъ путемъ.

Какъ на довольно любопытный примѣръ того, какъ приходится суду выкручиваться при опредѣленіи степени участія отдѣльных лицъ въ причиненіи тѣхъ или другихъ убытковъ, на дѣлѣ причиненныхъ ими совмѣстно, намъ кажется небезинтереснымъ указать на приговоръ Угол. Касс. Д-та Пр. Сената отъ 10 ноября 1887 г.

Въ этомъ дѣлѣ личный составъ Хорольскаго мирового съѣзда обвинялся въ томъ, что несмотря на двукратное опредѣленіе Харьковской судебной палаты о выдачѣ повѣренному Ж. свидѣтельства на веденіе чужихъ дѣлъ, съѣздъ подъ разными не основанными на законѣ предлогами уклонялся отъ исполненія этого обязательнаго для него постановленія палаты. Повѣренный Ж. предъявилъ ко всѣмъ мировымъ судьямъ, преданнымъ суду по этому дѣлу, искъ объ убыткахъ, понесенныхъ имъ отъ невыдачи ему свидѣтельства. Сенатъ, опредѣливъ сумму этихъ убытковъ въ 480 р., призналъ, что „сумма эта должна быть распределена между признанными виновными мировыми судьями сообразно тому, сколько разъ каждый изъ нихъ и когда участвовалъ въ составленіи опредѣленій, которыми отказывалось Ж-у въ возобновеніи ему свидѣтельства на 1883 г.“. При этомъ палата признала, что „время, за которое могутъ быть присуждены Ж-у убытки, слѣдуетъ опредѣлить съ 23 іюля, когда постановлено было первое опредѣленіе объ отказѣ въ возобновеніи свидѣтельства Ж-у вопреки предписанія судебной палаты о выдачѣ ему такового, по 1 января 1884 г.“. На этомъ основаніи палата присудила съ 4-хъ судей, постановившихъ опредѣленіе 23 іюля, по 36 р. съ каждаго, съ тѣхъ же 4-хъ лицъ и съ мирового судьи Б., постановившихъ опредѣленіе 18 сентября, по 30 р. съ каждаго, съ двухъ мировыхъ судей, подписавшихъ опредѣленіе 13 ноября, по 30 р. съ каждаго, и съ трехъ изъ тѣхъ же

судей, постановившихъ опредѣленіе 6 декабря, по 20 р. съ cadaго. Сенатъ нашелъ, что это распредѣленіе убытковъ не заключаетъ въ себѣ какого либо нарушенія закона, и оставилъ его въ силѣ, хотя Ж. и жаловался на него, доказывая, что убытки должны были быть присуждены со всѣхъ обвиняемыхъ въ равныхъ частяхъ за круговую порукою¹⁾).

Въ дѣйствующемъ русскомъ законодательствѣ имѣется одно постановленіе, крайне любопытное по своему стремленію учесть разное значеніе совинныхъ чиновниковъ и разное значеніе для нихъ того же штрафа: взысканіе разлагается между нѣсколькими виновными чиновниками „не въ равной части, но по мѣрѣ получаемого ими жалованія“²⁾).

Въ настоящее время, надо думать, эти постановленія носятъ совершенно специальный характеръ, и врядъ ли ихъ можно примѣнять въ какихъ либо случаяхъ, кромѣ точно подходящихъ подъ ст. 614 Зак. Суд. Гр. или ст. 384 Общ. Уст. Счетн.. Но Сенатъ, по крайней мѣрѣ прежде, не держался этого взгляда и, ссылаясь на ст. 62 Ул. о Нак. изд. 1845 г.³⁾, присуждалъ чиновниковъ къ гражданской отвѣтственности, распредѣляя ее пропорціонально жалованію cadaго и мотивируя это, помимо ссылки на ст. 62, тѣмъ, что „каждый долженъ нести отвѣтственность по мѣрѣ своей служебной дѣятельности“⁴⁾).

§ 4. Отвѣтственность начальника за дѣйствія своихъ подчиненныхъ.

Вопросъ объ отвѣтственности начальниковъ за вредъ, причиненный дѣйствіями ихъ подчиненныхъ, представляется сравнительно простымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда и на начальникѣ, и на подчиненномъ лежатъ самостоятельныя вины, въ результатѣ производящія данный вредоносный эффектъ: подчиненный растратилъ деньги, а начальство никогда не производило требующихся закономъ ревизій. Подчиненный отвѣчаетъ за растрату, начальство за такое упущеніе по службѣ, которое имѣло важныя послѣдствія.

Но самыя отношенія подчиненнаго и начальства, отношенія сами по себѣ предполагающія обязанность надзора за подчиненнымъ, а обыкновенно и обязанность выбора его и назначенія на должность, наталкиваютъ на мысль о возможности того, чтобы при обсужденіи отвѣтственности начальства законъ исходилъ изъ презумируемой вины

¹⁾ Приговоры Уголовнаго Кассационнаго Департамента Прав. Сената 1885—1889, стр. 64—75.

²⁾ Ст. 384 Общ. Уст. Счетн. изд. 1857 г.; ст. 614 Зак. Суд. Гражд., изд. 1892 г.; ст. 17—20 прил. къ ст. 105 Уст. Векс., изд. 1893 г.

³⁾ Точно соответствующую ст. 59, изд. 1885 г.

⁴⁾ Сборникъ 1864 г. Опредѣленіе 30 ноября 1860 г., т. I, стр. 941.—Буквально тѣ же слова повторены Сенатомъ въ опредѣленіи 8 февраля 1862 г. (стр. 1008 того же тома).

начальника и устанавливалъ его отвѣтственность, напр. подобно тому, какъ во французскомъ правѣ господа и вѣрители отвѣтствуютъ за слугъ и повѣренныхъ. Въ пользу установленія именно этого основанія отвѣтственности начальства говоритъ то соображеніе, что требовать формальнаго доказательства формальной вины начальства столь же несправедливо, какъ и требовать доказательства формальной вины хозяина; и начальникъ по службѣ, и хозяинъ торговаго предприятия имѣютъ возможность вліять на дѣятельность своихъ подчиненныхъ и слугъ столькими закулисными неувидимыми способами, что требованіе прямого доказательства вины начальника, какъ и требованіе формальнаго доказательства вины хозяина торговаго предприятия, въ весьма многихъ случаяхъ приводило бы къ безотвѣтственности дѣйствительнаго виновника.

Римское право, устанавливавшее въ весьма широкихъ размѣрахъ отвѣтственность начальства, виновнаго въ упущеніи по надзору за подчиненными, устанавливало въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣтственность начальства, хотя бы на него никакой вины и не падало ¹⁾.

Германская юридическая литература вѣка до XVIII-го держалась того мнѣнія, что потерпѣвшій не обязанъ доказывать вину начальства (фюрста) въ недосмотрѣ за чиновникомъ: самый фактъ неправильныхъ дѣйствій этого послѣдняго доказываетъ недостатокъ надзора или упущеніе въ выборѣ чиновника ²⁾.

Прусскій Ландрехтъ все еще допускалъ отвѣтственность начальства и безъ прямой его вины ³⁾. Изъ сравнительно болѣе позднихъ писателей, склонныхъ къ этой точкѣ зрѣнія, можно указать на Р. ф. Моля ⁴⁾.

Но законодательство ⁵⁾ послѣдняго времени, а въ тѣхъ государствахъ, гдѣ сохранили силу старыя законы, судебная практика ⁶⁾, отступили отъ этой отвѣтственности начальства за его предполагаемую вину и признаютъ отвѣтственность начальника только тамъ, гдѣ есть прямая его вина, т. е., другими словами, отвѣтственность начальника стали основывать не на винѣ его подчиненныхъ, но лишь на его собственной. Начальникъ теперь признается отвѣтственнымъ

¹⁾ Ленингъ, стр. 25.

²⁾ Цахаріэ, стр. 594 и слѣд.

³⁾ Allg. L. R. II, 10 § 89 (см. выше, стр. 434 вын. 1) ставилъ такія широкія условія отвѣтственности чиновниковъ вообще, что начальство, не предупредившее проступка его подчиненнаго, всегда можно было привлечь къ отвѣтственности.

⁴⁾ Mohl. System der Präventiv-Justiz. 1834, стр. 551, вын. 1.

⁵⁾ Ср. напр. Гезеръ, стр. 110.—Во французскомъ правѣ, гдѣ вообще отвѣтственность должностныхъ лицъ ставится въ крайне узкіе предѣлы, вопроса о начальственныхъ отношеніяхъ, какъ о самостоятельномъ юридическомъ основаніи отвѣтственности, повидимому никогда и не возникло.

⁶⁾ Voghna k. Preussisches Staatsrecht, томъ II. 1889, стр. 43.

не за своего подчиненнаго, совершившаго то или иное правонарушение, а только за себя, за то, что онъ самъ совершилъ такое упущеніе, благодаря которому могла произойти та или другая неправильность.

Такое суженіе основаній отвѣтственности начальника на ряду съ постояннымъ расширеніемъ въ гражданскомъ правѣ отвѣтственности за другихъ можетъ показаться чѣмъ-то страннымъ. Но странность эта только кажущаяся. Если отвѣтственность за презумируемую вину хозяина предпріятія все расширяется, то на это имѣются основанія, которыхъ въ отношеніяхъ подчиненнаго и начальства не найти и слѣда.

Хозяинъ промышленнаго предпріятія организываетъ его по своему усмотрѣнію, начальникъ казеннаго учрежденія связанъ закономъ. Хозяинъ предпріятія въ выборѣ служащихъ безусловно свободенъ, начальникъ въ значительной мѣрѣ связанъ, быть можетъ, даже не столько закономъ, сколько установившимися нравами, требующими известной прочности служебнаго положенія правительственнаго чиновника и тамъ, гдѣ административные чиновники еще не пользуются несмѣняемостью. Самое главное: та или другая организація промышленнаго предпріятія дается ему его хозяиномъ въ своихъ личныхъ материальныхъ выгодахъ: начальникъ казеннаго учрежденія никакой выгоды изъ того или другого устройства этого учрежденія не извлекаетъ, а если и извлекаетъ, то долженъ за это отвѣтить, какъ за самостоятельное преступленіе. Наконецъ, возложеніе отвѣтственности на хозяина промышленнаго предпріятія имѣетъ за себя всѣ экономическія соображенія разложенія вреда, тогда какъ именно съ экономической точки зрѣнія отвѣтственность служебнаго начальства, какъ такового, ничѣмъ не можетъ быть оправдана.

На довольно своеобразную точку зрѣнія по этому вопросу стало германское гражданское уложеніе. Оно останавливается главнымъ образомъ на отвѣтственности чиновниковъ за тѣхъ ихъ представителей и помощниковъ, которымъ они поручили исполненіе лежащихъ на нихъ самихъ обязанностей ¹⁾, и по этимъ дѣламъ распространяетъ на должностныхъ лицъ общія свои правила объ отвѣтственности господъ и вѣрителей за слугъ и повѣренныхъ, т. е. истецъ не обязанъ доказывать неправильности дѣйствій давшаго порученіе, но тотъ можетъ сложить съ себя отвѣтственность, доказавъ, что онъ принялъ всѣ предосторожности, признаваемые необходимыми въ обычной жизни,

¹⁾ При томъ условіи, что самое это порученіе состоялось въ законномъ порядкѣ. Случай порученія съ нарушеніемъ порядка службы германскимъ гр. улож. не предусмотрѣвъ, и напр. въ Пруссіи по этому вопросу сохранили силу постановленія Ландрехта, по которымъ дѣйствія такого незаконнаго помощника юридически ничтожны, а давшій такое порученіе отвѣчаетъ солидарно съ исполнившимъ его за всякій отъ того произшедшій вредъ. Allg. L. R. I, 13, §§ 41 и 42.—Ср. Kautz und Appelius. Preussisches Kommunalbeamtenrecht. 1900, стр. 257.

или что вредъ наступилъ бы и при томъ условіи, что эти предосторожности были бы приняты ¹⁾).

Распространяя это общее постановленіе и на должностныхъ лицъ, германское гражданское уложеніе повидимому имѣло въ виду главнымъ образомъ нотаріусовъ, судебныхъ приставовъ и другихъ чиновниковъ этого рода, имѣющихъ на ихъ личной службѣ состоящихъ помощниковъ. Но для этихъ чиновниковъ рассматриваемое постановленіе можетъ быть признано недостаточнымъ и слишкомъ мягкимъ, а по отношенію къ обывателю несправедливымъ. Эти недостатки рассматриваемаго постановленія обуславливаются тѣмъ, что оно распространяетъ на чиновниковъ правило, установленное для частныхъ лицъ, и слагаетъ съ чиновниковъ отвѣтственность, если они докажутъ, что примѣнили къ дѣлу обычную осторожность. Но та осторожность, которая можетъ быть признана достаточною въ оборотѣ, im Verkehr, ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть признана достаточною для чиновника, которому государство ввѣрило существенные матерьяльные интересы обывателей, да еще при томъ условіи, если чиновникъ, напр., нотаріусъ, заинтересованъ въ томъ, чтобы забрать возможно большее число дѣлъ, поручивъ ихъ возможно дешевле оплачиваемымъ помощникамъ.

Поэтому вполне естественно, что отдѣльныя государства, какъ напр. Баварія, не удовлетворились этимъ постановленіемъ и добились того, что въ законѣ о введеніи въ дѣйствіе герм. гражд. уложенія имъ предоставлено право устанавливать для своихъ чиновниковъ болѣе строгую отвѣтственность, чѣмъ какая установлена герм. гражд. улож. ²⁾.

Что же касается административныхъ чиновниковъ общаго типа и судей, то по отношенію къ нимъ рассматриваемое постановленіе явно несправедливо. Неужели директоръ департамента можетъ отвѣчать за всякую ошибку вице-директора, подписавшаго бумагу „за директора“? Неужели предсѣдатель суда можетъ отвѣчать за убытки, причиненные дѣйствіями члена суда, предсѣдательствующаго въ судебномъ засѣданіи? Порученіе чиновникомъ тѣхъ или другихъ дѣлъ своему не имъ самимъ выбираемому и указанному въ законѣ помощнику по существу дѣла представляется чѣмъ то совершенно инымъ, чѣмъ порученіе мастеровымъ исполненія принятаго заказа своему подмастерью. И подчинять эти отношенія столь разныхъ категорій однимъ и тѣмъ же правиламъ значитъ совершать явную несообразность ³⁾.

¹⁾ BGB, § 831.—Ср. Планкъ, томъ II, стр. 639.

²⁾ EGz. BGB, § 78. Ср. Планкъ, томъ VI, стр. 163. Относительно государствъ, воспользовавшихся этимъ разрѣшеніемъ, см. тамъ же, стр. 164.

³⁾ Быть можетъ, практика и устранить дѣйствіе этой статьи по отношенію къ закономъ указаннымъ замѣстителямъ должностныхъ лицъ. Но самый текстъ этихъ статей для подобнаго ограниченія ихъ дѣйствія прямого основанія не даетъ.

Иначе вопросъ поставленъ въ англійскомъ правѣ. Тамъ изъ того общаго положенія, что каждый, въ томъ числѣ и начальство, можетъ отвѣчать только за свою вину, имѣются два исключенія, въ практическомъ отношеніи представляющія весьма существенное значеніе. Во первыхъ, лица, на которыхъ по закону возложено исполненіе королевскихъ приказовъ, а также рѣшеній высшихъ судовъ и судовъ графства, шерифы и высшіе байли, на дѣлѣ никогда лично этихъ порученій не исполняютъ, но возлагаютъ ихъ на своихъ помощниковъ. За всѣ дѣйствія этихъ своихъ подчиненныхъ шерифы и высшіе байли отвѣчаютъ, независимо отъ того, была ли данная неправильность совершена по ихъ указанію, или нѣтъ ¹⁾.

Другимъ крупнымъ исключеніемъ изъ начала отвѣтственности лишь за личную вину является въ англійскомъ правѣ отвѣтственность органовъ мѣстнаго управленія. Каждое лицо, назначившее другого для того, чтобы оно замѣняло его въ тѣхъ или другихъ дѣйствіяхъ, отвѣчаетъ за тѣ убытки, которые причинить это второе лицо дѣйствуя во исполненіе возложенныхъ на него обязанностей ²⁾.

Что касается дѣйствующаго русскаго права, то по общему правилу начальство отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, если само виновно въ какомъ либо упущеніи, являющемся причиною понесенныхъ убытковъ, и такимъ образомъ отвѣчаетъ за свою вину, а не за чиновниковъ,—своихъ подчиненныхъ ³⁾.

Но по редакціи соотвѣствующихъ статей закона, въ которыхъ особо оговаривается, что напр. лица, назначавшія виновныхъ въ должности, не подвергаются отвѣтственности за причиненные тѣми убытки, „если не участвовали въ противозаконныхъ ихъ дѣйствіяхъ и не были обязаны къ непосредственному за ними надзору“, можно заключить, что первоначально, если не по закону, то по дѣйствовавшей практикѣ отвѣтственность за неправильныя дѣйствія подчиненныхъ падала и на ихъ начальство.

Въ одномъ только случаѣ сохранилась отвѣтственность чиновниковъ, непосредственно не виновныхъ въ растратѣ, и то отвѣтственность лишь передъ казною: это ст. 483 Ул. о Нак., предусматривающая растрату приходо-расходчикомъ суммъ, слѣдовавшихъ въ раздачу жалованія чиновникамъ и на канцелярскіе расходы. Согласно второй части этой статьи, „присутствующіе и канцелярскіе чиновники, избравшіе ихъ въ сію должность, тамъ гдѣ сіе установлено, обязаны отвѣтствовать за тѣ въ сихъ суммахъ недостатки, которыхъ нельзя будетъ взыскать съ приходорасходчиковъ“. Но мы сомнѣваемся, чтобы

¹⁾ Честеръ, стр. 158 и 157.

²⁾ Честеръ, стр. 160—161.

³⁾ Ср., между прочимъ, Св. Зак., изд. 1832 г., т. XV ст. 261 и 296.—Улож. о Нак. Угол. и Испр. 1845 г., ст. 389, 435—440.—Улож. о Нак., изд. 1885 г., ст. 360, 404—409.—Св. Зак., т. II, ч. I, Общ. Учр. Губ., ст. 578.

статья эта въ настоящее время гдѣ либо могла имѣть примѣненіе: врядь ли гдѣ нибудь теперь „присутствующіе“ и канцелярскіе чиновники совмѣстно избирають приходорасходчиковъ. Постановленіе это имѣеть повидимому характеръ безвреднаго пережитка.

§ 5. *Ответственность подчиненнаго, приведшаго въ исполненіе незаконный приказъ начальника.*

I. Пока подчиненный повиновался обязательному для него приказу начальства, отвѣтственность на подчиненнаго падать не можетъ.

Такимъ образомъ, вопросъ объ отвѣтственности подчиненнаго сводится къ вопросу, при всякихъ ли условіяхъ незаконный приказъ начальника для него обязательнъ, а если не при всякихъ, то при какихъ именно.

Эти вопросы принадлежать къ труднѣйшимъ вопросамъ государственнаго права, и до сихъ поръ нельзя сказать, чтобы наукѣ удалось удовлетворительно отвѣтить на нихъ, въ особенности на второй.

Разсмотримъ тѣ отвѣты, которые предлагались до сихъ поръ.

1. Въ XVII и въ XVIII вѣкѣ, т. е. въ эпоху абсолютнаго полицейскаго государства, въ наукѣ господствовала теорія безусловнаго повиновенія чиновниковъ приказу начальства, законному или нѣтъ ¹⁾.

2. Съ развитіемъ чувства законности авторитетъ начальства, которому ранѣ приносился въ жертву законъ, долженъ былъ уступить авторитету закона. Нѣмцы начали говорить, что чиновникъ *ist weder Slav noch Maschine*, и что его нельзя заставлять дѣлать то, что для него очевидно противозаконно. Поэтому германскіе писатели ²⁾ начали утверждать, что чиновникамъ необходимо предоставить право подвергать получаемые ими отъ начальства приказы критикѣ съ точки зрѣнія ихъ матерьяльной и формальной законности.

Но такъ какъ очевидно, что послѣдовательное проведеніе этой точки зрѣнія перевернуло бы вверхъ ногами всю государственную машину, предоставивъ окончательный рѣшающій голосъ низшимъ органамъ, которые по своему разумѣнію исполняли бы распоряженія высшихъ государственныхъ властей или признавали ихъ незаконными, то остановились ³⁾ на нѣкоторомъ практическомъ компромисѣ: чиновникъ, получивъ приказаніе отъ начальства, долженъ удостовѣриться въ

¹⁾ О представителяхъ этой теоріи см. F. W. Freund. Die Verantwortlichkeit der Beamten въ Archiv für öffentliches Recht, 1886 г., стр. 117—118.

²⁾ О нихъ см. Freund, тамъ-же, стр. 118—119.—Ср. Н. С. Таганцевъ. Русское уголовное право, СПб. 1902 г., стр. 505—506.

³⁾ Первымъ по времени представителемъ этой теоріи нѣмцы считаютъ S. I. M. Seuffert. Von dem Verhältnisse des Staates und der Diener des Staates Würzb. 1793.—Ср. Freund, тамъ-же, стр. 121.

законности его, и если находить его незаконнымъ, то долженъ представить о томъ начальству, безстрашно, но скромно. Если начальство подтверждаетъ свое распоряженіе, то подчиненный, далѣе уже не разсуждая, долженъ его исполнить; въ такомъ случаѣ отвѣтственность ложится всецѣло на начальство, а подчиненному остается *gloria obsequii* ¹⁾.

Временемъ наибольшаго авторитета этой теоріи въ наукѣ права надо считать начало XIX вѣка ²⁾. Въ пользу этой такъ называемой теоріи ремонстраціи повидимому не мало говорило и то соображеніе, что въ то время по неорганизованности порядка обжалованія незаконныхъ административныхъ мѣръ, по отсутствію свободы печати и организованнаго общественнаго мнѣнія, по отсутствію конституціонныхъ учрежденій, единственный оплотъ народа противъ злоупотребленій администраціи могли видѣть лишь въ самой администраціи ³⁾; низшіе органы власти въ силу предоставленнаго имъ права (а слѣдовательно и обязанности) провѣрять законность получаемыхъ ими распоряженій начальства могли бы при случаѣ и остановить исполненіе какой либо незаконной мѣры, которая иначе была бы осуществлена.

Эта теорія ремонстраціи проникла и въ германскія законодательства, и въ нѣкоторыхъ государствахъ законы, устанавливающіе право представленія начальству о незаконности полученныхъ отъ него служебныхъ приказовъ, не отмѣнены и по настоящее время ⁴⁾.

Въ русскомъ законодательствѣ эта теорія ремонстрацій появилась ранѣе, чѣмъ въ Германіи. Повидимому она заимствована нами изъ Швеціи. Отличіе нашей теоріи ремонстрацій, какъ она выразилась въ нашемъ законодательствѣ, начиная съ Генеральнаго Регламента ⁵⁾,

¹⁾ См. Freund, тамъ же, стр. 122.—Теорія эта находила сторонниковъ и въ старой французской литературѣ, вообще столь мало отзывчивой къ германскимъ ученіямъ. Ср. Dalloz. Répertoire de législation, томъ XXIV, стр. 735.

²⁾ Ср. Freund, тамъ же, стр. 121—124.—Laband. Staatsrecht des Deutschen Reichs I. 1895 г., стр. 419, и приведенныя у него литературныя указанія, стр. 419, вып. 1.

³⁾ Ср. по этому поводу мысли, съ замѣчательною ясностью и силою развитыя Троицкимъ въ его извѣстной запискѣ о коллегіальномъ управленіи, напечатанной въ III томѣ сборника Русскаго Истор. Общества.

⁴⁾ Саксонія, Вюртембергъ, Липпе-Шаумбургъ, Саксенъ-Альтенбургъ.—Ср. Meyer. Deutsches Saatsrecht. 1895. Стр. 450, вып. 9.—Gaurp. Staatsrecht des Königreichs Württemberg.

⁵⁾ 28 февраля 1720 года, П. С. З. № 3534, гл. II. „ . . . буде же Сенать о какомъ дѣлѣ что повелить, а коллегіумъ усмотрить, что то Его Величества указамъ и высокому интересу противно, то Государственному коллегіуму не должно того вскорѣ исполнять, но имѣть въ Сенать о томъ письменное предложеніе учинить. И ежели Сенать, не взирая на оное, при прежнемъ своемъ опредѣленіи пребудеть, то Сенать въ томъ отвѣтъ дать повиненъ, а коллегіумъ по письменному указу Сената исполнить, а потомъ Его Царскому Величеству донести“.

отъ германскаго типа той же теоріи состоитъ въ томъ, что у насъ подчиненному предоставлено право провѣрять не только законность распоряженія, но и соотвѣтствіе его пользѣ службы, т. е. и цѣлесообразность распоряженія.

Этотъ же принципъ проводится и въ постановленіяхъ дѣйствующаго Свода Законовъ, говорящихъ о правѣ и обязанности чиновниковъ и присутственныхъ мѣстъ представлять начальству о неправильности полученныхъ ими распоряженій ¹⁾.

За послѣднюю четверть вѣка эта теорія ремонстрацій, на сколько намъ извѣстно, уже не встрѣчаетъ сторонниковъ въ юридической литературѣ, по крайней мѣрѣ въ германской. Оно и понятно: и теоретическая несостоятельность, и практическая наивность этой теоріи очевидны.

Прежде всего, подчиненіе высшихъ государственныхъ учрежденій контролю низшихъ исполнительныхъ органовъ ставитъ вверхъ ногами весь государственный механизмъ ²⁾. Контроль, наблюденіе, руководство должны принадлежать высшимъ органамъ, и въ этомъ отношеніи перемѣна ихъ ролями съ низшими органами не оправдывалась бы никакими реальными потребностями государственнаго управленія. Неужели въ томъ случаѣ, если по жалобѣ моей на губернское по квартирному налогу присутствіе состоится постановленіе министра финансовъ, опредѣляющее размѣръ причитающагося съ меня налога въ 25 руб., это постановленіе должно подвергнуться дальнѣйшей провѣркѣ того окологочнаго, которому будетъ поручено произвести съ меня взисканіе налога, съ тѣмъ, что если по мнѣнію окологочнаго постановленіе министра неправильно, и съ меня причитается лишь 21 р., то окологочный отъ себя долженъ войти съ представленіемъ о томъ, что министромъ сумма налога опредѣлена неправильно, и если министръ, не уступая окологочному, настаиваетъ на своемъ рѣшеніи, то окологочный долженъ свое пререканіе съ министромъ представить на усмотрѣніе Правит. Сената?

Легкость хода государственной машины во всякомъ случаѣ не выиграла бы, еслибы эта процедура, требуемая теоріей ремонстрацій, сколько нибудь часто примѣнялась.

¹⁾ Ст. 77 и 78 Зак. Основн., ст. 190, 191, 237 и 257 Учр. Мин., ст. 76 178 и 473 Общ. Учр. Губ. и ст. 712 Уст. Сл. Прав. (изданія 1896 г.). Постановленія эти редактиврованы очень казуистично: ими устанавливаются правила только на случаи полученія незаконныхъ или нецѣлесообразныхъ распоряженій министровъ. При этомъ по повторному указу Сената подчиненное мѣсто обязано чинить „безмолвное и непремѣнное исполненіе“, а въ случаѣ незаконнаго (или по ст. 473 Общ. Учр. Губ., и нецѣлесообразнаго) распоряженія министра, подчиненное начальство не обязано чинить исполненія и по повторному предписанію, но обязано представить дѣло на разрѣшеніе въ Правит. Сенатъ.

²⁾ Ср. L a b a n d. Staatsrecht des Deutschen Reichs. 1896 г., стр. 420.

Если же смотрѣть на дѣло не съ точки зрѣнія быстроты работы, а съ точки зрѣнія интересовъ законности, то надо признать, что напр. не въ надзорѣ полицейскихъ урядниковъ надъ законностью распоряженій губернаторовъ надо видѣть необходимую гарантію населенія отъ произвольныхъ дѣйствій губернаторской власти ¹⁾.

Но наибольшія возраженія теоріи ремонстрацій вызываетъ именно съ той точки зрѣнія, съ которой къ этой теоріи пришли: съ точки зрѣнія того, при какихъ условіяхъ приказъ начальства обязательнъ для подчиненнаго, при какихъ нѣтъ. По этой теоріи выходитъ, что первому приказу начальства подчиненный обязанъ подчиниться, если этотъ приказъ матерьяльно и формально правиленъ, а второму приказу во всякомъ случаѣ обязанъ чинить безмолвное и непремѣнное исполненіе ²⁾. Но если подчиненный по закону не имѣетъ права совершить данное дѣйствіе, то не можетъ совершить его и по повторному приказу: начальникъ отдѣленія не имѣетъ права требовать отъ столоначальниковъ, чтобы они ходили по присутственной комнатѣ, прыгая на одной ногѣ, не можетъ этого требовать ни по приказу директора департамента, сказанному одинъ разъ, ни по приказу, повторенному 22 раза.

Въ основѣ теоріи ремонстрацій лежатъ два положенія, оба неправильныя: первое, что подчиненному всегда принадлежитъ право провѣрки формальной и матерьяльной правильности полученнаго приказа, и второе, что при извѣстныхъ условіяхъ (при повтореніи) приказъ начальства для подчиненнаго безусловно обязательнъ. Второе изъ этихъ положеній является пережиткомъ прежней эпохи пассивнаго повиновенія; но въ настоящее время признается, что вообще никто не обязанъ, хотя бы и по чьему либо повторному приказу, совершать явныя преступленія. Первое положеніе является обратной крайностью теоріи пассивнаго повиновенія: прежде признавалось, что подчиненный обязанъ безусловнымъ повиновеніемъ и вовсе не имѣетъ права критиковать правильность полученнаго приказа; теорія ремонстрацій исходитъ изъ того, что всегда предоставляетъ подчиненному неограниченное право провѣрки матерьяльной и формальной правильности распоряженія начальства. Примирялись эти два положенія, исходящія изъ столь противоположныхъ точекъ зрѣнія, проведеніемъ логически и юридически несостоятельнаго различія между первымъ и вторымъ приказомъ.

3. Неправильность предоставленія подчиненному безграничнаго права провѣрки матерьяльной правильности дѣйствій и распоряженій начальства, а равно и юридическая безразличность перваго и второго

¹⁾ Ср. по этому поводу цитированную выше записку Трошинскаго, стр. 44.

²⁾ Ср. L a b a n d, названное выше сочиненіе, стр. 419.

приказа начальства, привели къ тому, что въ настоящее время теорія ремонстрацій уступила мѣсто другой теоріи, не вполне удачно называемой теоріею формальной правильности приказа, которая почти безраздѣльно господствуетъ въ настоящее время и въ наукѣ права и въ положительныхъ законодательствахъ¹⁾.

Согласно этой теоріи, какъ она формулирована Л а б а н д о м ъ, получившій приказъ долженъ убѣдиться въ томъ, что приказъ 1, состоялся въ установленной закономъ формѣ, 2, что давшій приказъ является компетентною на то властью, и 3, что получившій приказъ имѣетъ право совершить тѣ дѣйствія, которыхъ отъ него требуютъ.

Первый пунктъ ясенъ самъ по себѣ, хотя надо сказать, что для приказовъ начальства законъ сплошь да рядомъ никакихъ формальныхъ требованій не устанавливаетъ: приказъ зачастую можетъ быть данъ и устно. Но если законъ требуетъ опредѣленной формы, то она должна быть на лицо.

Второе условіе обязательности приказа толкуется сторонниками этой теоріи въ томъ смыслѣ, что получившій приказъ не долженъ убѣждаться въ компетентности начальства примѣнительно къ условіямъ даннаго конкретнаго дѣла, но что достаточно, если данное начальство является вообще, *im Allgemeinen, in abstracto*, компетентнымъ для данныхъ приказовъ²⁾.

Что касается третьяго условія, а именно, чтобы получившій приказъ имѣлъ право исполнить тѣ дѣйствія, которыхъ отъ него требуютъ, то и тутъ требуется не то, чтобы въ примѣненіи къ обстоятельствамъ даннаго конкретнаго дѣла предписанное ему дѣйствіе являлось законнымъ и правильнымъ, но чтобы получившій приказъ вообще, *im Allgemeinen, in abstracto*, имѣлъ право совершать данныя дѣйствія³⁾.

Эти два послѣдніе пункта по русски могли бы быть формулированы такъ: данное дѣйствіе по *роду* своему должно быть таково, чтобы приказавшій вообще могъ его предписать данному лицу, а то могло его исполнить³⁾.

¹⁾ Laband, названное выше сочиненіе, стр. 420—423.—F r e u n d въ Archiv für öffentliches Recht. 1886. Стр. 124—145.—G. M e y e r. Deutsches Staatsrecht. 1895. Стр. 450.—O. M a y e r. Deutsches Verwaltungsrecht. 1896. Стр. 236—239.—M. S e y d e l. Bayerisches Staatsrecht, III. 1886. Стр. 392.—А. Д. Градовскій. Начало Русскаго Государственнаго права. II. 1887. Стр. 99—101.—Н. С. Таганцевъ. Русское уголовное право. 1902. Стр. 507—510.—Клевицъ, стр. 63—64.—Гезеръ стр. 45.—A r n d t. Staatsrecht des deutschen Reichs, стр. 647.—Теорію эту проводить и французская судебно-административная практика.—C r. Guérin. La responsabilité civile des fonctionnaires. 1895. Стр. 244—246.—Но надо сказать, что во Франціи до сихъ поръ имѣетъ авторитетнѣйшихъ сторонниковъ и теорія безусловнаго, пассивнаго подчиненія приказу начальства.—C r. O r i u, стр. 365 и приведенныя у него ссылки.

²⁾ Laband, тамъ же.

³⁾ C r. Уст. Гр. Суд. ст. 584, п. 1.

Эта теорія легла въ основаніе русскихъ и германскихъ законовъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ въ томъ смыслѣ, что ни германское уголовное уложеніе, ни Уложеніе о Наказаніяхъ въ своихъ постановленіяхъ по этому вопросу объ обязанности чиновниковъ обращаться къ начальству съ ремонстраціями по поводу полученныхъ незаконныхъ приказовъ не упоминаютъ, и въ Германіи и въ Россіи чиновникъ подлежитъ отвѣтственности, если совершить что либо явно преступное хотя бы и по повторному требованію власти, и, наоборотъ, не подлежитъ наказанію, если онъ и безъ ремонстраціи просто не приведетъ въ исполненіе приказъ, предписывающій ему совершить что либо, чего онъ совершать несомнѣнно права не имѣетъ.

Такимъ образомъ для германскаго права, а также и для нашего, ставится вопросъ, какое значеніе имѣютъ въ настоящее время неотмѣненные постановленія закона, предписывающія чиновникамъ входить съ ремонстраціями въ случаѣ полученія приказа, признаваемого ими неправильнымъ.

Въ настоящее время большинство писателей, излагая право и тѣхъ государствъ, гдѣ постановленія о ремонстраціяхъ ни прямо, ни косвенно не отмѣнены и сейчасъ, объ этихъ постановленіяхъ вовсе и не упоминаютъ, или же вообще считаютъ ихъ утратившими силу ¹⁾.

Такое разрѣшеніе вопроса врядъ ли правильно. Постановленія нашего Свода Законовъ о представленіи по начальству о неправильныхъ его приказахъ и соотвѣтствующія постановленія германскихъ (саксонскихъ, вюртембергскихъ) законовъ не отмѣнены ни прямо, ни косвенно. Вообще силу закона они сохранили. Измѣнилась не законная сила ихъ, а ихъ значеніе въ системѣ права.

Прежде эти постановленія имѣли значеніе постановленій, устанавливавшихъ руководящее начало при опредѣленіи условій обязательности приказа. Теперь это руководящее начало опредѣляется законами, исходящими изъ теоріи формальной правильности приказа. Обязанность представлять начальству о замѣченной незаконности его распоряженій осталась, но она получила характеръ самостоятельной обязанности, могущей иногда предупредить приведеніе въ исполненіе незаконной мѣры. Вопросъ объ отвѣтственности чиновника собственно за исполненіе или неисполненіе даннаго приказа не зависитъ

¹⁾ Таковы: по русскому праву Градовскій и Таганцевъ. По прусскому праву K. V. Stengel. Das Staatsrecht des Königreichs Preussen. 1893. Стр. 146 (въ противоположность старымъ писателямъ, какъ Rönne, Staatsrecht der Preussischen Monarchie, томъ II, 1883, стр. 428, или H. Schulze. Das Preussische Staatsrecht, I, 1888, стр. 326, которые считали дѣйствующимъ правомъ въ Пруссіи теорію ремонстраціи).—По саксонскому праву Leuthold, Staatsrecht des Königreichs Sachsen. 1884. Стр. 250 (ср. G. Meyer. Deutsches Staatsrecht. 1895. Стр. 450, вын. 9).

отъ того, входилъ ли онъ съ представленіемъ по начальству, какъ отъ этого теперь не зависитъ и отвѣтственность начальства, даваго незаконный приказъ. Но для оцѣнки служебной ревности чиновника существенно, воспользовался ли онъ для предупрежденія исполненія незаконной мѣры тѣмъ средствомъ, которое было въ его распоряженіи ¹⁾.

Теорія формальной правильности приказа получила особенно ясное выраженіе въ нашемъ Уголовномъ Уложеніи 22 марта 1903 г. Но та формулировка, которую эта теорія получила въ уголовномъ уложеніи, нѣсколько отличается отъ той формулировки, которую ей даютъ нѣмецкіе ученые.

Согласно ст. 44 Уг. Ул., „не почитается преступнымъ... дѣяніе, учиненное во исполненіе приказа по службѣ, даннаго подлежащею властью, въ предѣлахъ ея вѣдомства, съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ, если приказъ не предписывалъ явно преступнаго“. Если слова „подлежащею властью“ и „въ предѣлахъ ея вѣдомства“ не считать плеоназмомъ (всякая власть въ предѣлахъ ея вѣдомства является подлежащею властью), то эти два выраженія могутъ быть поняты только въ томъ смыслѣ, что власть, дающая предписанія, должна, во первыхъ, быть вообще компетентною властью, распоряженіе должно состояться въ предѣлахъ ея вѣдомства, а во вторыхъ, это должна быть власть, являющаяся подлежащею по отношенію къ данному чиновнику, т. е. такая власть, которая вообще можетъ обращаться къ нему со своими приказами. Этотъ второй моментъ является весьма существеннымъ и правильно подмѣченнымъ моментомъ, обыкновенно отсутствующимъ въ формулахъ германскихъ государственныхиковъ.

Но на ряду съ этимъ формула Уголовнаго Уложенія имѣетъ и одинъ существенный недостатокъ; въ ней указывается на то, что данное распоряженіе должно быть въ предѣлахъ власти, дѣлающей это распоряженіе, но не указано, что предписанное дѣйствіе должно входить по роду своему и въ компетенцію того, кто его будетъ исполнять.

Практически эта недомолвка можетъ имѣть существенное значеніе: мировой судья приказываетъ своему сторожу при камерѣ арестовать приговореннаго къ тюремному наказанію за кражу. Приказъ дается подлежащею по отношенію къ сторожу властью, властью компетентною постановлять приговоры о тюремномъ заключеніи за воровство; приказъ можетъ быть облеченъ въ установленную форму; отводъ въ тюрьму человѣка, по отношенію къ которому состоялся вошедшій

¹⁾ Повидимому той же точки зрѣнія держался Gerber. Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865. Стр. 111, вын. 6.—G a u p p, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1895, стр. 145, считаетъ, что неотмѣненные постановленія о ремонстраціи въ значительной степени парализованы новѣйшими законами.—F r e u n d въ Archiv für öffentliches Recht, 1886, стр. 143—144, считаетъ ихъ вовсе утратившими силу.

въ законную силу приговоръ о заключеніи его въ тюрьму, ничего „явно преступнаго“ не представляетъ. Тѣмъ не менѣе въ виду ст. 191 Уст. Уг. Суд., требующей, чтобы отводъ въ тюрьму совершался полиціей, этотъ приказъ судьи не можетъ быть исполненъ сторожемъ при камерѣ. По формулѣ же Угол. Улож. этотъ приказъ судьи является для сторожа обязательнымъ.

Быть можетъ, съ точки зрѣнія уголовного правосудія формула Уголовнаго Уложенія въ этомъ отношеніи является правильною, и въ виду того, что мировой судья вообще можетъ давать распоряженія объ арестѣ преступниковъ, сторожа и можно освободить отъ наказанія. Но такъ какъ сторожъ при камерѣ вообще никогда ни при какихъ условіяхъ приводить въ исполненіе уголовные приговоры не можетъ, то и его надо признать дѣйствующимъ незаконно, и потому, пока гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ существуетъ, освобождать его отъ нея нѣтъ основанія.

4. Противъ этой формальной теоріи въ германской литературѣ выступилъ Otto Mayer. Онъ находитъ, что въ ней сохраняется старое противорѣчіе: приказъ начальства признается для подчиненнаго обязательнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ подчиненному приписывается право провѣрки законности приказа, если не во всѣхъ отношеніяхъ, какъ то было при старой теоріи ремонстрацій, то хотя бы по вопросу о компетентности начальства. Но если распоряженіе начальника критикъ подчиненнаго не подлежитъ, то оно не подлежитъ ей и по вопросу о предѣлахъ компетенціи этого начальника.

Изъ этого противорѣчія O. Mayerъ думаетъ выйти посредствомъ понятія „должностной самостоятельности“.—Самостоятельность очевидно существуетъ у судей; ею несомнѣнно обладаютъ и органы самоуправленія. Но извѣстная самостоятельность есть и у обыкновенныхъ исполнительныхъ чиновниковъ: по вопросу о соблюденіи ими предписанныхъ имъ закономъ формъ ихъ дѣятельности. Такимъ образомъ мѣркою обязательности приказа является не провѣрка подчиненнымъ компетенціи и законности дѣйствій начальства, но лишь самоопредѣленіе подчиненнаго въ вопросѣ о его собственномъ служебномъ долгѣ. И если чиновникъ не исполнилъ законнаго приказа, то при опредѣленіи его отвѣтственности это можетъ быть принято въ расчетъ только въ томъ смыслѣ, что вниманіе чиновника было обращено на лежащую на немъ по закону обязанность; но отвѣтственность чиновника создается нарушеніемъ не приказа, а лежащаго по закону на самомъ чиновникѣ служебнаго долга, къ степени обязанности котораго приказъ начальства ничего прибавить не можетъ ¹⁾.

Въ этой теоріи O. Mayerа цѣнно выдвинутое имъ понятіе „должностной самостоятельности“, совершенно упущенное изъ виду преж-

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 1895, I, стр. 239—241.

ними теоріями. Но и теорія Майера принята быть не можетъ, такъ какъ прежде всего она не указываетъ, въ чемъ именно состоитъ „должностная самостоятельность“, и когда она имѣется на лицо. Во вторыхъ, О. Майеръ повторяетъ ту ошибку старой теоріи, что стремится дать единую мѣрку обязательности для всѣхъ вообще приказовъ: старая теорія не замѣчала того факта, что иногда и административные чиновники могутъ самостоятельно рѣшать тѣ или другіе вопросы. О. Майеръ какъ то не замѣчаетъ, что не всегда чиновникъ самостоятельно опредѣляетъ свой служебный долгъ, и что существуетъ рядъ приказовъ, которые въ предѣлахъ закона или возлагаютъ на чиновника, или слагаютъ съ него цѣлый рядъ обязанностей.

5. Какъ намъ кажется, рассматриваемый вопросъ можетъ быть разрѣшенъ на основаніи слѣдующихъ соображеній: если по закону данное дѣло предоставлено разрѣшенію даннаго органа, то постановленное имъ рѣшеніе имѣетъ обязательную силу для всѣхъ властей въ государствѣ, кромѣ имѣющихъ право въ порядкѣ надзора или въ порядкѣ инстанцій это рѣшеніе отмѣнить или измѣнить. Въмѣстѣ съ тѣмъ только этотъ органъ и отвѣчаетъ за правильность постановленнаго имъ рѣшенія.

Обязательность даннаго рѣшенія для всѣхъ властей въ государствѣ, въ томъ числѣ и для властей, іерархически данной подчиненныхъ, не находится въ зависимости отъ правильности положеннаго въ основаніе этого рѣшенія толкованія закона или отъ вѣрности оцѣнки фактическихъ обстоятельствъ дѣла. Надо только, чтобы данное дѣло по роду своему подлежало разрѣшенію данной власти, и чтобы постановленное ею рѣшеніе по роду своему относилось къ тѣмъ рѣшеніямъ, которыя данная власть имѣетъ право постановлять.

Если по жалобѣ на мѣстныя учрежденія министръ финансовъ опредѣлитъ сумму слѣдующаго съ меня квартирнаго налога въ 30 р., то и для окологочнаго, производящаго съ меня взыскаііе налога, и для суда, распредѣляющаго между моими кредиторами взыскаііую съ меня сумму, эта цифра непрекаема, хотя бы и было очевидно, что съ меня по закону слѣдуетъ не 30 р., а всего 21 р.¹⁾

За правильность рѣшенія даннаго дѣла отвѣчаетъ тотъ органъ власти, которому законъ это рѣшеніе поручаетъ, тотъ органъ, который компетентенъ въ дѣлахъ даннаго рода, но отнюдь не его подчиненные, получающіе приказъ привести въ исполненіе постановленное рѣшеніе.

Полученный приказъ подобнаго рода, съ сообщеніемъ о постановленномъ начальствомъ рѣшеніи, для подчиненнаго обязательнъ въ томъ смыслѣ, что его правильность не подлежитъ критикѣ под-

¹⁾ Конечно, пока рѣшеніе министра не отмѣнено Сенатомъ по жалобѣ моей ли, или моего законнаго представителя.

чиненнаго ни съ точки зрѣнія его цѣлесообразности, ни съ точки зрѣнія его законности, если только этотъ приказъ касается дѣла, по роду своему входящаго въ компетенцію начальства. Но законность приказа именно съ точки зрѣнія его компетентности несомнѣнно подлежить провѣркѣ подчиненнаго ¹⁾).

Что же касается тѣхъ дѣлъ, разрѣшеніе которыхъ по закону предоставлено подчиненному органу, то и въ нихъ возможность обязательныхъ для подчиненнаго приказовъ начальства не устранена. Она вытекаетъ изъ самого существа служебной іерархіи, цѣль и смыслъ которой въ томъ и состоятъ, чтобы въ предѣлахъ закона направлять и объединять дѣятельность чиновниковъ. Въ этомъ отношеніи надо различать чиновника, подчиненнаго іерархической власти начальства, и обывателя, въ этомъ подчиненіи не состоящаго. Для обывателя требованіе органа власти обязательно лишь постольку, поскольку конкретно оно основано на законѣ ²⁾. Что же касается чиновниковъ, то по общему правилу приказы начальства для нихъ обязательны. Основаніемъ обязательности являются не отдѣльные законы, но общая подчиненность чиновника начальству въ дѣлахъ службы ³⁾.

Но такъ какъ чиновникъ подчиненъ не только начальству, но и закону, и при томъ закону, опредѣляющему порядокъ его дѣйствій, подчиненъ больше, чѣмъ начальству, то приказъ начальства можетъ быть обязателенъ для чиновника только, поскольку онъ не противорѣчитъ этому закону.

Такимъ образомъ, надо различать, во первыхъ, приказы, въ ко-

¹⁾ Это есть въ сущности точка зрѣнія англійскаго права, слагающаго съ исполнителя отвѣтственность только въ томъ случаѣ, если издавшій приказъ былъ дѣйствительно компетентенъ издать его, и такимъ образомъ по вопросу о компетентности начальника возлагающаго на подчиненнаго неограниченное право провѣрки; но провѣрка эта касается лишь компетентности, но не правильности по существу.—Ср. Честеръ, стр. 159—160.

²⁾ Въ томъ же положеніи, что и обыватели, находятся и исключенные изъ іерархическаго подчиненія общей администраціи органы самоуправленія. Одна изъ неправильностей аргументаціи О. Майера состоитъ въ смѣшеніи органовъ самоуправленія и исполнительныхъ чиновниковъ: онъ обоимъ приписываетъ одинакій родъ должностной самостоятельности.

³⁾ Аналогичный взглядъ проведенъ въ приговорѣ Уг. Касс. Д-та Прав. Сената отъ 4 февраля 1892 г. по дѣлу кн. Андроникова. Сенатъ, исходя изъ ст. 393 Улож. о Нак., нашель: „Законъ освобождаетъ подчиненнаго отъ отвѣтственности за неисполненіе требованія его начальства лишь при доказанности, что начальство требовало отъ подчиненнаго дѣйствія, совершеніе котораго прямо воспрещено закономъ; въ же этого случая всякое сдѣланное чиновнику по дѣламъ его службы начальствомъ его требованіе. . . должно быть безусловно исполнено. . . Отсюда слѣдуетъ, что подчиненному лицу законъ не предоставляетъ входить въ обсужденіе правильности или неправильности предъявленнаго къ нему начальствомъ и не заключающаго въ себѣ чего либо явно преступнаго или воспрещеннаго закономъ требованія“.

торыхъ подчиненному сообщается для исполненія рѣшеніе, постановленное начальствомъ по предмету, закономъ предоставленному рѣшенію этого начальства, — и во вторыхъ, указы подчиненному, содержащіе въ себѣ указы, какъ этому подчиненному дѣйствовать въ вопросахъ, предоставленныхъ по закону его разрѣшенію.

Къ приказамъ перваго рода примѣнны тѣ положенія, которыя теоріей формальной правильности приказовъ предлагаются въ видѣ общаго правила; они могутъ быть формулированы такъ: рѣшеніе начальства обязательно, если состоялось по дѣлу, которое по роду своему вообще входитъ въ его компетенцію, и если постановленное рѣшеніе таково, что рѣшенія этого рода вообще могутъ постановляться даннымъ начальствомъ. Но ни съ точки зрѣнія своей цѣлесообразности, ни съ точки зрѣнія правильности толкованія закона, положеннаго въ основаніе этого рѣшенія, рѣшеніе начальства провѣркѣ со стороны подчиненнаго не подлежитъ.

Приказы втораго рода, — о томъ, какъ дѣйствовать подчиненному въ вопросахъ, по закону предоставленныхъ его разрѣшенію, — обязательны только при условіи своего непротиворѣчія закону, и потому съ точки зрѣнія законности ихъ они подлежатъ критикѣ подчиненнаго ¹⁾. Въ томъ же, въ чемъ они закону не противны, указы эти для подчиненнаго обязательны.

II. Если мы, примѣняя къ данному дѣлу изложенныя выше мѣрки, признаемъ, что подчиненный имѣлъ право не исполнить того незаконнаго указа начальства, исполненіемъ котораго онъ причинилъ кому либо убытки, то виновными въ этихъ убыткахъ слѣдуетъ считать обоихъ, и подчиненнаго, и начальника.

Ихъ можно было бы разсматривать, какъ соотвѣтчиковъ и примѣнять къ нимъ общія правила объ отвѣтственности совиновниковъ, т. е. по русскому праву признавать ихъ отвѣтственными по-ровну, а по большинству иностранныхъ законодательствъ отвѣтственными солидарно.

Но такое разрѣшеніе было бы слишкомъ прямолинейно. „Не-

¹⁾ Сторонники теоріи формальной правильности приказовъ нерѣдко говорятъ, что указы начальства не обязательны, если противорѣчатъ ясному смыслу закона (G. Meyer, Deutsches Staatsrecht. 1895 г., стр. 450. — Leuthold, Staatsrecht des Königreichs Sachsen. 1884 г., стр. 250. — Ср. Угол. Улож. ст. 44). Но въ примѣненіи къ приказамъ перваго рода это предоставляло бы подчиненнымъ слишкомъ широкія полномочія (ср. приведенный выше примѣръ съ постановленіемъ министра финансовъ о квартирномъ налогѣ. Ср. также M. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, III, 1886 г., стр. 392, вын. 2); что же касается указаній начальства, какъ подчиненному поступить въ дѣлѣ, рѣшеніе котораго по закону ему предоставлено, то указы утрачиваютъ свою силу не только при явномъ, но и при всякомъ противорѣчій съ закономъ: въ своихъ дѣйствіяхъ чиновникъ долженъ руководиться прежде всего закономъ.

согласно съ природою, чтобы подчиненный противопоставилъ законъ своему начальнику, отъ котораго зависитъ все его счастье и несчастье“¹⁾). Интеллектуальнымъ виновникомъ, производящимъ на своего соучастника несомнѣнное психическое давленіе и своею начальническою властью, и своимъ должностнымъ авторитетомъ, является начальникъ.

Поэтому намъ кажется, что, по человечеству, самыя элементарныя требованія справедливости заставляютъ отнестись къ подчиненному мягче, чѣмъ къ начальнику, и не позволяютъ возлагать на обоихъ ту же степень отвѣтственности.

Вовсе освободить подчиненнаго отъ отвѣтственности въ то время, какъ на немъ лежитъ извѣстная вина, конечно нѣтъ основанія, пока вообще существуетъ отвѣтственность должностныхъ лицъ передъ обывателями. Но отвѣчать подчиненный долженъ во всякомъ случаѣ не наравнѣ съ начальникомъ.

Намъ казалось бы, что приемлемымъ практическимъ разрѣшеніемъ этого вопроса было бы возложеніе отвѣтственности въ первую голову на начальника, давшаго незаконный приказъ, и возложеніе субсидарной отвѣтственности во вторую голову, въ томъ, чего съ начальника взыскать нельзя будетъ, на подчиненнаго, незаконно подчинившагося этому приказу.

§ 6. Вина потерпѣвшаго.

Вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ (и казны) въ тѣхъ случаяхъ, когда въ причиненномъ обывателю вредѣ оказывается отчасти виновнымъ и онъ самъ, есть прежде всего частный случай того общаго вопроса гражданскаго права, какъ распредѣлять отвѣтственность въ случаѣ, если потерпѣвшій является совиновнымъ въ причиненномъ ему третьимъ лицомъ вредѣ.

И очевидно, что по скольку право даннаго государства даетъ тотъ или другой отвѣтъ²⁾ на этотъ общій вопросъ, отвѣтъ этотъ долженъ примѣняться и къ случаямъ отвѣтственности казны или должностныхъ лицъ.

Но если по вопросу о вліяніи вины потерпѣвшаго на распредѣленіе отвѣтственности между нимъ съ одной стороны и казною или

¹⁾ Упомянутая выше записка Трошинскаго стр. 44.

²⁾ Отвѣты эти довольно разнообразны: иногда вредъ распредѣляется поровну, иногда онъ ложится на ту или другую сторону въ зависимости отъ того, на комъ лежитъ неосторожная, на комъ умышленная вина, иногда опредѣленіе размѣра отвѣтственности предоставляется усмотрѣнію суда... См. обзоръ постановленийъ дѣйствующихъ законодательствъ по этому вопросу въ Объясненіяхъ къ Проекту V Книги Гражданскаго Уложенія. Томъ V, стр. 527—528.— Ср. Сурда. Томъ I, стр. 523 и сл.

должностнымъ лицомъ съ другой (по сколько казна или чиновникъ вообще могутъ быть признаны отвѣчающими передъ обывателемъ) могутъ быть примѣняемы общія положенія права, то по вопросу, что именно должно быть признано виною потерпѣвшаго, въ этой области государственнаго права нельзя ограничиваться тѣмъ, что выработано гражданскимъ правомъ для взаимныхъ отношеній обывателей между собою.

Каждое неправильное дѣйствіе органа власти по общему правилу отмѣнимо высшею властью. Если взысканіе убытковъ обыкновенно есть единственное средство, которымъ мы располагаемъ, чтобы заставить другое частное лицо сдѣлать то или другое, или чего либо не дѣлать, то по отношенію къ должностному лицу или казнѣ взысканіе убытковъ, именно въ виду возможности обжалованія и отмѣны неправильнаго распоряженія, носить характеръ не нормальной мѣры, но мѣры исключительной, чрезвычайной, допустимой по своему карательному свойству лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе болѣе мирныхъ мѣръ оказывается невозможнымъ. Необжалованіе потерпѣвшимъ того распоряженія, которое ему причинило вредъ, можетъ и должно разсматриваться, какъ собственная вина этого потерпѣвшаго, конечно въ томъ случаѣ, если по обстоятельствамъ дѣла наступленіе вреда могло быть предупреждено, или наступившій вредъ могъ быть возмѣщенъ въ случаѣ своевременнаго принесенія жалобы.

Этотъ принципъ можетъ считаться общепризнаннымъ въ наукѣ права ¹⁾. Нашему законодательству онъ чуждъ. Онъ не только не установленъ никакимъ прямымъ постановленіемъ закона, но и находится въ непримиримомъ противорѣчій, напр., съ постановленіями дѣйствующихъ законовъ о срокахъ на предъявленіе исковъ къ должностнымъ лицамъ: сроки эти таковы, что фактически не допускаютъ обжалованія распоряженія, грозя въ случаѣ подачи жалобы потерей права на искъ ²⁾.

Проектъ Гражданскаго Уложенія вводитъ требованіе предварительнаго обжалованія и, какъ намъ кажется, вводитъ его въ формѣ, никакихъ существенныхъ возраженій противъ себя не вызывающей ³⁾.

У нѣкоторыхъ криминалистовъ, разсматривающихъ вопросъ объ

¹⁾ Ср. Гезеръ, стр. 111—113.—Деліусъ, стр. 44—50.—Клевицъ стр. 42—49.—Ср. герм. гражд. улож., ст. 839 п. 3.—Планкъ, томъ II, стр. 639.—*Degnburg, Bürgerliches Recht*, т. II, ч. 1 (1901 г.), стр. 638.

²⁾ Какъ указываетъ Объяснительная Записка къ Проекту V Книги Гражданскаго Уложенія, томъ V, стр. 688—689, принципъ этотъ былъ разъ высказанъ Общимъ Собраніемъ Касс-ныхъ Д-товъ по иску, предъявленному къ судѣ.

³⁾ Книга V, ст. 1104, п. 3: „Потерпѣвшій отъ недовольнаго дѣянія должностнаго лица лишается права на вознагражденіе, если онъ, имѣя возможность предотвратить вредъ обжалованіемъ такого дѣянія, не воспользовался этимъ средствомъ защиты“.

отвѣтственности главнымъ образомъ казны передъ невинно осужденными, и въ нѣкоторыхъ законодательныхъ актахъ по этому вопросу понятію вины потерпѣвшаго дается другое, болѣе широкое толкованіе, могущее имѣть значеніе и для вопроса объ отвѣтственности должностныхъ лицъ: невинно осужденный признается лишеннымъ права на вознагражденіе, если на немъ лежитъ такъ называемая „процессуальная вина“, т. е. если имъ совершена попытка къ бѣгству, къ тому, чтобы склонить свидѣтелей къ дачѣ ложнаго показанія, если имъ сдѣлано ложное самообвиненіе, и т. п. ¹⁾).

Намъ кажется, что тутъ надо различать съ одной стороны такого рода поведеніе подсудимаго, которое направляло правосудіе на ложную дорогу, или бросало подозрѣніе на него самого, а съ другой стороны такія дѣйствія подсудимаго, которыя были съ его стороны умышленно прямо направлены на то, чтобы вызвать противъ себя тѣ или другія мѣры пресѣченія или даже обвинительный приговоръ.

Признаніе лишеннымъ права на вознагражденіе того, кто виновенъ лишь въ томъ, что своими дѣйствіями (быть можетъ, обусловленными страхомъ, растерянностью передъ судомъ или слѣдователемъ) невольно направляетъ правосудіе на ложную дорогу и самъ отъ этого страдаетъ, оказавшись въ положеніи обвиняемаго или осужденнаго, имѣло бы характеръ совершенно самостоятельной кары и не могло бы быть оправдано никакими соображеніями, исходящими изъ принциповъ возмѣщенія вреда.

Въ положительныхъ законодательствахъ обыкновенно право на вознагражденіе признается утраченнымъ не въ силу каждой процессуальной вины невинно осужденнаго, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, „если осужденный самъ умышленно или по грубой неосторожности вызвалъ свое осужденіе“ ²⁾).

Но и эта формула представляется намъ не совсѣмъ правильной. Именно подъ вліяніемъ страха передъ судомъ, передъ грозящимъ ему осужденіемъ, подъ вліяніемъ сознанія своей безпомощности передъ обвиненіемъ въ преступленіи, въ которомъ онъ ни душой ни тѣломъ не виноватъ, къ которому никакого отношенія не имѣетъ и оправдаться въ которомъ ему особенно трудно, подсудимый можетъ надѣлать всякихъ неправильностей, легко могущихъ бросить на него тѣнь, косвенно вызвать увѣренность въ его виновности и тѣмъ обусловить его осужденіе. Подъ вліяніемъ такого вполне понятнаго страха, именно

¹⁾ Подробности объ этомъ ученіи и о тѣхъ законахъ, которые ему слѣдуютъ, см. у Н. Н. Розина въ ноябрьской книжкѣ Журнала М-ва Юстиціи за 1897 г. стр. 110—113,—и у И. Я. Фойницкаго. О вознагражденіи невинно къ суду привлекаемыхъ. 1884. Стр. 68—72.

²⁾ Формулировка ст. 1 германскаго закона 20 мая 1898 г.

желая оправдать себя, можно сдѣлать „грубую неосторожность“¹⁾, которая въ глазахъ суда повернется въ видѣ улики противъ невиннаго человѣка и вызоветъ его осужденіе.

Съ этой точки зрѣнія большое сочувствіе вызывало бы постановленіе датскаго закона 4 апр. 1886 г., согласно которому „не имѣетъ права на вознагражденіе лицо, своими дѣйствіями вызвавшее свое задержаніе. Если однако указанныя дѣйствія можно объяснить, какъ вызванныя страхомъ, смущеніемъ или невиннымъ недоразумѣніемъ, то судъ можетъ назначить небольшое вознагражденіе соразмѣрно съ условіями задержанія“²⁾. Но и съ этою постановкою вопроса вполне согласиться нельзя: тутъ общимъ правиломъ является утрата права на вознагражденіе въ силу допущенной невинно осужденнымъ ошибки, и лишь въ видѣ изъятія (формулированнаго очень симпатично) допускается назначеніе вознагражденія, но въ уменьшенномъ размѣрѣ. Прежде всего, почему, если человѣкъ дѣйствовалъ по „невинному недоразумѣнію“, лишать его права и на часть вознагражденія? Затѣмъ, неправильно въ видѣ общаго правила лишать вознагражденія, и лишь въ видѣ изъятія допускать его въ отдѣльныхъ случаяхъ: надо, во первыхъ, имѣть въ виду то исключительное состояніе, въ которомъ не можетъ не быть человѣкъ, невинно обвиняемый въ уголовномъ преступленіи, а во вторыхъ, надо имѣть въ виду, что въ нашемъ современномъ процессѣ, построенномъ въ концѣ концовъ на косвенныхъ уликахъ, на внутреннемъ убѣжденіи судей, подсудимому, совершающему ту или другую неправильность, чаще всего не можетъ быть извѣстно, какое значеніе въ концѣ концовъ она пріобрѣтетъ при рѣшеніи дѣла.

Признавать, что справедливость требуетъ вознагражденія невинно осужденныхъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ постановлять, что человѣкъ лишается этого права, если, находясь въ томъ задерганномъ состояніи, въ какомъ всякій порядочный человѣкъ находится на скамьѣ подсудимыхъ, онъ совершитъ такую неправильность, которая окажется причиною его осужденія,—это значить совершать явную непослѣдовательность.

Для того, чтобы признаваемое право невинно осужденнаго на вознагражденіе не ставилось въ зависимость отъ случая, необходимо признать, что понятіе вины потерпѣвшаго, какъ основанія для утраты права на вознагражденіе, должно подвергнуться существеннымъ ограниченіямъ, сравнительно съ общимъ понятіемъ вины. Если человѣкъ по какимъ либо соображеніямъ старался навлечь на себя подозрѣніе

¹⁾ Это постановленіе германскаго закона грѣшитъ еще и тѣмъ, что подобно многимъ германскимъ законамъ, старается положить въ свою основу противоположеніе легкой и грубой неосторожности, демаркаціонной линіи между которыми никому еще не удавалось провести и въ гражданскомъ правѣ.

²⁾ Этотъ датскій законъ приведенъ Н. Н. Розинымъ въ Журналѣ М-ва Юст. 1897 г. кн. IX, стр. 90.

въ совершеіі преступленія, или если онъ старался добиться обвинительнаго приговора, напр. явился съ ложною повинною, подговорилъ кого либо дать противъ него показаніе на судѣ, и на основаніи этого былъ осужденъ, то конечно на себя онъ и долженъ пенять, и признавать за нимъ право на вознагражденіе отъ казны было бы по крайней мѣрѣ странно.

Но этимъ случаемъ умы шленнаго навлеченія на себя обвинительнаго приговора и должна ограничиваться та вина потерпѣвшаго, которая можетъ лишать его права на полученіе вознагражденія.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Процессуальная постановка ответственности должностных лиц за убытки, причиненные их неправильными дѣйствіями.

§ 1. Иски къ должностнымъ лицамъ административнаго ведомства.

I. Въ эпоху, непосредственно предшествовавшую судебной реформѣ, взысканіе съ должностныхъ лицъ убытковъ, причиненныхъ ихъ должностными дѣйствіями, по общему правилу было возможно только въ порядкѣ уголовного суда ¹⁾.

Этотъ порядокъ ответственности есть послѣдствіе уже упоминавшагося нами закона 21 марта 1851 г.

До этого закона можно указать рядъ рѣшеній Сената, изъ которыхъ видно, что убытки съ должностныхъ лицъ взыскивались въ чисто гражданскомъ порядкѣ ²⁾.

Въ виду зависимаго положенія дореформеннаго суда отъ администраціи судъ не могъ самостоятельно входить въ оцѣнку правильности дѣйствій чиновника: это дѣлало начальство. Такимъ образомъ на дѣлѣ получалось, что для предьявленія иска къ должностному лицу необходимо было добиться признанія его дѣйствій непра-

¹⁾ Св. Зак. 1842 г. т. II, ч. 1, ст. 231 п. 1.—Ср. Св. Зак. т. II ч. 1 изд. 1876 г., ст. 235 п. 3.

²⁾ Таковы напр. въ Сборникѣ 1864 г.: въ 1 томѣ рѣшеніе Общ. Собр. 1-хъ 3-хъ и Д-та Герольдіи отъ 5 марта 1852 г. (№ 414, стр. 473—474), утвердившее рѣшеніе V-го Д-та отъ 16 февр. 1849 г. Во второмъ томѣ того же Сборника: рѣшенія Общ. Собр. IV, V и Межевого Д-товъ 6 Октября 1841 г. (№ 251, стр. 266—267), 26 ноября 1841 г. (№ 255, стр. 269), и рѣшенія Временнаго Общаго Собранія по дѣламъ гражданскимъ 24 Ноября 1839 г. (№ 36, стр. 37—38), 14 іюля 1841 г. (№ 51, стр. 48—49), 29 сентября 1841 г. (№ 56, стр. 52—56), 8 февр. 1843 г. (№ 93, стр. 88—89).—Но во всякомъ случаѣ у насъ повидимому никогда не существовало ответственности должностныхъ лицъ передъ обывателями, осуществлявшейся по закону въ административномъ порядкѣ. Такой порядокъ повидимому и по сейчасъ существуетъ для одной спеціальной категоріи дѣлъ во Франціи: для нотариусовъ и avoués; avoués могутъ быть въ административномъ порядкѣ приговорены къ уплатѣ судебныхъ издержекъ по тому процессу, гдѣ они совершили дисциплинарную провинность (декретъ 30 марта 1808 г. § 102). См. Né z a r d. Les principes généraux du droit disciplinaire. 1903. Стр. 219.

вильными его служебнымъ начальствомъ; при этомъ начальство не только признавало дѣйствія неправильными, но и давало разрѣшеніе на отысканіе убытковъ ¹⁾, такъ что гражданскому суду оставалась задача установить цифру ихъ.

Законъ 1851 г. оставилъ процессуальный порядокъ отвѣтственности должностныхъ лицъ нетронутымъ. Но прежняя отвѣтственность ихъ въ порядкѣ гражданскаго суда по общему правилу стала невозможною въ виду того, что самая отвѣтственность допускалась лишь въ случаѣ причиненія чиновникомъ вреда и убытковъ „изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, по суду доказанных“, т. е. лишь въ случаѣ совершенія чиновникомъ преступленія. Это, конечно, могло быть установлено только судомъ уголовнымъ. Поэтому и искъ къ чиновнику могъ имѣть мѣсто только въ порядкѣ гражданскаго иска въ уголовномъ процессѣ ²⁾.

Отвѣтственность должностныхъ лицъ въ порядкѣ гражданскаго суда послѣ 1851 г. осталась только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отвѣтственность чиновниковъ имѣла свое юридическое основаніе въ какомъ либо прежнемъ законѣ, не только устанавливавшемъ отвѣтственность чиновника, но и указывавшемъ порядокъ ея осуществленія ³⁾.

Въ измѣненіе этой статьи 140 второй части Основныхъ Положеній 29 сентября 1862 г. постановила: „для взысканія съ должностнаго лица вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные его неправильными дѣйствіями, требуется преданіе его суду только въ тѣхъ случаяхъ, когда это лицо обвиняется въ томъ, что дѣйствовало изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ. Вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью должностныхъ лицъ, отыскивается гражданскимъ порядкомъ“.

Вмѣстѣ съ тѣмъ Основныя Положенія 1862 г. не заключали въ себѣ никакихъ указаній на то, требуется ли для новаго устанавливаемого ими вида гражданскихъ исковъ предварительное разрѣшеніе

¹⁾ Въ старыхъ сенатскихъ рѣшеніяхъ Общихъ Собраній намъ не попалось ни одного дѣла, въ которомъ было бы видно, что убытки отыскивались съ чиновника безъ такого разрѣшенія со стороны его начальства.

²⁾ См. выше, стр. 418—421.

³⁾ Такова напр. отвѣтственность должностныхъ лицъ полиціи за упущенія при производствѣ гражданскихъ или вексельныхъ взысканій: для первыхъ законъ 1 апр. 1838 г. (П. С. З. № 11109), §§ 189 — 193, устанавливалъ денежную отвѣтственность въ порядкѣ административномъ, налагавшуюся Управою Благочинія, но если Управа находила доказательства упущеній сомнѣнію подлежащими, то должна была передать дѣло по принадлежности въ Палату Гражданскаго Суда или въ Коммерческій Судъ. Такой же порядокъ закономъ 25 іюня 1832 г. (П. С. З. № 5462), §§ 135—136, былъ установленъ и для отвѣтственности чиновъ полиціи по вексельнымъ взысканіямъ. — Ср. ст. 85—88, т. X, ч. 2, изд. 1857 г. и ст. 679—681 Уст. Векс., изд. 1857 г.

начальства на предъявленіе такого иска или по крайней мѣрѣ признаніе обжалованныхъ дѣйствій неправильными.

Редакціонная комиссія единогласно признала, что предоставленіе каждому полной свободы предъявлять иски къ должностнымъ лицамъ рѣшительно недопустимо. По мнѣнію комиссіи, необходимо обезпечить должностныхъ лицъ отъ безпокойствъ и отъ помѣхъ при исполненіи ихъ прямыхъ служебныхъ обязанностей; для этого она сочла необходимымъ оградить ихъ отъ „затѣйливыхъ исковъ“, вызываемыхъ или тѣмъ, „что истецъ самъ ошибается въ своихъ правахъ“, или тѣмъ, „что онъ желаетъ только досадить должностному лицу“ ¹⁾. Поэтому комиссія единогласно постановила, что самую возможность предъявленія иска къ должностному лицу необходимо обусловить предварительнымъ на то разрѣшеніемъ. По вопросу же, въ чемъ это разрѣшеніе должно заключаться и отъ кого должно исходить, голоса въ комиссіи раздѣлились почти поровну.

Меньшинство, 17 членовъ, находило, что разрѣшеніе это должно исходить отъ начальства должностного лица, привлекаемаго къ отвѣтственности, и должно состоять въ признаніи его дѣйствій неправильными ²⁾.

Большинство, 19 членовъ, находило, что это разрѣшеніе должно исходить отъ судебного мѣста, отъ инстанціи, слѣдующей надъ той, которая будетъ разсматривать искъ по существу, и должно заключаться въ простомъ разрѣшеніи на предъявленіе иска ³⁾.

Соединенные Департаменты Государственнаго Совѣта, обсуждая проектированный комиссіею порядокъ предъявленія къ должностнымъ лицамъ исковъ съ предварительнымъ испрошеніемъ на то особаго разрѣшенія, нашли этотъ порядокъ „несогласнымъ ни съ Основными Положеніями 1862 г., ни съ дѣйствующими у насъ гражданскими законами“ ⁴⁾. Соединенные Департаменты признали, что иски должны предъявляться по общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства, т. е. независимо отъ какого либо предварительнаго разрѣшенія.

Отказавшись отъ института предварительнаго разрѣшенія на предъявленіе иска, наше законодательство не установило и другихъ способовъ обезпеченія чиновниковъ отъ предъявленія къ нимъ „затѣйливыхъ исковъ“.

Надо впрочемъ сказать, что средства эти, по крайней мѣрѣ въ томъ видѣ, въ какомъ они существуютъ въ нѣкоторыхъ иностранныхъ законодательствахъ, отнюдь не могутъ быть признаны цѣлесообразными.

¹⁾ Объяснительная Записка къ VI книгѣ Уст. Гражд. Суд., стр. 40.

²⁾ Та же Объяснительная Записка, стр. 38—39.

³⁾ Та же Записка, стр. 40—41.

⁴⁾ Журналь Соединенныхъ Д-товъ Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ Госуд. Совѣта 1864 г. № 44, стр. 115.

Такъ напр. въ законодательствахъ нѣкоторыхъ государствъ существовало постановленіе, что если истцу въ искѣ отказано, то помимо судебныхъ издержекъ онъ платитъ штрафъ въ 50—150 гульденовъ, при чемъ для „бѣдныхъ“ истцовъ этотъ штрафъ замѣнялся арестомъ до 4-хъ недѣль ¹⁾).

Но введеніе въ законъ понятія недобросовѣстнаго или неосторожнаго, но тѣмъ не менѣе уголовно-наказуемаго предьявленія гражданскаго иска врядъ ли можетъ быть оправдано; иное дѣло недобросовѣстное обвиненіе: тотъ фактъ, что кто либо посаженъ на скамью подсудимыхъ, не можетъ быть для него безразличнымъ и въ случаѣ оправдательнаго приговора. Гражданскій же искъ по современнымъ нашимъ представленіямъ челоуѣка не марааетъ. Конечно, и неосновательно предьявленный искъ до нѣкоторой степени нарушаетъ душевное спокойствіе отвѣтчика, но отсюда еще далеко до того, чтобы устанавливать уголовное наказаніе за неправо предьявленіе иска. При требуемомъ въ гражданскомъ процессѣ доказательствѣ иска во всемъ его объемѣ и въ его основаніяхъ, завѣдомо неосновательный искъ, не основанный на лжесвидѣтельствѣ или на подложныхъ документахъ, т. е. не имѣющей уголовно наказуемой подкладки, не можетъ представлять ничего опаснаго для отвѣтчика. Для истца же онъ представляетъ опасность быть присужденнымъ къ уплатѣ судебныхъ и за веденіе дѣла издержекъ.

Другою формою огражденія интересовъ чиновниковъ является требованіе отъ истца обезпеченія судебныхъ издержекъ.

Но практической смыслъ это требованіе имѣетъ только, если оно дѣлается при самомъ предьявленіи иска, иначе оно не можетъ оберегать чиновниковъ отъ хлопотъ и расходовъ по веденіи предьявленныхъ къ нимъ исковъ. Но въ такомъ случаѣ требованіе обезпеченія издержекъ является средствомъ огражденія чиновниковъ не отъ неосновательныхъ исковъ, а отъ исковъ, предьявленныхъ несостоятельными лицами ²⁾).

II. Устранивъ требованіе предварительнаго разрѣшенія на предьявленіе исковъ къ должностнымъ лицамъ, Государственный Совѣтъ

¹⁾ Ср. вюртембергскій законопроектъ объ искахъ къ судьямъ, Syndikatsklage. К л е в и ц ъ, стр. 133.—Г е з е р ъ, стр. 174.—Ср. также вполне аналогичныя постановленія австрійскаго закона о той же Syndikatsklage отъ 12 марта 1859 г.—К л е в и ц ъ, тамъ же.

²⁾ Въ швейцарскомъ союзномъ законодательствѣ, а также въ законодательствѣ кантона Ст.-Галлена, гдѣ существуетъ предварительное разрѣшеніе на предьявленіе исковъ, отказъ въ этомъ разрѣшеніи не препятствуетъ предьявленію иска, а лишь создаетъ обязанность обезпечить судебныя издержки.—Г е з е р ъ, стр. 165 и 170.—Въ такой формѣ, именно какъ коррективъ къ несправедливому по самому существу своему предварительному разрѣшенію на предьявленіе иска, это требованіе обезпеченія издержекъ возраженій не вызываетъ.

создалъ для исковъ этого рода нѣсколько отступленій отъ общаго порядка дѣлопроизводства: иски эти разсматриваются особыми смѣшанными присутствіями судовъ, въ составъ которыхъ входятъ чины администраціи ¹⁾; затѣмъ, для этихъ исковъ установлена особая сокращенная давность ²⁾, и наконецъ по этимъ дѣламъ установлена лишь апелляція, принесеніе же кассационныхъ жалобъ не допускается ³⁾.

Но замѣненія, въ послѣднюю минуту внесенныя въ законопроектъ, какъ бы они сами по себѣ симпатичны и разумны ни были, нерѣдко ведутъ къ существеннымъ пробѣламъ и противорѣчіямъ.

Такъ вышло и въ настоящемъ случаѣ.

Прежде всего, съ точки зрѣнія *elegantiae juris*, эти смѣшанныя присутствія не могутъ не показаться въ высшей степени странными. Въ составъ присутствія суда входятъ должностныя лица административнаго вѣдомства: во первыхъ, эти лица по своему служебному положенію вовсе не обладаютъ необходимою для судьи независимостью; затѣмъ, они, судьи, выступаютъ въ качествѣ экспертовъ и оцѣниваютъ съ точки зрѣнія администраціи допущенную отвѣтчикомъ неправильность; наконецъ, они являются представителями заинтересованнаго вѣдомства ⁴⁾.

Такой администраторъ, совмѣщающій по тому же дѣлу роли судьи, эксперта и адвоката, конечно, страненъ.

Необходимо однако помнить, что, именно благодаря этому участию администраціи въ составѣ суда, разсматривающаго иски къ должностнымъ лицамъ, и оказалось возможнымъ разрѣшить частнымъ лицамъ предъявлять эти иски непосредственно въ судъ. Поэтому, съ практической точки зрѣнія, особенно сѣтовать на странный составъ этихъ присутствій не приходится.

Гораздо существеннѣе та невыясненность отношенія гражданскаго иска къ административному обжалованію неправильныхъ распоряженій, которая получилась въ значительной степени именно вслѣдствіе измѣненія, внесеннаго Государственнымъ Совѣтомъ въ первоначальный Проектъ Устава Гражданскаго Судопроизводства.

Въ проектѣ комиссіи, въ особенности еслибы было принято мнѣніе 17 членовъ, предполагавшихъ установить, что гражданскіе иски къ должностнымъ лицамъ могутъ предъявляться не иначе, какъ по признаніи начальствомъ должностнаго лица его дѣйствій незаконными—не возникало, да и не могло возникнуть никакого вопроса объ отношеніи гражданскаго иска къ административному обжалованію.

¹⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 1320—1322.

²⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 1318.

³⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 1326, 1327.—Рѣш. Общ. Собр. I-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1898 г. № 14.

⁴⁾ Въ составъ присутствія приглашается „ближайшій начальникъ того управленія, къ которому принадлежитъ отвѣтчикъ“. Уст. Гражд. Суд., ст. 1320.

III. Видоизмѣненіе, по этому вопросу внесенное въ проектъ Соединенными Департаментами Государственнаго Совѣта, а именно установленіе того порядка, что иски къ должностнымъ лицамъ предъявляются непосредственно въ судъ, независимо отъ какого бы то ни было предварительнаго разрѣшенія, является несомнѣнно однимъ изъ крупнѣйшихъ шаговъ, которые когда либо были сдѣланы нашимъ законодательствомъ на пути установленія законности управленія и поднятія авторитета суда.

Но этимъ улучшеніемъ проекта ставился вопросъ объ отношеніи административнаго обжалованія къ иску. Никакого *прямо* разрѣшенія этого вопроса Судебные Уставы не содержали.

Но косвенно вопросъ, хотя и весьма неясно, предрѣшался. Статья 1318 Уст. Гражд. Суд. постановляетъ, что „срокъ на предъявленіе иска полагается трехмѣсячный со дня объявленія просителю распоряженія, признаваемаго имъ нарушающимъ его права, или шестимѣсячный со дня приведенія такого распоряженія въ дѣйствіе, если оно исполнено безъ предварительнаго объявленія“. Эти столь краткіе сроки на практикѣ дѣлаютъ невозможнымъ предварительное административное обжалованіе, ибо на это при существующихъ порядкахъ, если дѣло доходить до министерства, требуется иногда около года, а если до Сената,—то рѣдко менѣе трехъ лѣтъ.

Между тѣмъ несомнѣнно, что обжалованіе по начальству является наиболѣе простымъ, нормальнымъ и цѣлесообразнымъ средствомъ противъ неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ. Поэтому на практикѣ весьма часто къ суду обращаются, предварительно добившись отмены административнаго распоряженія жалобой по начальству.

Но, сколько намъ извѣстно, такіа дѣла не мало затрудняли суды.

Сначала Сенатъ разрѣшалъ это затрудненіе, признавая, что трехмѣсячная и шестимѣсячная давность относится только къ производству дѣла въ смѣшанныхъ присутствіяхъ (ст. 1320—1321 Уст. Гражд. Суд.), и что задачей этихъ присутствій и является именно признаніе административнаго распоряженія неправильнымъ. Поэтому въ одномъ рѣшеніи 1869 г. Сенатъ нашель, что если данное распоряженіе подлежащимъ начальствомъ уже признано неправильнымъ, то задача смѣшаннаго присутствія уже исполнена, что суду остается только опредѣлить сумму слѣдуемаго вознагражденія, и что поэтому искъ объ убыткахъ долженъ разсматриваться въ общемъ порядкѣ гражданскаго судопроизводства, а въ такомъ случаѣ специальная давность статьи 1318 не примѣнима ¹⁾.

¹⁾ Рѣшенія Соед. Прис. I и Кассационныхъ Д-товъ Правит. Сената 1869 г., № 10 (по дѣлу Шокальского).

Этимъ рѣшеніемъ повидимому устанавливался двойкій порядокъ предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ: или, во первыхъ, непосредственно въ смѣшанное присутствіе, и въ такомъ случаѣ для истца является обязательнымъ срокъ статьи 1318 Уст. Гражд. Суд.; или же, во вторыхъ, сначала жалоба по начальству, и, послѣ признанія начальствомъ обжалованныхъ дѣйствій неправильными, предъявленіе иска въ общемъ порядкѣ, по общимъ правиламъ о подсудности по суммѣ иска, и съ тѣмъ, что спеціальныя сроки статьи 1318 замѣняются общею земскою давностью.

Но на практикѣ это рѣшеніе привело къ тому, что, съ одной стороны, смѣшанныя присутствія окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ стали отказываться принимать къ своему разсмотрѣнію иски, основанные на такихъ административныхъ распоряженіяхъ, неправильность которыхъ уже признана подлежащимъ начальствомъ ¹⁾. Съ другой стороны, для возможности разсмотрѣнія въ общемъ порядкѣ судопроизводства исковъ къ должностнымъ лицамъ никакого законнаго основанія не усматривалось, и намъ не удалось найти ни одного дѣла, въ которомъ вознагражденіе съ должностнаго лица за убытки, причиненные его неправильными дѣйствіями, было взыскано въ общемъ порядкѣ судопроизводства, хотя бы послѣ признанія этихъ дѣйствій неправильными начальствомъ отвѣтчика.

Наконецъ, по одному дѣлу, гдѣ искъ къ должностному лицу былъ предъявленъ въ общемъ порядкѣ судопроизводства уже послѣ того, какъ начальствомъ этого должностнаго лица его дѣйствія были признаны неправильными, самъ Сенатъ призналъ, что общій порядокъ судопроизводства къ искамъ къ должностнымъ лицамъ ни въ коемъ случаѣ не примѣнимъ, „такъ какъ при дѣйствіи Устава Гражданскаго Судопроизводства 1864 года иски объ убыткахъ съ должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства, въ указанныхъ въ статьѣ 1316 Уст. Гражд. Суд. случаяхъ, могутъ быть разсматриваемы не иначе, какъ въ особомъ, опредѣленномъ въ статьѣ 1320 того же Устава, присутствіи“ ²⁾.

И Сенатъ, разсматривая въ Соединенномъ Присутствіи I и Гражданскаго Кассационнаго Департаментовъ иски, предъявленные къ

¹⁾ Таково, напр., рѣшеніе Одесской судебной палаты по иску крестьянина Луговаго къ земскому начальнику 7 участка Елизаветградскаго уѣзда, Касюрѣ. Изъ журнала Херсонскаго губернскаго присутствія особое присутствіе палаты усмотрѣло, что дѣйствія земскаго начальника по жалобѣ Луговаго уже признаны неправильными. Въ виду этого особое присутствіе палаты нашло, что въ такомъ положеніи дѣла присутствію уже нельзя входить въ оцѣнку обжалованныхъ дѣйствій земскаго начальника и, что поэтому искъ особому присутствію не подсуденъ и долженъ быть предъявленъ въ общемъ порядкѣ гражданскаго судопроизводства (см. Судебную Газету за 1897 г., № 29, стр. 15).

²⁾ Рѣшеніе Гражд. Касс. Д-та 1879 г., № 277.

должностнымъ лицамъ послѣ того, какъ ихъ распоряженія были признаны неправильными или отмѣнены, отказывалъ въ искѣ за пропускомъ срока статьи 1318 Уст. Гражд. Суд., ни однимъ словомъ не обмолвившись о томъ, чтобы, за воспослѣдовавшей отмѣною обжалованнаго распоряженія, гражданскій искъ, основанный на этомъ распоряженіи, подлежалъ разсмотрѣнію въ общемъ порядкѣ судопроизводства и былъ неподсуденъ Соединенному Присутствію ¹⁾).

¹⁾ Таково было, напр., рѣшеніе Соединеннаго Присутствія I и Касс. Д-товъ Прав. Сената 3 декабря 1897 г. по иску купца Бровкина къ с.-петербургскому градоначальнику фонъ-Валю. Въ виду практическаго интереса этого рѣшенія, приводимъ его полностью.

„Купецъ Антонъ Бровкинъ обратился къ с.-петербургскому градоначальнику фонъ-Валю съ просьбою о разрѣшеніи ему открыть трактиръ съ продажей крѣпкихъ напитковъ на Звѣринской улицѣ г. С.-Петербурга. Объявленіемъ отъ 6 февраля 1894 г. просителю въ этомъ ходатайствѣ было отказано безъ объясненія причинъ, а когда Бровкинъ просилъ объяснить ему основанія этого отказа, то 14 іюня того же года ему было объявлено, что градоначальникъ не признаетъ возможнымъ разрѣшить въ указанной мѣстности открытіе трактира съ продажей крѣпкихъ напитковъ въ видахъ охраненія порядка. Бровкинъ подалъ на это распоряженіе жалобу въ Прав. Сенатъ (по I Департаменту) и послѣ того, какъ Сенатъ, опредѣленіемъ 10 января 1896 г., призналъ оное лишеннымъ законнаго основанія и отмѣнилъ, Бровкинъ подалъ въ Гражданскій Касс. Д-тъ Сената прошеніе, помѣченное 31 мая 1896 г., въ которомъ предъявилъ къ г.-л. фонъ-Валю искъ о вознагражденіи за причиненные указаннымъ его распоряженіемъ убытки, которые онъ исчислилъ въ суммѣ 3896 р. 95 коп. Повѣренный фонъ-Валя, прис. пов. Мироновъ, подробно опровергая искъ Бровкина, какъ въ основаніяхъ, такъ и въ частностяхъ, и указывая, между прочимъ, на то, что Бровкинъ пропустилъ опредѣленный въ ст. 1318 Уст. Гражд. Суд. для подобныхъ исковъ трехмѣсячный срокъ,—считать ли оный со времени объявленія ему служащаго основаніемъ иска распоряженія фонъ-Валя или со времени объявленія просителю (17 февраля 1896 г.) вышеозначеннаго опредѣленія Сената,—просилъ въ искѣ Бровкина отказать, съ возложеніемъ на него въ пользу отвѣтчика судебныхъ издержекъ и расходовъ по веденію дѣла. Бровкинъ же, въ подтвержденіе того, что его исковое прошеніе подано на почту до истеченія указаннаго срока, считая оный со времени объявленія ему опредѣленія Сената, предъявилъ росписку С.-Петербургскаго почтамта въ принятіи отъ него на имя Гражданскаго Касс. Д-та 7 мая 1896 г. 20 рублей, т. е. той суммы, которая имъ представлена при исковомъ прошеніи въ видѣ судебной пошлины и за врученіе отвѣтчику повѣстки.

Обсудивъ вышеозначенное и выслушавъ объясненія повѣренныхъ обѣихъ сторонъ и заключеніе оберъ-прокурора, Прав. Сенатъ находитъ: 1) что по невозбуждающему никакому сомнѣнію точному смыслу ст. 1318 Уст. Гражд. Суд. опредѣленный въ ней трехмѣсячный срокъ для предъявленія исковъ, подобныхъ настоящему, долженъ быть исчисляемъ со времени объявленія истцу того распоряженія, въ которомъ онъ усматриваетъ нарушеніе его правъ, служащее поводомъ къ предъявленію его иска, а не со времени объявленія ему опредѣленія начальства отвѣтчика о признаніи такого распоряженія неправильнымъ; 2) что независимо отъ сего и въ другихъ статьяхъ Уст. Гражд. Суд., опредѣляющихъ порядокъ производства по дѣламъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства

Признавая, что специальная давность статьи 1318 неразрывно связана съ особымъ порядкомъ, Сенатъ, вопреки своимъ прежнимъ взглядамъ, выраженнымъ въ упомянутомъ выше рѣшеніи 1869 г. № 10, нашель, что эти иски во всякомъ случаѣ подлежатъ не общей десятилѣтней давности, а специальной трехъ-и шестимѣсячной, связанной съ особымъ порядкомъ разсмотрѣнія этихъ исковъ.

Но въ самое послѣднее время Общее Собраніе 1-го и Кассационныхъ Департаментовъ Пр. Сената вновь вернулось къ своему прежнему валяду по вопросу о вліяніи предварительнаго обжалованія на подсудность исковъ къ должностнымъ лицамъ и на ту давность, которой они погашаются, и нашло, что эти иски „подлежатъ разсмотрѣнію по общимъ правиламъ Уст. Гражд. Суд., а не въ особомъ, опредѣленномъ 1316 и сл. ст. того же Уст.“¹⁾

(ст. 1316—1330), не содержитъ никакихъ указаній на то, что для возбужденія такихъ дѣлъ въ судѣ требуется предварительное призваніе распоряженія отвѣтника со стороны его начальства неправильнымъ, а ст. 1320, 1321 и 1322 Уст. Гражд. Суд. положительно указываютъ на то, что необходимость въ такомъ признаніи устраняется тѣмъ, что въ составъ судебного присутствія, разрѣшающаго такіа дѣла, входятъ и лица административнаго вѣдомства, и въ томъ числѣ представители того вѣдомства, къ которому принадлежитъ отвѣтникъ; 3) что распоряженіе г.-л. фонъ-Валей, послужившее поводомъ для иска Бровкина, было ему объявлено не позже 4 іюня 1894 г., а искъ его предъявленъ не ранѣе 7 мая 1896 г. (ст. 828 Уст. Гражд. Суд.), т. е. по истеченіи опредѣленнаго въ ст. 1318 Уст. Гражд. Суд. трехмѣсячнаго срока, и уже по одной этой причинѣ не заслуживаетъ уваженія; 4) что затѣмъ объясненія истца по существу этого иска не требуютъ обсужденія. По симъ основаніямъ и руководствуясь ст. 868 Уст. Гражд. Суд., Прав. Сенатъ опредѣляетъ: въ искѣ купца Бровкина отказать, возложивъ на истца издержки судебного производства“.

¹⁾ Рѣш. Общ. Собр. 1903 г. № 26. Этотъ свой выводъ Сенатъ основывалъ на томъ соображеніи, что: „участіе представителей администраціи совмѣстно съ судьями въ разрѣшеніи предъявленныхъ къ должностнымъ лицамъ административнаго вѣдомства исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные ихъ распоряженіями по службѣ, уставлено для достиженія безпристрастнаго и справедливаго разрѣшенія вопроса о виновности или невиновности ихъ въ упущеніяхъ по службѣ, подавшихъ поводъ къ ходатайству о взысканіи послѣдовавшихъ отъ нихъ упущеній убытковъ и, слѣдовательно, коль скоро вина должностнаго лица административнаго вѣдомства въ упущеніяхъ по службѣ уже признана вступившимъ въ законную силу постановленіемъ подлежащаго начальства, и это лицо подвергнуто за допущенное имъ нарушеніе лежавшихъ на немъ обязанностей опредѣленному закономъ наказанію, то тѣмъ самымъ устраняется и основаніе для разсмотрѣнія въ упомянутыхъ особыхъ смѣшанныхъ присутствіяхъ исковъ о вознагражденіи за убытки, нанесенные этими упущеніями. Разсмотрѣніе такихъ исковъ по существу въ особомъ порядкѣ, установленномъ 1316 и слѣд. ст. Уст. Гражд. Суд., не можетъ имѣть мѣста и потому, что Особое Присутствіе могло бы придти относительно виновности должностнаго лица административнаго вѣдомства въ упущеніи къ заключенію, противоположному съ тѣмъ, къ которому пришло его начальство, и тѣмъ самымъ отмѣнить вступившія въ законную силу постановленія онаго, на что судебныа мѣста закономъ вовсе не уполномочены“.

Если задаться вопросомъ, которое изъ этихъ двухъ толкованій Сената, толкованіе ли, данное по дѣлу Бровкина, или же данное въ рѣш. Общ. Собр. 1903 г. № 26, болѣе соотвѣтствуетъ смыслу Судебныхъ Уставовъ, то придется отдать предпочтеніе первому толкованію.

Дѣйствительно, буквальный смыслъ статей 1316—1330 не даетъ ни малѣйшаго основанія для того предположенія, изъ котораго прежде исходилъ Сенатъ, а именно, что порядокъ, установленный этими статьями, не примѣнимъ къ тѣмъ случаямъ, когда дѣйствія должностныхъ лицъ, до предъявленія къ нимъ иска объ убыткахъ, уже признаны ихъ начальствомъ неправильными. Ни одна статья Устава не даетъ основанія къ тому толкованію, чтобы въ этомъ случаѣ искъ объ убыткахъ подлежалъ разсмотрѣнію въ общемъ порядкѣ судопроизводства.

Единственная статья Устава, буквальный смыслъ которой какъ будто допускаетъ, чтобы иски къ должностнымъ лицамъ объ убыткахъ разсматривались и въ общемъ порядкѣ судопроизводства, это статья 1330. Истцу, искъ котораго къ должностному лицу о вознагражденіи признанъ правильнымъ, статья эта предоставляетъ право требовать опредѣленія количества вознагражденія или въ порядкѣ исполнительнаго производства, или въ общемъ порядкѣ гражданскаго судопроизводства.

Но для возможности разсмотрѣнія иска къ должностному лицу въ общемъ порядкѣ судопроизводства эта статья ставитъ условіемъ, чтобы особымъ присутствіемъ искъ о вознагражденіи былъ признанъ правильнымъ, или, какъ выражается та же 1330 статья, чтобы должностное лицо присутствіемъ было признано виновнымъ въ причиненіи вреда или убытковъ.

Такимъ образомъ, по словамъ закона, *виновность* должностнаго лица, какъ основаніе для иска къ нему объ убыткахъ, должна быть установлена во всякомъ случаѣ именно смѣшаннымъ присутствіемъ.

Поэтому должно быть признано безусловно противорѣчающимъ Судебнымъ Уставамъ то высказанное Сенатомъ положеніе, что послѣ отмѣны распоряженія должностнаго лица его начальствомъ „особому. по ст. 1317 Уст. Гражд. Суд., присутствію предстояло бы опредѣлить только сумму слѣдующаго вознагражденія за причиненный вредъ и убытки, не входя въ обсужденіе о самыхъ дѣйствіяхъ“¹⁾.

¹⁾ Эти слова взяты изъ рѣшенія Соединеннаго Присутствія I и Кассационныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената 1869 г. № 10. Тамъ дѣло нѣсколько осложнялось тѣмъ, что оно началось до введенія Судебныхъ Уставовъ, т. е. въ то время, когда предварительная жалоба по начальству была обязательна. Но очевидно, что мысль, лежащая въ основаніи цитированныхъ словъ, и въ настоящее время является главнымъ доводомъ въ пользу того толкованія, что послѣ отмѣны начальствомъ обжалованнаго распоряженія должностнаго лица искъ къ этому послѣднему долженъ быть предъявленъ въ общемъ порядкѣ судопроизводства.

Мысль, лежащая въ основѣ этихъ словъ Сената, а именно, что отмѣна начальствомъ распоряженія должностного лица предрѣшаетъ вопросъ о томъ, обязано ли это должностное лицо отвѣчать за убытки, причиненные даннымъ его распоряженіемъ, не только противнатымъ положеніямъ, на которыхъ основаны Судебные Уставы, но и невѣрна по существу своему.

Прежде всего, распоряженіе можетъ быть отмѣнено не по незаконности своей, а по такого рода неправильности, которая заключается въ нецѣлесообразномъ, по мнѣнію начальства, употребленіи предоставленныхъ закономъ полномочій. Нечего и говорить, что, поскольку такое отмѣненное неправильное распоряженіе является законнымъ, должностное лицо не можетъ отвѣчать за причиненные убытки.

Затѣмъ, неправильное распоряженіе, даже будучи незаконнымъ, и даже вызвавъ дисциплинарную отвѣтственность чиновника, не всегда должно вызывать имущественную его отвѣтственность. Вина чиновника можетъ и не подходить подъ одну изъ тѣхъ трехъ категорій, которыя указаны въ ст. 1316.

Поэтому одинъ тотъ фактъ, что то административное распоряженіе, на которомъ истецъ основываетъ свой искъ объ убыткахъ, было отмѣнено, или даже навлекло на чиновника дисциплинарное взысканіе, отнюдь не устраняетъ обязанности суда, рассматривающаго искъ, войти въ обсужденіе характера неправильности этого распоряженія. И признаніе Особымъ Присутствіемъ суда вины того чиновника, на котораго начальствомъ было наложено дисциплинарное взысканіе, а того больше чиновника, чье распоряженіе было просто отмѣнено, отнюдь не является запрещенною для судовъ отмѣною постановленій начальства: они имѣютъ въ виду разные виды вины, другъ друга могущіе и не покрывать.

И признаніе начальствомъ дѣйствій чиновника неправильными отнюдь не можетъ сводить задачу суда къ установленію лишь суммы убытковъ.

Установленіе того, насколько неправильность можетъ влечь за собою имущественную отвѣтственность чиновника, съ точки зрѣнія закона, лучше можетъ быть сдѣлано тѣмъ смѣшаннымъ присутствіемъ суда, въ которомъ участвуютъ также и должностныя лица административнаго вѣдомства, чѣмъ чисто судебнымъ присутствіемъ. На этотъ конецъ и установлены смѣшанныя присутствія ст. 1317.

Такимъ образомъ, предварительное административное обжалованіе не должно было изымать искъ къ должностному лицу изъ вѣдѣній смѣшаннаго присутствія и вести къ тому, чтобы искъ этотъ рассматривался въ общемъ порядкѣ судопроизводства.

Что касается вліянія предварительнаго административнаго обжалованія на давность, погашающую иски къ должностнымъ лицамъ, то рѣшеніе Общ. Собр. 1903 г. № 26 приводитъ къ тому, что обжа-

лованіе ведетъ къ замѣнѣ спеціальной трехмѣсячной давности—общему десятилѣтнею. Это вытекаетъ изъ того, что спеціальная давность неразрывно связана съ особымъ порядкомъ судопроизводства, и что поэтому, коль скоро послѣ административнаго обжалованія особый порядокъ судопроизводства замѣняется общимъ, — та же судьба должна постигнуть и исковую давность. Но примѣненіе къ этимъ искамъ общей десятилѣтней давности явно противорѣчитъ смыслу и духу закона.

Дѣйствительно, каковы смыслъ и цѣль закона, установившаго трех- и шестимѣсячную давность для исковъ къ должностнымъ лицамъ? Смыслъ этого закона, очевидно, одинъ: возможно скоро избавить чиновника отъ висящаго надъ нимъ дамоклова меча имущественнаго взысканія. Совершенно было бы недопустимо то предположеніе, что, еслибы законъ вообще признавалъ возможность предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ въ общемъ порядкѣ (послѣ признанія обжалованныхъ дѣйствій неправильными), то для общаго порядка сохранилъ бы общую десятилѣтнюю давность, установивъ для особаго порядка совершенно исключительную для гражданскихъ дѣлъ трехмѣсячную давность. Непріятность и тяжесть имущественнаго взысканія, отъ котораго законъ желалъ оградить чиновника, совершенно одинаковы, наложено ли это взысканіе въ общемъ или въ особомъ порядкѣ судопроизводства.

Наконецъ, допущеніе возможности предъявлять, послѣ административнаго обжалованія, иски къ должностнымъ лицамъ въ общемъ порядкѣ судопроизводства въ теченіе 10 лѣтъ, совершенно свело бы на нѣтъ давность статьи 1318. Пропустивъ эту давность, я, вопреки прямому смыслу статьи 1318, не былъ бы лишень возможности предъявить искъ къ должностному лицу: для этого мнѣ стоило бы только обжаловать по начальству его распоряженіе, для чего по большинству дѣлъ никакой давности не установлено, а если и установлено, то во всякомъ случаѣ она длиннѣе трехъ мѣсяцевъ.

Такимъ образомъ, разумъ статей 1316 — 1330 вполне подтверждаетъ тотъ выводъ, который получается и изъ буквального смысла ихъ, а именно, что иски къ должностнымъ лицамъ объ убыткахъ, могутъ разсматриваться по существу лишь въ смѣшанныхъ присутствіяхъ, и что эти иски безусловно подчинены дѣйствію трех- и шестимѣсячной давности статьи 1318; и послѣднее рѣшеніе Сената кажется намъ противорѣчающимъ дѣйствительному смыслу закона.

Однако, нельзя не признать, что практически положеніе вещей, создаваемое закономъ, совершенно неудовлетворительно.

Какъ мы уже указывали, краткость сроковъ статьи 1318 на дѣлѣ преграждаетъ возможность административнаго обжалованія неправильныхъ распоряженій, фактически угрожая за принесеніе такой жалобы утратою права на искъ. Между тѣмъ предоставленіе въ законѣ обы-

вателямъ возможности, предварительно предъявленія иска, жаловаться по начальству, со всѣхъ точекъ зрѣнія должно быть признано безусловно желательнымъ.

Прежде всего это крайне облегчить дѣятельность судовъ. Какъ извѣстно, суды чрезвычайно тяготеютъ непривычно имъ задачею признавать дѣйствія администраціи неправильными, затрудняются толкованіемъ административныхъ законовъ и всѣми силами стараются избавиться отъ дѣлъ по взысканію убытковъ съ должностныхъ лицъ. Практически заставить судъ присудить понесенные убытки удается весьма рѣдко.

Съ точки зрѣнія интересовъ законности управленія, возможно частое обжалованіе незаконныхъ распоряженій по начальству представляется, конечно, самымъ простымъ и цѣлесообразнымъ средствомъ.

Съ точки зрѣнія интересовъ законности управленія, важнѣе всего, чтобы незаконныя распоряженія администраціи какъ можно скорѣе отмѣнялись. Судъ же, даже если онъ и удовлетворяетъ искъ объ убыткахъ, ничего не можетъ сдѣлать съ самимъ незаконнымъ распоряженіемъ, не можетъ ни отмѣнить, ни измѣнить его; и незаконное распоряженіе и послѣ судебного рѣшенія остается во всей своей силѣ.

Затѣмъ, административное начальство, сравнительно съ судами, является гораздо лучше знакомымъ не только съ практической стороною каждого даннаго административнаго дѣла, но и съ дѣйствительнымъ смысломъ относящихся къ нему узаконеній. Если обыватель жалуется, напр., на податнаго инспектора, обвиняя его въ какихъ либо неправильныхъ дѣйствіяхъ по взиманію торговыхъ сборовъ, то при оцѣнкѣ того, въ чемъ заключалась допущенная податнымъ инспекторомъ неправильность, и какъ именно онъ долженъ былъ въ данномъ случаѣ поступить, судъ, съ дѣломъ взиманія торговыхъ сборовъ вообще незнакомый, можетъ не мало затрудниться. Въ подлежащемъ же учрежденіи министерства, вѣдающемъ торговые сборы, куда стекаются со всѣхъ концовъ Россіи вопросы, возникающіе по поводу дѣятельности податныхъ инспекторовъ по взиманію этихъ сборовъ, техническая сторона этой дѣятельности извѣстна во всѣхъ ея подробностяхъ, а всѣ относящіяся сюда статьи законовъ, конечно, перебивали на разсмотрѣніи этого учрежденія во всѣхъ возможныхъ сочетаніяхъ, такъ что смыслъ этихъ статей не могъ не выясниться этому учрежденію вполне. Правда, всякое административное учрежденіе представляетъ опасность увлеченія интересами и рутинною вѣдомства, но, во первыхъ, средствомъ противъ этого является возможность жалобы въ Правительствующій Сенатъ, и во вторыхъ—значеніе интересовъ вѣдомства, какъ источника уклоненій отъ законности, въ въ мелкихъ текущихъ дѣлахъ управленія, все таки не слѣдуетъ преувеличивать, и общимъ правиломъ все таки можно признать, что на-

частьство является наиболѣе компетентнымъ органомъ при установле-
ніи неправильностей, допущенныхъ подчиненными административными
властями.

Для обывателя въ весьма значительномъ числѣ случаевъ важнѣе
не то, чтобы ему сейчасъ было предоставлено право искать возна-
гражденіе за уже понесенные убытки, а то, чтобы было отмѣнено то
самое распоряженіе, которое, уже причинивъ извѣстные убытки, въ
будущемъ грозитъ еще большими. Такъ какъ судъ, рассматривающій
гражданскій искъ, не въ правѣ отмѣнить незаконное распоряженіе,
то гражданскій искъ достаточенъ, когда убытки причинены какимъ либо
однократнымъ событіемъ, вызваннымъ администраціею, но рѣшительно
непригоденъ въ случаяхъ, когда незаконнымъ распоряженіемъ админи-
страціи создано извѣстное состояніе, причиняющее кому нибудь убытки.

Если полиція на недѣлю закрыла мой трактиръ, то искъ объ
убыткахъ имѣетъ свой смыслъ; но если полиція незаконно совсѣмъ
закрыла тотъ же трактиръ, то для меня важнѣе всего добиться отмѣны
этого распоряженія. Къ тому же лишь послѣ этой отмѣны опредѣ-
лится и самая цифра понесенныхъ мною убытковъ.

Поэтому обращеніе съ жалобою по начальству сохраняетъ для
обывателя все свое практическое значеніе и при возможности немед-
ленно предъявить искъ объ убыткахъ.

Въ виду всѣхъ этихъ соображеній намъ кажется, что какъ инте-
ресы службы и правопорядка, такъ и интересы обывателей безусловно
требуютъ не только того, чтобы установленный закономъ порядокъ
предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ предоставлялъ воз-
можность предварительно предъявленія иска обращаться съ жалобою
по начальству, но и того, чтобы законъ поощрялъ путь администра-
тивнаго обжалованія, такъ сказать, вызывалъ на него обывателей.

Поэтому намъ представляется совершенно неправильнымъ, что
проектъ новой редакціи Устава Гражданскаго Судопроизводства по
прежнему вовсе игнорируетъ административное обжалованіе и послѣ
35 лѣтъ опыта и зрѣлаго размысленія повторяетъ ту же ошибку,
которая при составленіи Судебныхъ Уставовъ Императора Алек-
сандра II была сдѣлана повидимому лишь потому, что чисто судебный
порядокъ разсмотрѣнія исковъ къ администраціи, безъ какого бы то
ни было предварительнаго на то разрѣшенія со стороны административнаго
начальства, былъ созданъ лишь, такъ сказать, въ послѣднюю
минуту.

Къ тому же нельзя упускать изъ вида, что самая процедура
административнаго обжалованія сдѣлала у насъ съ 1864 года гро-
мадные успѣхи. Вспомнимъ лишь губернскія по разнымъ дѣламъ
присутствія, въ которыхъ наши писатели по государственному
праву не безъ основанія видятъ зачатки правильно организованной
административной юстиціи.

Правда, проектъ новой редакціи Устава Гражданскаго Судопроизводства увеличиваетъ нынѣшнюю трехъ- и шестимѣсячную давность статьи 1318 дѣйствующаго Устава до одного года ¹⁾. Но такая, если такъ можно выразиться, механическая надставка этого срока, сама по себѣ, быть можетъ, и вполне желательная, съ разсматриваемой точки зрѣнія можетъ оказаться или излишнею, или недостаточною.

Если потерпѣвшій убытки отъ неправильнаго дѣйствія администраціи находитъ цѣлесообразнымъ обратиться непосредственно въ судъ, то удлиненіе срока ст. 1318 представляется, пожалуй, и излишнимъ ²⁾. Если же по обстоятельствамъ дѣла цѣлесообразнѣе прежде всего добиться отмѣны неправильнаго распоряженія, то годового срока часто будетъ недостаточно, а административное обжалованіе часто практически будетъ вести къ уtratѣ права на искъ ³⁾.

Намъ кажется, что цѣлесообразнѣе всего можно было бы урегулировать отношеніе иска объ убыткахъ къ административному обжалованію, установивъ, что *теченіе срока на предъявленіе иска прерывается подачею истцомъ ⁴⁾ жалобы по начальству и притомъ на время, пока по этой жалобѣ не послѣдуетъ рѣшенія.*

Намъ могутъ возразить, что предлагаемое измѣненіе статьи 999 проекта новой редакціи Устава Гражданскаго Судопроизводства въ существѣ своемъ представляетъ лишь удлиненіе давности для исковъ объ убыткахъ и потому поведетъ лишь къ вѣщшему притѣсненію чиновниковъ чрезмѣрнымъ увеличеніемъ числа исковъ къ нимъ.

¹⁾ Ст. 999 Проекта. См. Объяснительную Записку, томъ III, стр. 119.

²⁾ Но нужно сказать, что самый срокъ въ 3 мѣсяца, отсчитываемый хотя бы съ того времени, когда потерпѣвшій узналъ о наступленіи вреда, все таки слишкомъ коротокъ, и изъ извѣстныхъ намъ законодательствъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ его устанавливаетъ лишь кантонъ Золотурнь. Чаше же всего срокъ на предъявленіе иска равняется году или двумъ. Ср. Гезеръ, стр. 146.

³⁾ Любопытно, что Мин-во Вн. Дѣлъ въ томъ представленіи, при которомъ былъ внесенъ въ Гос. Совѣтъ Проектъ „Положенія о Земскихъ Начальникахъ, Съѣздахъ сихъ Начальниковъ и о Губернскихъ по Сельскимъ дѣламъ Присутствіяхъ“ (предст. отъ 5 февр. 1887 г., стр. 80) вполне сознавало, что установленные въ ст. 1318 Уст. Гр. Суд. сроки таковы, что „лишаютъ въ большинствѣ случаевъ частныхъ лицъ возможности отыскивать вознагражденіе“, и находило, что „для вѣщаго огражденія правъ частныхъ лицъ слѣдовало бы исчислять означенные сроки со дня воспослѣдованія постановленія о признаніи дѣйствій официальныхъ лицъ неправильными“. — Нечего прибавлять, что само Мин-во Вн. Дѣлъ осторожно воздержалось отъ того, чтобы внести въ свой Проектъ какое либо постановленіе, отвѣчающее этимъ его столь правильнымъ соображеніямъ.

⁴⁾ Подача административной жалобы должна прерывать теченіе давности лишь для того, кто подалъ эту жалобу. Не имѣло бы никакого оправданія установленіе такого порядка, при которомъ, въ случаѣ если данное распоряженіе причинило убытки ряду лицъ, подача жалобы однимъ изъ нихъ останавливала бы теченіе давности и для всѣхъ остальныхъ.

Но такое возраженіе было бы чрезчуръ поспѣшнымъ. Теперь многіе торопятся съ искомъ, зная, что, пропустивъ краткій срокъ давности, они уже будутъ не въ состояніи поправить дѣло; поэтому иски предъявляются иногда и въ тѣхъ случаяхъ, когда по обстоятельствамъ дѣла можно было бы ограничиться принесеніемъ жалобы, направленной къ отмѣнѣ или исправленію незаконнаго распоряженія.

Съ точки зрѣнія психологіи обывателя, когда административное обжалованіе не будетъ фактически преграждать возможности иска, естественнѣе всего будетъ начинать дѣло именно съ жалобы по начальству; а тамъ, когда обыватель будетъ удовлетворенъ благосприятнымъ для него рѣшеніемъ административнаго начальства, онъ врядъ ли захочетъ далѣе преслѣдовать чиновника и предъявлять къ нему искъ объ убыткахъ. Тутъ дѣло не въ одномъ миролюбіи русскаго обывателя: обыватель вообще чувствуетъ себя въ зависимости отъ администраціи, отъ тѣхъ ея органовъ, съ которыми вступаетъ въ непосредственное соприкосновеніе. И мы думаемъ, что всякій согласится съ тѣмъ, что количество исковъ, предъявляемыхъ къ чинамъ администраціи, ограничивается у насъ не столько краткостью сроковъ исковой давности, сколько именно страхомъ обывателя передъ администраціей.

Такимъ образомъ удлиненіе срока исковой давности на время необходимое для административнаго обжалованія, по нашему мнѣнію, не можетъ имѣть никакого существеннаго значенія въ смыслѣ увеличенія числа исковъ къ должностнымъ лицамъ. Такое удлиненіе этого срока скорѣе поведетъ къ тому, что обратитъ на путь административнаго обжалованія тѣ дѣла, которыя теперь безъ малѣйшей пользы для обывателя и законности управленія законъ искусственно толкаетъ на путь гражданскаго иска къ должностному лицу.

IV. Если отъ вопроса о продолжительности давности, установленной для исковъ къ должностнымъ лицамъ, мы перейдемъ къ вопросу о начальномъ моментѣ ея, то и этотъ моментъ мы должны будемъ признать въ нашемъ законодательствѣ выбраннымъ не вполне удачно.

Начальнымъ моментомъ этой давности, какъ по статьѣ 1318 дѣйствующаго Устава Гражданскаго Судопроизводства, такъ и по статьѣ 999 проекта новой ея редакціи, является или день объявленія просителю распоряженія, признаваемаго имъ нарушающимъ его права, или день приведенія этого распоряженія въ дѣйствіе, если оно исполнено безъ предварительнаго объявленія ¹⁾.

¹⁾ Замѣтимъ, что устанавливаемое статьею 1318 противоположеніе „дня объявленія просителю распоряженія, признаваемаго имъ неправильнымъ“, дню „приведенія таковаго распоряженія въ дѣйствіе, если оно исполнено безъ предварительнаго объявленія“, на дѣлѣ не всегда бываетъ достаточно выражено: земскій начальникъ постановляетъ по ст. 61 объ арестѣ крестьянина; крестьянина забираютъ, приводятъ въ волостное правленіе и, сажая въ холодную,

Но нерѣдки случаи, когда незаконное распоряженіе въ первые мѣсяцы по объявленіи своемъ никому никакихъ убытковъ не приноситъ. Незаконныя правила о весеннемъ ловѣ рыбы могутъ быть изданы еще и съ осени и тогда же объявлены рыбопромышленникамъ. Хотя, быть можетъ, до весны имъ не удастся добиться отмѣны этихъ правилъ, и весной рыбопромышленники потерпятъ отъ нихъ громадные убытки, но взыскать ихъ съ виновника этихъ убытковъ юридически невозможно: въ первые три мѣсяца по изданіи этихъ правилъ никакой искъ невозможенъ, такъ какъ убытки еще не наступили, а весной искъ невозможенъ, такъ какъ со времени объявленія этихъ правилъ рыбопромышленникамъ прошло болѣе трехъ мѣсяцевъ.

Затѣмъ,—и практически это конечно наиболѣе частый случай,—убытокъ можетъ быть причиненъ лицомъ, совершенно правильно исполнившимъ въ чемъ либо противозаконное постановленіе своего начальства. Между постановленіемъ начальства и тѣмъ распоряженіемъ должностного лица, которое причинило убытки, можетъ пройти неопредѣленное количество времени—годъ, два. Искъ къ исполнителю невозможенъ, ибо должностное лицо, дѣйствующее на основаніи предписанія своего начальства, формально правильнаго и не заключающаго въ себѣ ничего преступнаго, не можетъ отвѣчать за убытки, имъ причиняемые. Начальство, отъ котораго исходило данное постановленіе, не можетъ быть привлечено къ отвѣтственности, ибо его неправильность покрыта давностью.

Такимъ образомъ, наше законодательство устанавливаетъ для предъявленія исковъ къ должностнымъ лицамъ такіе сроки, при которыхъ право на искъ можетъ оказаться погашеннымъ еще до того, какъ это право наступило. Положеніе вещей явно недопустимое¹⁾.

объявляютъ о постановленіи земскаго начальника. Есть ли тутъ „предварительное“ объявленіе, котораго требуетъ законъ для сокращенія срока съ шести мѣсяцевъ на три? Коль скоро законъ говоритъ о „предварительномъ“ объявленіи, то надо признать, что такого здѣсь не было. Другое рѣшеніе шло бы явно противъ буквальнаго смысла закона. Но вмѣстѣ съ тѣмъ надо признать, что ясная сама по себѣ редакция закона не вполне соответствуетъ той мысли, которую собирались провести въ законѣ.

¹⁾ Самое отсчитываніе срока со дня объявленія не совсѣмъ правильно еще и потому, что изъ объявленія не всегда можно усмотрѣть не только неизбежность убытковъ, которые проистекутъ отъ даннаго неправильнаго распоряженія, но и самую его неправильность. Въ этомъ отношеніи интересно постановленіе бернскаго закона, который начинаетъ теченіе срока, погашающаго искъ со дня объявленія, „если изъ объявленія ясно видно данное распоряженіе“.—Замѣтимъ, что напр. германскіе законы и въ тѣхъ случаяхъ, когда они ставятъ предъявленію иска возможныя затрудненія, напр. въ случаѣ исковъ къ общинамъ объ убыткахъ, причиненныхъ народными движеніями, все таки отсчитываютъ устанавливаемые ими сроки давности съ того времени, какъ убытокъ сталъ извѣстенъ потерпѣвшему лицу. Ср. ниже, въ части IV-ой, главу объ отвѣтственности за убытки, причиненные народными движеніями.

Вообще давность, погашающая иски къ должностнымъ лицамъ, отсчитывается: 1) со дня воспослѣдованія даннаго распоряженія, при чемъ давность эта устанавливается обыкновенно въ нѣсколько лѣтъ, и 2) съ какого либо другого срока, имѣющаго отношеніе къ потерпѣвшему, при чемъ эта давность болѣе краткая, годъ, два, въ рѣдкихъ случаяхъ даже шесть мѣсяцевъ ¹⁾.

Эта вторая давность течетъ или 1) съ того дня, когда наступившій вредъ сталъ извѣстенъ потерпѣвшему, или 2) со времени объявленія ему о незаконномъ распоряженіи, или 3) съ того времени, когда искъ къ должностному лицу сталъ юридически возможенъ: это сроки болѣе короткіе, обыкновенно шесть мѣсяцевъ или годъ ²⁾.

Выборъ между этими сроками очевидно долженъ быть сдѣланъ въ соотвѣтствіи съ тѣми сроками, которые въ данномъ законодательствѣ вообще приняты для погашенія исковъ объ убыткахъ.

Въ статьѣ 1080 проекта V книги Гражданскаго Уложенія устанавливается трехлѣтняя давность, погашающая иски объ убыткахъ, при чемъ эта давность течетъ „съ того времени, когда потерпѣвшій узналъ о вредѣ и виновникѣ его. Право на искъ во всякомъ случаѣ погашается по истеченіи 10 лѣтъ со дня совершенія дѣянія“.

Аналогичное правило необходимо постановить и для исковъ къ должностнымъ лицамъ. Если вообще признается необходимымъ установить для этихъ исковъ особые сокращенные сроки давности, то вмѣсто трехъ лѣтъ можно взять годъ.

Но нельзя устанавливать въ законѣ такой способъ исчисленія давности, при которомъ давность для иска можетъ истечь раньше, чѣмъ наступитъ юридическая возможность предъявить искъ, раньше, чѣмъ наступятъ отыскиваемые убытки.

Поэтому, какъ намъ кажется, въ будущемъ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства необходимо примѣнительно къ проекту Гражданскаго Уложенія постановить, что давность для исковъ къ должностнымъ лицамъ течетъ съ того времени, когда потерпѣвшій узналъ о понесенномъ имъ вредѣ и о виновникѣ его.

¹⁾ Гезеръ, стр. 146 — 150. У него приведено и значительное число постановленій отдѣльныхъ законовъ, по преимуществу кантональныхъ швейцарскихъ по вопросу о давности.

²⁾ Даже англійское право, которое въ укороченной шестимѣсячной давности для исковъ къ должностнымъ лицамъ видитъ главную охрану должностныхъ лицъ (ср. Public Authorities Protection Act, 1893), устанавливая, что теченіе давности начинается со времени воспослѣдованія того распоряженія, которое причинило вредъ, для цѣлаго ряда случаевъ устанавливаетъ иные начальные моменты исчисленія давности: напр. въ случаѣ неправильнаго ареста давность течетъ не со времени ареста, а со времени освобожденія; въ случаѣ продолжающагося причиненія вреда искъ течетъ со времени его прекращенія.— Ср. Честеръ, стр. 167.—Стифенъ, томъ III, стр. 452 и 554.

V. Предъявленіе гражданскаго иска къ должностному лицу не должно стоять ни въ какой зависимости отъ возбуждаемаго противъ этого лица дисциплинарнаго производства ¹⁾).

Отсрочивать предъявленіе гражданскаго иска впредь до окончанія дисциплинарнаго производства было бы необходимо только въ томъ случаѣ, еслибы постановленія дисциплинарнаго присутствія и гражданскаго суда могли оказаться въ такого рода формальномъ противорѣчій другъ съ другомъ, въ которомъ можно было бы усмотрѣть соблазнъ, вредный для чувства законности ²⁾).

Но на дѣлѣ между дисциплинарнымъ обвиненіемъ или оправданіемъ должностнаго лица и присужденіемъ съ него гражданскаго взысканія или освобожденіемъ отъ него никакого формальнаго противорѣчія быть не можетъ. Дисциплинарное взысканіе имѣетъ въ виду интересы службы, поддержаніе служебной ревности: иногда само по себѣ незначительное отступленіе отъ заведеннаго порядка, если въ немъ проявляется упорное неповиновеніе подчиненнаго, можетъ вызвать наложеніе на него дисциплинарнаго взысканія, тогда какъ это же самое нарушеніе заведеннаго порядка, если оно не представляетъ ничего противозаконнаго, отнюдь не можетъ служить основаніемъ для иска объ убыткахъ.

И наоборотъ, неправильность, допущенная чиновникомъ въ силу его небрежности, можетъ служить основаніемъ для гражданскаго иска, но вмѣстѣ съ тѣмъ на дисциплинарномъ производствѣ можетъ выясниться, что данный чиновникъ всегда отличался примѣрнѣйшимъ исправленіемъ своихъ обязанностей, и что допущенная имъ ошибка объясняется какимъ либо исключительнымъ случаемъ—напр., семейнымъ горемъ,—такъ что подвергать его, помимо могущаго упасть на него денежнаго взысканія, еще дисциплинарному не представляется основаній.

Между тѣмъ статья 1267 проекта новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства постановляетъ: „иски о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, за кои они подлежатъ дисциплинарной отвѣтственности,

¹⁾ M. Seydel. Bayerisches Staatsrecht. I, 1896, стр. 594. — Lippmann. Gerichtliche Verfolgung öffentlicher Beamter. Annalen des Deutschen Reichs. 1885 г. стр. 451.—Ср. также по этому поводу представленіе М-ра Юст. въ Гос. Совѣтъ отъ 15 дек. 1901 г. № 43269 (по поводу проекта Устава о Служебныхъ Провинностяхъ), стр. 146.

²⁾ Объяснительная Записка къ проекту новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства, томъ IV, стр. 264: „одновременное производство въ административномъ установленіи дѣла о дисциплинарной отвѣтственности служащаго, а въ гражданскомъ судѣ дѣла по взысканію со служащаго вознагражденія за причиненные его незаконными дѣйствіями убытки, представляетъ значительныя неудобства и можетъ дать поводъ къ нежелательнымъ столкновеніямъ между рѣшеніями дисциплинарныхъ и судебныхъ властей“.

предъявляются въ гражданскомъ судѣ по правиламъ, опредѣленнымъ въ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства, по окончаніи дисциплинарнаго производства, если таковое было возбуждено“.

Согласно только что нами сказанному, постановленіе этой статьи объ отсрочкѣ разсмотрѣнія гражданскихъ исковъ впредь до окончанія дисциплинарнаго производства представляется намъ по существу своему совершенно излишнимъ.

Но и независимо отъ того, что въ подобномъ постановленіи не встрѣчается надобности, оно и по формѣ своей представляется крайне неудачнымъ. Эта статья отсрочиваетъ до „окончанія дисциплинарнаго производства, если таковое было возбуждено“, самое предъявленіе иска. Какое отношеніе имѣетъ эта отсрочка къ сроку статьи 999 проекта новой редакціи Устава Гражданскаго Судопроизводства (ст. 1318 дѣйствующаго Устава)? Значить ли это, что теченіе этого срока прерывается на время дисциплинарнаго производства, или же это значить, что со времени его окончанія срокъ ст. 999 только начинается течь?

Если первое, то что же считается начальнымъ срокомъ перерыва? Затѣмъ, кто же оповѣщаетъ обывателей (на случай если бы ктонибудь пожелалъ предъявить искъ), что противъ такого то чиновника тогда то начато дисциплинарное производство и тогда то кончено? Вѣдь нельзя же теченіе сроковъ, обязательныхъ для обывателей, отсчитывать отъ такихъ моментовъ, которые отъ этого самаго обывателя скрываются ¹⁾.

Такимъ образомъ, помимо неправильности той мысли, которая положена въ основу статьи 1267 проекта новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства, а именно, что предъявленіе гражданскаго иска должно быть откладываемо впредь до окончанія дисциплинарнаго производства, мысль эту надо признать выраженной крайне неудачно.

Наконецъ нельзя не замѣтить, что статья эта говоритъ лишь о гражданскихъ искахъ и дисциплинарномъ производствѣ и поэтому могла бы быть помѣщена или въ Уставѣ о Служебныхъ Провинностяхъ, или въ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства. Почему эта статья, не имѣющая ни малѣйшаго отношенія ни къ какому уголовному дѣлу, помѣщена въ проектѣ Устава Уголовнаго Судопроизводства, намъ представляется совершенно непонятнымъ.

VI. Искъ объ убыткахъ можетъ быть предъявленъ лишь къ должностнымъ лицамъ, но не къ присутственнымъ мѣстамъ.

Между тѣмъ и ст. 1319 дѣйствующаго Устава, и ст. 1000 проекта постановляютъ, что „копія искового прошенія сообщается . . . или каждому члену того присутственнаго мѣста, противъ котораго предъ-

¹⁾ На всѣ эти вопросы ни самые проекты новой редакціи Судебныхъ Уставовъ, ни Объяснительная Записка къ проекту новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства (томъ IV, стр. 264, и томъ V, стр. 180) не даютъ рѣшительно никакого отвѣта.

явленъ искъ“. По правиламъ русской грамматики, слово „который“ относится къ слову, обозначенному указательнымъ мѣстоименіемъ „того“, т. е. къ (присутственному) „мѣсту“, и такимъ образомъ по несомнѣнному грамматическому смыслу этой фразы получается, что по закону искъ можетъ быть предъявленъ къ присутственному мѣсту.

Такъ какъ вообще нѣтъ никакого основанія къ сохраненію этой редакціи, постановляющей нѣчто такое, что законъ повидимому постановлять не хочетъ, или во всякомъ случаѣ не долженъ, то, казалось бы, что эту статью можно было бы изложить слѣдующимъ образомъ: „копія искового прошенія сообщается . . . каждому члену того присутственнаго мѣста, *составу* котораго предъявленъ искъ“.

VII. Согласно ст. 1326 и 1327 дѣйствующаго Уст. Гражд. Суд., а также ст. 1008 и 1009 новаго проекта, на постановленія смѣшанныхъ присутствій, рассматривающихъ иски объ убыткахъ, причиненныхъ должностными лицами, могутъ быть приносимы лишь апелляціонныя жалобы. Кассационныхъ жалобъ по этимъ дѣламъ законъ не допускаетъ ¹⁾.

Такого рода порядокъ вещей долженъ быть признанъ въ высшей степени неудачнымъ.

Если видѣть въ кассационномъ производствѣ гарантію законности и единообразія примѣненія права,—а такая точка зрѣнія на кассацию повидимому не оставлена, — то конечно нельзя устранять кассацию какъ разъ въ тѣхъ дѣлахъ, которыя болѣе какихъ либо другихъ затрудняютъ суды своею необычностью и сложностью возникающихъ по нимъ вопросовъ государственнаго и административнаго права.

И затѣмъ, какъ можно именно въ этихъ дѣлахъ, иногда столь остро затрагивающихъ интересы мѣстной администраціи, ограничивать разсмотрѣніе дѣла мѣстными судами и запрещать хотя бы кассационный переносъ ихъ въ Сенатъ?

Такая странность могла бы быть оправдана развѣ тѣмъ, что для кассациі дѣлъ этого рода нельзя подыскать подходящія третья инстанція. Но по крайней мѣрѣ для дѣлъ, которыя въ первой инстанціи рассматриваются въ окружныхъ судахъ и судебныхъ палатахъ, третьею инстанціею безусловно могли бы служить Гражданскій Кассационный Департаментъ, одинъ или въ соединеніи съ Первымъ, и Общее Собраніе Кассационныхъ Департаментовъ, однихъ или опять таки въ соединеніи съ Первымъ.

На той или иной кассационной инстанціи мы не настаиваемъ, но считаемъ, что для дѣлъ по искамъ къ должностнымъ лицамъ объ убыткахъ кассация практически возможна и, какъ существенная гарантія правосудія, особенно необходима.

¹⁾ См. рѣш. Общ. Собр. I и Кассационныхъ Д-товъ Прав. Сената 1898 г. №14.

§ 2. Иски къ судьямъ.

Что касается процессуальной постановки исковъ къ судьямъ, то она совершенно иная, чѣмъ постановка исковъ къ должностнымъ лицамъ административнаго вѣдомства. Въ этомъ наше право отличается, на сколько намъ извѣстно, отъ всѣхъ иностранныхъ законодательствъ, не дѣлающихъ въ процессуальномъ отношеніи различія между исками къ должностнымъ лицамъ разныхъ вѣдомствъ.

Въ то время, какъ иски къ административнымъ должностнымъ лицамъ предъявляются къ нимъ непосредственно, и истецъ для этого не нуждается ни въ чѣмъ дозволеніи или разрѣшеніи, согласно ст. 1331 Уст. Гр. Суд. для предъявленія иска къ чинамъ окружного суда и къ мировымъ судьямъ надо получить разрѣшеніе судебной палаты, а для предъявленія иска къ предсѣдателямъ, членамъ и прокурорамъ высшихъ судебныхъ установлений — разрѣшеніе Соединеннаго Присутствія 1-го и Кассационныхъ Департаментовъ Правит. Сената.

Какъ мы видѣли выше ¹⁾, согласно первоначальному проекту Устава Гр. Суд. предполагалось установить, что и для предъявленія иска къ административнымъ должностнымъ лицамъ потерпѣвшій отъ ихъ неправильныхъ дѣйствій долженъ получить на то разрѣшеніе, и лишь по вопросу о томъ, чье именно это должно быть разрѣшеніе, административнаго ли начальства отвѣтчика, или высшей судебной инстанціи, мнѣнія въ комиссіи раздѣлились; но что предварительное разрѣшеніе необходимо, въ этомъ комиссія не сомнѣвалась. Поэтому со стороны комиссіи было вполне послѣдовательно, что она установила предварительное разрѣшеніе и для исковъ къ судьямъ ²⁾.

При обсужденіи въ Государственномъ Совѣтѣ вопроса о порядкѣ предъявленія исковъ къ административнымъ лицамъ, институтъ предварительнаго разрѣшенія былъ отвергнутъ. По отношенію къ искамъ къ судьямъ его сохранили. Но такимъ образомъ получилось существенное различіе между этими двумя категоріями исковъ. Дѣйствительная причина этого намъ неизвѣстна. Но какъ намъ кажется, различіе это вполне можетъ быть оправдано различіемъ въ постано-

¹⁾ См. выше, стр. 516.

²⁾ Въ ст. 1331, перечисляющей, какія учрежденія даютъ разрѣшеніе на предъявленіе иска къ тѣмъ или другимъ судьямъ, не указано, кто даетъ разрѣшеніе на предъявленіе иска къ сенаторамъ Кассационныхъ Департаментовъ Сената. Изъ этого умолчанія закона Общее Собраніе Кассационныхъ Д-товъ 25 Окт. 1904 г. вывело то заключеніе, что предъявленіе къ нимъ иска юридически невозможно. См. К. П. Змирловъ, Журн. Мин. Юст. 1905 г. № 1, стр. 1.

вленіях матерьяльнаго права, которыя опредѣляютъ отвѣтственность административныхъ должностныхъ лицъ и судей. Въ то время, какъ по ст. 1316 административныя должностныя лица отвѣчаютъ только за нерадѣніе, неосмотрительность и медленность, судьи, отвѣтственность которыхъ по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ по самому существу дѣла должна опредѣляться болѣе для нихъ льготными условіями, отвѣчаютъ по ст. 1331 Уст. Гр. Суд. и ст. 370 Ул. о Нак. за всякую неправильность ¹⁾).

Такъ какъ такая установленная закономъ отвѣтственность не могла быть допущена, и такъ какъ тогда не сумѣли поставить эту отвѣтственность судей въ рамки, въ самомъ законѣ обозначенныя сколько нибудь опредѣленно, то единственнымъ выходомъ изъ этого положенія нашего законодательства было замѣнить опредѣлительныя постановленія закона, которыя ограждали бы судей отъ отвѣтственности за то, за что они отвѣчать не должны, усмотрѣніемъ высшей судебной инстанціи, которая бы уже не по закону, а по собственному произволію рѣшала бы, отвѣчать ли данному судѣ или не отвѣчать.

Мы пока не будемъ останавливаться на вопросѣ о резонности и допустимости предварительнаго разрѣшенія на предъявленіе исковъ къ должностнымъ лицамъ. Замѣтимъ только, что допустимо ли вообще предварительное разрѣшеніе въ благоустроенномъ государствѣ или не допустимо, во всякомъ случаѣ тому учрежденію, которое даетъ это предварительное разрѣшеніе, закономъ должны быть преподаны какія бы то ни было указанія по вопросу, къ какихъ случаяхъ оно должно давать это разрѣшеніе, въ какихъ отказывать въ немъ.

Между тѣмъ наше дѣйствующее законодательство не даетъ никакихъ такихъ указаній, которыми можно было бы сколько нибудь руководиться въ этомъ дѣлѣ.

И намъ казалось бы, что задачею производящагося пересмотра Уст. Гр. Суд. должна была бы быть замѣна неопредѣленнаго постановленія ст. 1331 объ убыткахъ, понесенныхъ вслѣдствіе „неправильныхъ или пристрастныхъ“ дѣйствій чиновъ судебного вѣдомства, такого рода постановленіемъ, которое могло бы являться сколько нибудь твердою опорой при разрѣшеніи вопроса, долженъ ли данный судья отвѣчать за данныя убытки, или не долженъ. И еслибы это было

¹⁾ К. П. Змирловъ, Журн. Мин. Юст. 1905 г. № 1, стр. 16, находитъ, что подъ неправильными дѣйствіями составители Уст. Гражд. Суд. „имѣли въ виду то, что *code de procédure civile* называетъ *déni de justice*“. Соображенія, какъ большинства Комиссіи (см. выше, стр. 438 и 439 и выноски на нихъ), такъ и меньшинства не даютъ по нашему мнѣнію ни малѣйшаго основанія для подобнаго заключенія. Ср. Объяснительную Записку къ проекту Книги III Уст. Гражд. Суд., стр. 475—483. И авторы проекта, и Государственный Совѣтъ стояли на почвѣ русскаго, а не французскаго права.

сдѣлано, то отъ предварительнаго разрѣшенія на предъявленіе исковъ къ судьямъ можно было бы и вовсе отказаться.

Вмѣсто того комиссія, производившая этотъ пересмотръ, сохранила и современную неопредѣленность права, и современное предварительное обжалованіе въ той его постановкѣ, которая, какъ намъ кажется, не можетъ быть допущена въ государствѣ, стремящемся быть управляемымъ на точномъ основаніи законовъ, а не на основаніи свободнаго усмотрѣнія тѣхъ или другихъ чиновниковъ.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Процессуальная постановка отвѣтственности должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ихъ преступными дѣйствіями.

Въ процессуальномъ отношеніи самымъ существеннымъ отличіемъ взысканія убытковъ, причиненныхъ преступленіемъ должности, отъ взысканія убытковъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями чиновниковъ, является то, что въ то время какъ убытки, понесенные отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника, отыскиваются непосредственнымъ предьявленіемъ къ нему иска, убытки отъ преступленія по службѣ могутъ быть отыскиваемы лишь по преданіи виновнаго должностнаго лица суду ¹⁾.

Указанная связь между исками объ убыткахъ, причиненныхъ преступленіями должности, и преданіемъ должностныхъ лицъ суду, вытекаетъ изъ того основнаго принципа нашего судопроизводства, что фактъ совершенія кѣмъ либо такого дѣянія, которое заключаетъ въ себѣ признаки преступленія, можетъ быть установленъ только уголовнымъ судомъ ²⁾. Поэтому вполне естественно, что порядокъ преданія должностныхъ лицъ суду оказываетъ свое вліяніе на порядокъ взысканія съ должностныхъ лицъ убытковъ, причиненныхъ ихъ служебными преступленіями.

Поэтому намъ придется остановиться на вопросѣ о порядкѣ возбужденія уголовного преслѣдованія противъ должностныхъ лицъ, не смотря на то, что самъ по себѣ вопросъ этотъ выходитъ изъ рамокъ нашей работы.

¹⁾ Уст. Уг. Суд. статьи 1070, 1079, 1085, 1085¹.

²⁾ Ср. рѣш. Гр. Касс. Д-та 1880 г. № 111. И юридическое основаніе для иска объ убыткахъ иное: въ случаѣ непроступныхъ дѣйствій для частныхъ лицъ ст. 684 Зак. Гражд., для должностныхъ—ст. 1316 Уст. Гр. Суд.; въ случаѣ преступныхъ дѣйствій для частныхъ лицъ ст. 644 Зак. Гражд., для должностныхъ—ст. 677 Зак. Гражд.

§ 1. *Дѣйствующія основныя начала судопроизводства по преступленіямъ должности.*

Основнымъ характернымъ отличіемъ преслѣдованія должностныхъ преступленій отъ общаго порядка уголовного судопроизводства является предоставленное начальству обвиняемаго должностнаго лица право возбуждать уголовное преслѣдованіе, право назначать производство предварительнаго слѣдствія, право предавать обвиняемыхъ чиновниковъ суду и, наконецъ, право прекращать возбужденное уголовное преслѣдованіе, при чемъ всѣ эти права начальства существуютъ не на ряду съ соответственными полномочіями судебныхъ органовъ, слѣдственной власти и прокурорскаго надзора, а исключаютъ по отношенію къ должностнымъ лицамъ эти полномочія.

Эти права начальства составляютъ то, что носитъ характерное техническое названіе „административной гарантіи должностныхъ лицъ“.

Дѣйствующіе законы, опредѣляющіе порядокъ осуществленія этой охраны должностныхъ лицъ отъ судебного преслѣдованія ихъ за преступленія должности, изложены въ высшей степени казуистично и далеко не вполне согласованы одни съ другими, такъ что примѣненіе этихъ постановленій по отношенію къ цѣлому ряду должностныхъ лицъ вызываетъ массу почти неразрѣшимыхъ сомнѣній. На всѣхъ контроверзахъ, возникающихъ по поводу отдѣльныхъ частныхъ вопросовъ, мы останавливаться не будемъ и намѣтимъ существующій порядокъ лишь въ его общихъ, принципиальныхъ чертахъ.

Что касается прежде всего момента возбужденія уголовного преслѣдованія, то при всемъ существенномъ значеніи этого момента (для вопроса объ истеченіи давности, для опредѣленія, былъ ли чиновникъ подъ слѣдствіемъ и судомъ, и т. п.), моментъ этотъ для значительнаго большинства чиновниковъ является въ законѣ совершенно невыясненнымъ. Въ ст. 1085² Уст. Уг. Суд. указана власть, возбуждающая уголовное преслѣдованіе, только по отношенію къ выборнымъ лицамъ городской и земской службы и къ должностнымъ лицамъ земскихъ и городскихъ управъ. По отношенію же къ остальнымъ должностнымъ лицамъ въ Уст. Уг. Суд., въ статьяхъ 1079 1085, 1085¹, 1085² и 1085³, вовсе не указано, кто имѣетъ право возбуждать противъ нихъ уголовное преслѣдованіе. Но изъ сопоставленія статьи 1085, говорящей, что донесенія и сообщенія о преступленіяхъ должности обращаются къ тому начальству, отъ коего зависитъ опредѣленіе обвиняемаго къ должности, со статьями 1086 и 1087 Уст. Уг. Суд. ¹⁾,

¹⁾ Ст. 1086: „Начальство обвиняемыхъ должностныхъ лицъ прежде всего сообщаетъ имъ какъ о предметахъ обвиненія, такъ и объ имѣющихся противъ нихъ доказательствахъ, требуя надлежащихъ объясненій. Когда по обстоятельствамъ дѣла окажется нужнымъ предварительное изслѣдованіе, то оно возлагается на одного изъ подвѣдомственныхъ тому же начальству чиновниковъ“. Ст. 1087.

слѣдуетъ придти къ тому выводу, что отъ этого начальства зависитъ и возбужденіе уголовнаго преслѣдованія.

Начальство чиновника, получивъ донесеніе о совершенномъ имъ служебномъ преступленіи, прежде преданія его суду приводитъ всѣ предметы обвиненія въ такую ясность, чтобы постановленіе о преданіи суду заключало всѣ свѣдѣнія, необходимыя для составленія прокурорскимъ надзоромъ обвинительнаго акта, и чтобы судебному мѣсту можно было приступить въ его засѣданіи прямо къ судебному слѣдствію ¹⁾; при этомъ законъ, говоря объ обвинительныхъ актахъ по такого рода дѣламъ, выражается такъ: „обвинительный актъ, составленный по постановленію начальства обвиняемаго“ ²⁾.

Для того, чтобы составить такое постановленіе, должствующее служить исчерпывающимъ основаніемъ для обвинительнаго акта, начальство обвиняемаго чиновника прежде всего сообщаетъ ему какъ о предметахъ обвиненія, такъ и объ имѣющихся доказательствахъ и требуетъ надлежащихъ объясненій ³⁾. Когда начальство сочтетъ это нужнымъ, оно призываетъ „предварительное изслѣдованіе“, возлагая его на одного изъ подвѣдомственныхъ ему чиновниковъ ⁴⁾.

Такимъ образомъ, по общему правилу ⁵⁾ и слѣдственная власть, и прокуратура вовсе устранены отъ какого бы то ни было участія во всѣхъ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя предшествуютъ предварительному слѣдствію.

Что касается второй стадіи уголовнаго преслѣдованія должностнаго лица, а именно назначенія предварительнаго слѣдствія, то и по вопросу о той власти, отъ которой зависитъ его назначеніе, постановленія дѣйствующаго законодательства по неполнотѣ своей и отрывочности оставляютъ мѣсто для существенныхъ сомнѣній. Сенатъ разъяснилъ, что, назначеніе предварительнаго слѣдствія признается правомъ той же власти, отъ которой зависитъ и преданіе должностнаго лица суду ⁶⁾.

По общему правилу назначеніе предварительнаго слѣдствія че-

По рассмотрѣніи объясненій обвиняемаго и слѣдствія о его дѣйствіяхъ, если оно было произведено, начальство его или разрѣшаетъ дѣло административнымъ порядкомъ, или же дѣлаетъ постановленіе, или входитъ, куда слѣдуетъ, съ представленіемъ о преданіи обвиняемыхъ суду“.

¹⁾ Уст. Угол. Суд. ст. 1095.

²⁾ Тамъ же, ст. 1096.

³⁾ Тамъ же, ст. 1086. См. выше, стр. 539, выноска 1.

⁴⁾ Та же статья.

⁵⁾ Рѣш. Соед. Прис. 1-го и Уг. Касс. Д-та 8 марта 1873 г. № 2173 и 29 марта 1876 г. № 2608.

⁶⁾ Рѣш. Общ. Собр. 1 и Касс. Д-товъ Пр. Сената 1870 г. № 15. Но на практикѣ назначеніе предварительнаго слѣдствія дѣлается обыкновенно властью, назначившею чиновника къ должности.

резъ судебнаго слѣдователя предоставлено усмотрѣнію начальства. Но въ нѣкоторыхъ дѣлахъ назначеніе предварительнаго слѣдствія является для начальства обязательнымъ. Этому законъ требуетъ „въ слѣдующихъ случаяхъ: 1. когда въ преступленіи, вмѣстѣ съ должностными лицами, участвовали и частныя лица; 2. когда съ обвиняемаго должностнаго лица требуется вознагражденіе за вредъ или убытки, причиненные его дѣйствіями по должности; и 3. когда должностное лицо обвиняется въ такомъ преступленіи должности, которое по закону влечетъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія или же всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ“¹⁾.

Преданіе суду по общему правилу, изложенному впрочемъ тоже весьма казуистично и потому далеко не обнимающему всѣхъ возможныхъ случаевъ, производится по отношенію къ лицамъ, назначаемымъ губернскими или равными имъ властями,—губернскими правленіями, по отношенію къ лицамъ, назначеннымъ министерствами—по постановленіямъ, утвержденнымъ министрами, по отношенію къ лицамъ, назначеннымъ Высочайшею властью—по постановленіямъ I департамента Пр. Сената²⁾.

Что касается прекращенія возбужденнаго противъ чиновника уголовнаго преслѣдованія, то оно точно такъ же зависитъ отъ административнаго начальства, отъ котораго зависитъ опредѣленіе обвиняемаго къ должности³⁾.

Этому же начальству, а не начальству, отъ коего зависитъ преданіе обвиняемаго суду, препровождается и заключеніе прокурорскаго надзора о дальнѣйшемъ направленіи дѣла по предварительному слѣдствію, произведенному черезъ судебнаго слѣдователя⁴⁾. Если это начальство не соглашается съ заключеніемъ прокурорскаго надзора о преданіи суду, то прокуратура имѣетъ право возбудить пререканіе,

¹⁾ Уст. Уг. Суд., ст. 1089.

²⁾ Уст. Уг. Суд. ст. 1088. По отношенію къ цѣлому ряду должностныхъ лицъ эти постановленія статьи 1088 развиты и распространены практикою Пр. Сената и сепаратными законодательными актами, при чемъ какъ въ основу этихъ законодательныхъ актовъ, такъ и въ основу рѣшеній Сената положено неуклонное стремленіе предоставить рѣшеніе вопроса о преданіи суду каждаго даннаго рода лицъ какому либо совѣщательному коллегіальному учрежденію. постановленіе котораго утверждается главою соотвѣтственнаго учрежденія или вѣдомства. См. рѣш. I Общаго Собранія Прав. Сената отъ 30 сентября 1875 г. № 6891 и отъ 19 декабря 1894 г. № 9654.—Тимофеевскій и Кузнецовъ, стр. 386—389. Особыми правилами опредѣленъ порядокъ преданія суду губернаторовъ (Учр. Пр. Сен., прод. 1902 г., ст. 96, прим.) и лицъ, занимающихъ должности первыхъ трехъ классовъ (Учр. Гос. Сов., изд. 1901 г., ст. 31, п. 16).

³⁾ Уст. Уг. Суд., ст. 1087.

⁴⁾ Опредѣленіе Соед. Прис. I-го и Уг. Касс. Д-та 4 мая 1872 г. № 3724 и 24 мая 1894 г. № 4313.

которое разрѣшается Соединеннымъ Присутствіемъ Перваго и Уголовнаго Кассационнаго Департаментовъ Пр. Сената ¹⁾).

§ 2. Недостатки современнаго порядка преслѣдованія должностныхъ преступленій.

А. Возбужденіе дѣла и предварительное административное разслѣдованіе.—Такъ по закону донесенія о преступленіяхъ должности „обращаются“ не къ прокурорскому надзору, а къ административному начальству обвиняемаго должностнаго лица, и отъ этой же административной власти зависитъ и возбужденіе уголовного преслѣдованія, то возможность самаго предьявленія иска ставится въ зависимость отъ усмотрѣнія начальства.

Существеннѣйшимъ правомъ начальства въ дѣлѣ уголовного преслѣдованія чиновниковъ обыкновенно принято считать исключительное право начальства предавать обвиняемыхъ должностныхъ лицъ суду и ограничиваться въ тѣхъ случаяхъ, когда оно считаетъ это нужнымъ, наложеніемъ дисциплинарныхъ взысканій.

Важности этого права, конечно, отрицать нельзя, но намъ кажется, что слабость уголовной репрессіи должностныхъ преступленій въ Россіи лежитъ не столько въ правѣ начальства предавать или не предавать суду, сколько именно въ чисто административномъ характерѣ всей той процедуры, которая предшествуетъ постановленію о преданіи суду или административному окончанію дѣла, а также въ томъ, что эта процедура не соотвѣтствуетъ всѣмъ потребностямъ сколько нибудь правильно поставленнаго уголовного процесса.

Прежде всего, установленная закономъ ²⁾ процедура истребованія отъ обвиняемаго предварительныхъ объясненій, на затребованіе и подачу которыхъ законъ не устанавливаетъ никакихъ сроковъ, приводитъ къ крайней медленности производства, что при многихъ преступленіяхъ, какъ напр. при нанесеніи побоевъ, легкихъ ранъ и т. п. нерѣдко создаетъ полную невозможность уголовного преслѣдованія, или по крайней мѣрѣ невозможность постановить правильный приговоръ.

Крайнее неудобство этой процедуры повидимому и вынудило Пр. Сенатъ признать, что затребованіе объясненій отъ обвиняемаго не обязательно для начальства, если только по дѣлу назначается предварительное изслѣдованіе, или если дѣло передается судебному слѣдователю. Хотя толкованіе это входитъ въ практику, но на дѣлѣ затребованіе объясненій все таки по значительному большинству дѣлъ является первою стадіею производства, стадіею, предоставляющею

¹⁾ Уст. Уг. Суд., ст. 1094.

²⁾ Уст. Уг. Суд., ст. 1086, см. выше, выноска на стр. 539.

обвиняемому скрыть слѣды преступленія или говорящія противъ него улики ¹⁾.

Что касается затѣмъ предварительнаго административнаго изслѣдованія, то относительно него необходимо принять во вниманіе, что и начальство обвиняемаго чиновника, и лица, командированныя имъ для производства этого изслѣдованія, прежде всего, могутъ и не обладать юридическою подготовкою, достаточною для того, чтобы правильно оцѣнить юридическое значеніе тѣхъ или другихъ фактовъ, тѣхъ или другихъ дѣйствій обвиняемаго: поэтому дѣло нерѣдко переполняется данными, лишенными въ уголовномъ отношеніи всякаго значенія, при чемъ оказываются упущенными существенныя обстоятельства ²⁾.

Но даже если предварительное изслѣдованіе и ведется вполнѣ правильно, людьми толковыми и умѣлыми, то, какъ средство обнаруженія истины, оно не можетъ быть признано сколько нибудь удовлетворительнымъ въ процессуальномъ отношеніи: по существу своему предварительное „изслѣдованіе тождественно съ полицейскимъ дознаніемъ, но сравнительно съ нимъ поставлено въ гораздо худшія условія: при производствѣ дознанія полиція находится подъ надзоромъ про-

¹⁾ Упомянутыя толкованія Сената (рѣш. Уг. Касс. Д-та 1876 г. № 18 и опред. Соед. Прис. I-го и Уг. Касс. Д-товъ 19 дек. 1883 г. № 8475 и 24 окт. 1888 г. № 8218, Тимофеевскій и Кузнецовъ, стр. 347—350) при всемъ ихъ несомнѣнномъ жизненномъ смыслѣ и практичности прямо противорѣчатъ, во первыхъ, статьѣ 1086 Уст. Уг. Суд., согласно которой „начальство обвиняемыхъ должностныхъ лицъ прежде всего сообщаетъ имъ какъ о предметахъ обвиненія, такъ и объ имѣющихся противъ нихъ доказательствахъ, требуя надлежащихъ объясненій“, а во вторыхъ, статьѣ 1087, согласно которой „по разсмотрѣніи объясненій обвиняемаго и слѣдствія объ его дѣйствіяхъ, если оно было произведено, начальство его или разрѣшаетъ дѣло административнымъ путемъ, или же дѣлаетъ постановленіе, или входитъ, куда слѣдуетъ, съ представленіемъ о преданіи обвиняемаго суду“. Въ виду такихъ категорическихъ постановленій закона, казалось бы, совершенно невозможно говорить о факультативности истребованія объясненій отъ обвиняемаго и о томъ, что этотъ способъ разслѣдованія дѣла можетъ быть замѣненъ другимъ: предварительнымъ административнымъ изслѣдованіемъ или предварительнымъ слѣдствіемъ. Если же разсматривать вопросъ *de lege ferenda*, то конечно надо признать, что нѣтъ рѣшительно никакихъ соображеній, требующихъ, чтобы слѣдственные дѣйствія начинались непременно именно съ затребованія письменныхъ объясненій отъ обвиняемаго: эти объясненія вполнѣ могутъ быть замѣнены и допросомъ. Обвиняемому можетъ быть предоставлено право подать по дѣлу письменное объясненіе, но никакіе реальные интересы этого обвиняемаго, ни тѣмъ болѣе интересы дѣла не требуютъ, чтобы эти письменныя объясненія были первою стадіею дѣла. Разсматриваемое постановленіе Уст. Уг. Суд. надо признать однимъ изъ пережитковъ нашего дореформеннаго письменнаго процесса.

²⁾ Труды Высочайше утвержденной комиссіи для пересмотра узаконеній по судебной части. Сводъ Ревизіонныхъ Отчетовъ. Томъ III, стр. 615; ср. тамъ же, стр. 602.

куратуры и может пользоваться ея указаніями, а административный чиновникъ, производящій предварительное изслѣдованіе, предоставленъ, при всей своей неопытности въ дѣлахъ этого рода, своимъ собственнымъ силамъ; вмѣстѣ съ тѣмъ, полиція при обнаруженіи признаковъ преступленія, подсуднаго общимъ судебнымъ установленіямъ, до прибытія судебного слѣдователя замѣняетъ его во всѣхъ не терпящихъ отлагательства дѣйствіяхъ, производитъ освидѣтельствванія. осмотры, выемки, обыски, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и формальные допросы, и имѣетъ право подвергать задержанію лицъ, заподозрѣнныхъ въ совершеніи означенныхъ преступленій,—чиновникъ, производящій предварительное изслѣдованіе, не въ правѣ сдѣлать что либо подобное, хотя бы ему было доподлинно извѣстно, что путемъ своевременныхъ дѣйствій этого рода можно установить вопросъ о виновности, закрѣпить улики, которыя исчезнуть къ моменту назначенія слѣдствія, задержать присвоенныя суммы, которыя въ противномъ случаѣ немедленно будутъ скрыты, обезпечить личность обвиняемаго и т. д. Между тѣмъ предварительное изслѣдованіе очень часто имѣетъ въ судебномъ дѣлѣ гораздо большее значеніе, чѣмъ дознаніе, такъ какъ послѣднее лишь въ рѣдкихъ случаяхъ получаетъ дальнѣйшее направленіе безъ провѣрки его предварительнымъ слѣдствіемъ, а предварительное изслѣдованіе по огромному числу дѣлъ о должностныхъ преступленіяхъ, не подходящихъ подъ условія, указанныя въ ст. 1089 Уст. Уг. Суд., ... провѣркѣ и дополненію путемъ производства предварительнаго слѣдствія не подлежитъ и, слѣдовательно, служить единственнымъ основаніемъ для судебного производства“¹⁾.

Такимъ образомъ, и въ томъ случаѣ, если начальство воодушевлено лучшими намѣреніями по преслѣдованію должностныхъ преступленій, тѣ условія, въ которыя поставлено дѣло, до крайности затрудняютъ правильное его разрѣшеніе, затрудняя установленіе факта преступленія и виновности того, кто его совершилъ.

Но наиболѣе вредная сторона существующаго порядка производства предварительныхъ изслѣдованій по преступленіямъ должности. замѣняющихъ и полицейское дознаніе, а по большинству дѣлъ также и предварительное слѣдствіе, состоитъ не столько въ томъ, что дѣла эти производятся крайне медленно и при томъ неумѣльными руками и въ тѣхъ случаяхъ, когда лица, производящія предварительное изслѣдованіе, относятся къ дѣлу самымъ добросовѣстнымъ и великопріятнымъ образомъ, сколько именно въ томъ, что подобное отношеніе къ дѣлу, по той постановкѣ, которую ему даетъ законъ, является почти невозможнымъ.

¹⁾ Цитированный выше, стр. 543, выноска 2, Сводъ Ревизіонныхъ Отчетовъ, томъ III, стр. 599.

По закону предварительное изслѣдованіе „возлагается на одного изъ подвѣдомственныхъ тому же начальству чиновниковъ“, т. е. на сослуживца обвиняемаго,—если не на сослуживца по данному учрежденію, то во всякомъ случаѣ на сослуживца по вѣдомству. Между тѣмъ несомнѣнно, что лица, служащія въ томъ же вѣдомствѣ, и въ особенности служащія въ томъ же учрежденіи, почти всегда соединены навѣстнымъ чувствомъ солидарности, не позволяющимъ идти противъ товарища. Затѣмъ нельзя отрицать того распространеннаго взгляда, что изобличеніе въ преступленіи кого либо изъ служащихъ въ данномъ учрежденіи набрасываетъ тѣнь на все учрежденіе, и потому тотъ, кому дорога „честь вѣдомства“ или учрежденія, нерѣдко будетъ направлять свои усилія не на изобличеніе виновнаго, а на то, чтобы сокрыть слѣды преступленія, будучи самъ лично вполне удовлетворенъ тѣмъ, что знаетъ, что виновнаго не стануть долго держать на службѣ, и что такимъ образомъ вѣдомство естественнымъ путемъ очистится отъ нежелательныхъ элементовъ безъ досадной для всѣхъ и никому по мнѣнію чиновника не нужной огласки. Наконецъ, и это пожалуй существенноѣ всего, нельзя отрицать того, что у насъ выработались, если можно такъ выразиться, вѣдомственные преступления: есть вѣдомства, которымъ молва, повидимому не безъ основанія, приписываетъ совершенно неправильное отношеніе къ казеннымъ деньгамъ; есть вѣдомства, въ которыхъ повидимому особенно распространены преступленія противъ личности обывателей, гдѣ нанесеніе побоевъ и истязаній считается не только повседневымъ, но и нормальнымъ, неизбѣжнымъ явленіемъ. Само собою разумѣется, что чиновникъ, который самъ не безъ грѣха, посланный производить предварительное изслѣдованіе по обвиненію его же сослуживца въ какихъ либо неправильностяхъ по приѣмъ казенной поставки, будетъ склоненъ отнестись къ этимъ неправильностямъ столь же снисходительно, какъ и тотъ чиновникъ, у котораго у самого руки не разъ бывали въ крови, и который былъ бы посланъ производить изслѣдованіе по обвиненію своего сослуживца въ нанесеніи кому либо побоевъ. Послѣ произведеннаго ими изслѣдованія, очевидно, и слѣдовъ инкриминируемаго дѣянія не окажется.

Б. Предварительное слѣдствіе. Правда, законъ не по всѣмъ преступленіямъ должности считаетъ достаточнымъ производство одного административнаго предварительнаго изслѣдованія: какъ мы видѣли ¹⁾, по нѣкоторымъ дѣламъ законъ требуетъ производства предварительнаго слѣдствія черезъ судебного слѣдователя.

Но для оцѣнки практическаго значенія этого съ виду столь цѣлесообразнаго правила надо принять во вниманіе, что назначеніе предварительнаго слѣдствія совершается административнымъ началь-

¹⁾ См. выше, стр. 541.

ствомъ чиновника, при чемъ назначенію слѣдствія на практикѣ почти всегда предшествуетъ переписка по истребованію объясненій отъ обвиняемаго и производство предварительнаго административнаго изслѣдованія. Такимъ образомъ все то, что этими двумя средствами вообще можетъ быть достигнуто въ смыслѣ затыжки дѣла, сокрытія слѣдовъ преступленія и обѣленія виновнаго, все это съ полнымъ успѣхомъ можетъ быть достигнуто и въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону требуется производство предварительнаго слѣдствія черезъ судебного слѣдователя.

Что не менѣе существенно, законъ не содержитъ санкціи того, чтобы предварительное слѣдствіе дѣйствительно назначалось въ тѣхъ случаяхъ, когда оно по закону требуется ¹⁾. Такой порядокъ вещей

¹⁾ Судя отчасти по этому, отчасти по общей редакціи статьи 1089 Уст. Уг. Суд., можно предположить, что статья эта имѣла своею цѣлью не столько обезпеченіе энергіи уголовной репрессіи, сколько обезпеченіе чиновниковъ отъ несправедливаго и неосновательнаго преданія ихъ суду начальствомъ: разсматриваемая не какъ средство понужденія начальства, а какъ средство огражденія подчиненныхъ, эта статья имѣетъ наилучшую изъ возможныхъ санкцій: преданіе суду въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ этою статьею, юридически не можетъ состояться помимо предварительнаго слѣдствія черезъ судебного слѣдователя, или, состоявшись, такое преданіе суду лишено всякой силы. Какъ норма, имѣющая задачей обезпеченіе энергіи уголовной репрессіи, статья 1089 есть *lex imperfecta*, какъ охрана интересовъ подчиненныхъ—это *lex perfecta*.

Вообще, при разсмотрѣніи нашихъ законовъ о преслѣдованіи должностныхъ преступленій и о послѣдствіяхъ судимости чиновниковъ постоянно смѣшиваютъ понятія слѣдствія и суда, а иногда и вовсе не различаютъ этихъ понятій. По этому вопросу въ Сводѣ Законовъ включено даже особое объясненіе: „Судъ въ преступленіи должностей именуется въ законахъ судомъ слѣдственнымъ, а иногда просто называется слѣдствіемъ. Посему выраженіе: „быть подъ слѣдствіемъ“ часто означаетъ „быть подъ судомъ слѣдственнымъ“, т. е. быть судимымъ въ преступленіи должности. Въ семъ смыслѣ слѣдствіе различается отъ простаго изслѣдованія, которое равно производится какъ надъ тѣми, кои подвергаются суду въ преступленіи уголовномъ вообще, такъ и надъ тѣми, кои судятся въ преступленіи должности“. (Прим. къ ст. 591 Законовъ о Судопр. по дѣламъ о Прест. и Прост., томъ XVI, ч. 2, изд. 1892 г.). Смѣшеніе понятій слѣдствія и суда особенно часто встрѣчается въ III томѣ Свода Законовъ, въ Уст. Сл. Прав. (напр. ст. 588, 539, 590, 591 и др.) и въ Уст. Пенс. (напр. ст. 27, 197, 199 и др.).

Что законъ долженъ оградить чиновника отъ неосновательнаго преданія его суду, въ этомъ, конечно, сомнѣнія быть не можетъ, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока уголовный судъ самъ по себѣ, независимо отъ постановленнаго приговора, является „уплатомъ помой“, которымъ обливаютъ cadaго подсудимаго. Но назначеніе предварительнаго слѣдствія есть средство выяснитъ истину и по своей теперешней постановкѣ ничего оскорбительнаго для чело-вѣка не представляетъ. И намъ кажется, что существующее теперь и сохраняемое проектомъ новой редакціи Уст. Уг. Суд. огражденіе чиновниковъ отъ назначенія надъ ними предварительнаго слѣдствія только и объясняется указаннымъ выше и самимъ закономъ удостовѣреннымъ смѣшеніемъ понятій слѣдствія и суда.

является тѣмъ болѣе страннымъ и вреднымъ, что начальство, по соображеніямъ, на которыхъ мы будемъ имѣть случай вскорѣ подробно остановиться, нерѣдко бываетъ такъ или иначе заинтересовано въ томъ, чтобы не давать хода и самому основательному обвиненію должностного лица.

Нѣкоторымъ коррективомъ къ этому недостатку статьи 1089 является признаваемое въ настоящее время Правительствующимъ Сенатомъ право прокурорскаго надзора требовать отъ начальства назначенія предварительнаго слѣдствія въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательность его установлена закономъ ¹⁾. Но и это право прокурорскаго надзора не спасаетъ положенія, потому что никто не обязанъ доводить до его свѣдѣнія о совершенномъ должностномъ преступленіи или о производимомъ предварительномъ административномъ изслѣдованіи. Даже если прокуратурѣ и донесли о самомъ фактѣ преступленія, то устранившая отъ производства дознанія, лишенная какихъ либо средствъ для того, чтобы собирать улики, прокуратура все таки лишена возможности сколько нибудь убѣдительно настаивать на преслѣдованіи виновнаго. Всякое пререканіе съ начальствомъ, у котораго въ рукахъ всѣ нити дѣла, въ громадномъ большинствѣ случаевъ явится для прокуратуры слишкомъ неравнымъ споромъ ²⁾.

Для того, чтобы прокурору можно было съ надеждою на успѣхъ поддерживать разномысліе съ начальствомъ, необходимо, чтобы у прокурора были въ распоряженіи акты слѣдственнаго производства, чего и по дѣламъ, по которымъ назначеніе предварительнаго слѣдствія обязательно, можетъ и не быть, если до назначенія предварительнаго слѣдствія состоялось постановленіе начальства о прекращеніи дѣла. Къ тому же законъ, предоставляя прокурору право возбуждать разномысліе, ничѣмъ не обезпечилъ того, чтобы до свѣдѣнія прокурора доходили всѣ постановленія начальства о прекращеніи дѣлъ по обвиненію чиновниковъ, хотя бы по преступленіямъ, требующимъ по закону производства предварительнаго слѣдствія.

В. Преданіе суду. Что касается, наконецъ, преданія долж-

¹⁾ Объяснительная Записка по проекту нов. ред. Уст. Угол. Суд., томъ IV, стр. 221.

²⁾ О томъ, какъ мало прокуратура пользуется предоставленнымъ ей правомъ возбужденія пререканій съ начальствомъ, можно судить хотя бы по тому, что по даннымъ Выс. учрежд. Комиссии для пересмотра законоположеній по судебной части за 1894 г. по всѣмъ судебнымъ округамъ Европейской Россіи было возбуждено всего 24 протеста. (Труды Комиссии, томъ IV, Сводъ статистическихъ данныхъ, стр. 307—314). Конечно, сама по себѣ цифра 24 еще ничего не говоритъ, ибо официальныхъ данныхъ о томъ, въ сколькихъ случаяхъ надо было возбудить пререканіе, нѣтъ. Но отсутствіе этой официально установленной цифры тѣмъ болѣе возмѣщается тѣмъ, что каждому изъ насъ извѣстно о совершающихся должностныхъ преступленіяхъ, остающихся вполнѣ безнаказанными.

ностныхъ лицъ суду, то и оно поставлено совершенно неправильно съ точки зрѣнія интересовъ правосудія.

По общему правилу выборъ между преданіемъ суду или окончаніемъ дѣла въ административномъ порядкѣ, наложеніемъ ли дисциплинарнаго наказанія или полнымъ освобожденіемъ обвиняемаго чиновника отъ всякаго взысканія, предоставляется дискреціонному усмотрѣнію начальства, при чемъ постановленія начальства о преданіи суду или о прекращеніи дѣла административнымъ порядкомъ не только не подлежатъ обжалованію заинтересованными сторонами, но по общему правилу не могутъ быть опротестованы и заинтересованными органами власти, въ томъ числѣ и прокурорскимъ надзоромъ.

Практика Сената ¹⁾, не допускающая обжалованія подобныхъ постановленій начальства, исходитъ изъ того, что наши судопроизводительные законы вообще не допускаютъ обжалованія постановленій обвинительныхъ камеръ, къ которымъ по существу своему должны быть приравнены рассматриваемыя постановленія начальства.

Эта безапелляціонность усмотрѣнія начальства въ дѣлѣ преданія чиновниковъ суду ограничена закономъ только по отношенію къ тѣмъ дѣламъ, по которымъ обязательно производство предварительнаго слѣдствія черезъ судебного слѣдователя ²⁾. По этимъ дѣламъ законъ предоставляетъ прокурорскому надзору возбуждать разномысліе съ начальствомъ обвиняемаго должностнаго лица, при чемъ разномыслія эти окончательно разрѣшаются Правит. Сенатомъ въ Соединенномъ Присутствіи 1-го и Уголовнаго Кассационнаго Департаментовъ ³⁾.

Правило это пробиваетъ нѣкоторую брешь въ дискреціонномъ характерѣ власти начальства въ дѣлахъ по преданію чиновниковъ суду, но по причинамъ, только что изложеннымъ, практическое значеніе этого права прокуратуры остается весьма скромнымъ, и въ громадномъ большинствѣ дѣлъ разрѣшеніе вопроса о преданіи суду всецѣло зависитъ отъ начальства чиновника, т. е. отъ власти, которая въ иныхъ, и не рѣдкихъ, случаяхъ не имѣетъ достаточныхъ техническихъ уголовно-правовыхъ познаній, чтобы правильно разобраться въ дѣлѣ, а въ иныхъ, пожалуй еще болѣе многочисленныхъ случаяхъ, бываетъ такъ или иначе заинтересовано въ томъ, чтобы замѣть возбужденное дѣло ⁴⁾.

¹⁾ Рѣшенія Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1833 г. № 8 и 1868 г. № 27 и опредѣленіе Соед. Прис. 1-го и Угол. Касс. Д-та 2 марта 1876 г. № 2625.

²⁾ Уст. Угол. Суд., статьи 1089 и 1092. См. выше, стр. 541.

³⁾ Уст. Угол. Суд., ст. 1094.

⁴⁾ Преданіе суду не тѣмъ учрежденіемъ, которое можетъ быть заинтересовано въ укрывательствѣ преступника или факта преступленія должности, производится въ настоящее время по отношенію къ лицамъ, опредѣляемымъ къ должностямъ губернскими или равными имъ мѣстами (ст. 1088 п. I, Уст.

§ 3. Предположенія проекта новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства.

Хотя проект новой редакціи Устава Угол. Суд., судя по объяснительной запискѣ къ нему¹⁾, и совершенно правильно представляетъ себѣ всю неудовлетворительность современной постановки дѣла уголовнаго преслѣдованія преступленій должности, тѣмъ не менѣе въ порядокъ возбужденія дѣлъ по преступленіямъ должности и въ порядокъ предавія суду проектъ не вноситъ почти ничего новаго²⁾.

Угол. Суд.). Но никакого практическаго значенія въ смыслѣ внесенія безпристрастія въ дѣло предавія суду это не имѣетъ: губернское правленіе по дѣламъ этого рода обращено въ какую то контролирующую инстанцію, въ инстанцію, утверждающую постановленія непосредственнаго начальства о предавіи его подчиненныхъ суду. Что же касается устраненія укрывательства и противодействия стремленію непосредственнаго начальства замять дѣло, то губернское правленіе, еслибы даже по своему общему характеру оно и было къ тому особенно склонно, оказалось бы совершенно безсильнымъ, такъ какъ оно лишено всякой возможности такъ или иначе воздѣйствовать на начальство, почему-либо медлящее съ предавіемъ суду или прекращающее административно такое дѣло, которое можетъ быть разрѣшено только по суду. Никакого положительнаго вліянія на ходъ дѣла губернское правленіе оказать не можетъ. Пересмотръ губернскимъ правленіемъ постановленій начальства о предавіи его подчиненныхъ суду на практикѣ могъ бы играть роль лишь гарантіи чиновниковъ отъ неправильнаго предавія суду, гарантіи отъ пристрастныхъ дѣйствій начальника противъ его подчиненныхъ. Но на сколько можно судить по тому, что видишь и слышишь, пристрастныя дѣйствія начальства противъ чиновниковъ и во вредъ имъ на практикѣ никогда не выражаются въ предавіи суду: такой способъ навредить подчиненному не въ нашихъ административныхъ нравахъ, что и понятно, такъ какъ неосновательное предавіе суду подчиненнаго ему особенно повредить не можетъ, а является скандаломъ и для самого начальства. Но и въ качествѣ такой по существу своему въ громадномъ большинствѣ случаевъ совершенно излишней гарантіи губернское правленіе не многого стоитъ: положеніе губернскаго правленія въ дѣлахъ этого рода, гдѣ ему приходится провѣрять правильность распоряженій равныхъ ему мѣстъ, крайне ложно, а при такихъ условіяхъ дѣйствовать сколько нибудь рѣшительно и настойчиво оно не можетъ; даже и охоты такъ дѣйствовать у него не можетъ появиться. Практически все значеніе представленія на утвержденіе губернскаго правленія постановленій начальства о предавіи его подчиненныхъ суду сводится лишь къ нѣкоторой затяжкѣ разрѣшенія вопроса о предавіи суду, къ затяжкѣ, въ уголовныхъ дѣлахъ вообще крайне нежелательной.

¹⁾ Томъ IV, стр. 235—240.

²⁾ Подобное отношеніе проекта къ разсматриваемому нами вопросу является тѣмъ болѣе удивительнымъ, что проекту вполне ясно, что въ этой области мы до сихъ поръ не только всецѣло находимся въ условіяхъ дореформеннаго судебного строя, но что Судебные Уставы 1864 г. поставили возбужденіе уголовнаго преслѣдованія по преступленіямъ должности сравнительно въ худшія условія, чѣмъ тѣ, въ которыхъ оно находилось до того (Объяснительная Записка, томъ IV, стр. 215—216). Ухудшеніе этихъ условій создано было тѣмъ, что съ

Хотя Объяснительная Записка и упоминает неоднократно объ исключительномъ правѣ начальства на возбужденіе уголовного преслѣдованія противъ чиновниковъ, какъ объ одной изъ главнѣйшихъ причинъ неудовлетворительности современной постановки уголовного преслѣдованія должностныхъ преступленій ¹⁾, но главное свое вниманіе, весь запасъ своихъ теоретическихъ построеній и свѣдѣній о положеніи дѣла въ государствахъ Западной Европы ²⁾ Объяснительная Записка приурочиваетъ ко второму моменту, къ преданію суду, и на возбужденіи уголовного преслѣдованія останавливается сравнительно мало ³⁾.

Относительно разсматриваемой нами первой стадіи дѣлъ по уголовному преслѣдованію должностныхъ преступленій главнѣйшей особенностью проекта новой редакціи Устава Уг. Суд. является выдѣленіе въ особый процессуальный моментъ возбужденія уголовного преслѣдованія, при чемъ ради ускоренія дѣлъ ⁴⁾ проектъ предоставляетъ право возбужденія уголовного преслѣдованія начальству болѣе близкому къ обвиняемому должностному лицу, чѣмъ то начальство, которому предоставлено право преданія суду ⁵⁾. Это нововведеніе, если только это можно считать нововведеніемъ, должно быть признано шагомъ назадъ по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ или по крайней мѣрѣ съ тѣмъ, что Объяснительная Записка считаетъ дѣйствующимъ правомъ ⁶⁾. Приближеніе къ обвиняемому власти, возбуждающей

упраздненіемъ должности губернскаго прокурора, просматривавшаго журналы всѣхъ губернскихъ присутственныхъ мѣстъ, былъ уничтоженъ тотъ органъ власти, который имѣлъ фактическую возможность усматривать должностныя преступленія по всѣмъ вѣдомствамъ и имѣлъ юридическую возможность настаивать на ихъ преслѣдованіи.

На сколько губернскіе прокуроры пользовались этою предоставленною имъ возможностью, это конечно другой вопросъ, и красивое сравненіе А. Ф. Кони губернскаго прокурора съ „дубомъ, стоявшимъ на стражѣ лѣса“, до нѣкоторой степени упускаетъ изъ виду различіе между тѣмъ, что могло бы быть, и тѣмъ, что было въ дѣйствительности. Но, что Судебные Уставы въ этомъ отношеніи до нѣкоторой степени обрѣзали крылья у прокурора, это несомнѣнно.

Ср. Журналъ Д-товъ Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ въ усиленномъ ихъ составѣ, по Отдѣленію Законовъ, 1864 г. № 65, стр. 238: „Правила о производствѣ дѣлъ о преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ (такъ называемыхъ слѣдственныхъ дѣлъ въ преступленіи должности) болѣе, нежели всѣ прочія существующія нынѣ правила судопроизводства, сходны съ предполагаемымъ вновь порядкомъ суда“.

¹⁾ Томъ IV, стр. 237 и др.

²⁾ Томъ IV, стр. 222—235.

³⁾ Томъ IV, стр. 245—248.

⁴⁾ Объяснительная Записка, томъ IV, стр. 244.

⁵⁾ Тамъ же, стр. 279.

⁶⁾ Объяснительная Записка, томъ IV, стр. 277, говоритъ, что то толкованіе статей 1085, 1085¹ и 1079 Уст. Уг. Суд., согласно которому власти, уполномоченныя принимать жалобы на преступныя дѣйствія служащихъ, являются и властями,

уголовное преслѣдованіе, явится лишь новою иллюстраціею того физическаго закона, что „сколько выигрывается въ скорости, столько теряется въ силѣ“. Чѣмъ ближе возбуждающій преслѣдованіе къ виновному, тѣмъ больше у нихъ сходства въ понятіяхъ и во взглядахъ на службу, тѣмъ больше власть, которой поручено возбужденіе дѣла, сама виновна *in eligendo* или *in custodiendo*, тѣмъ больше шансовъ на то, что если не изъ корыстныхъ, то изъ иныхъ личныхъ видовъ могутъ быть приложены всѣ старанія къ тому, чтобы не возбуждать дѣла или замять уже возбужденное.

Самое слабое мѣсто теперешняго порядка не въ медленности производства дѣлъ, а въ трудности ихъ возбужденія. И отъ приближенія къ виновному той власти, которая возбуждаетъ дѣло, въ иныхъ случаяхъ производство его, быть можетъ, и ускорится, но въ общемъ

уполномоченными на возбужденіе уголовного преслѣдованія, не соответствуетъ установившейся практикѣ. Какую именно практику имѣть въ виду Объяснительная Записка, этого прямо не видно; она ссылается лишь на два циркуляра Министра Вн. Дѣлъ: однимъ изъ этихъ циркуляровъ М-во Вн. Д. разъяснило, что хотя донесенія о преступленіяхъ земскихъ начальниковъ по службѣ и поступаютъ по закону въ Губернскія Присутствія, но право возбужденія уголовного преслѣдованія противъ земскихъ начальниковъ принадлежитъ Министру Вн. Дѣлъ (цирк. 1892 г. № 20); другой случай несоответствія Объяснительная Записка усматриваетъ въ томъ циркулярѣ того же Министра Вн. Дѣлъ, которымъ разъяснено, что уголовное преслѣдованіе противъ должностныхъ лицъ сельскаго управленія предоставлено земскимъ начальникамъ (1893 г. № 3). Но не говоря уже о томъ, что первый изъ упомянутыхъ циркуляровъ М-ра Вн. Дѣлъ явно несостоятеленъ, ибо основанъ на полномъ смѣшеніи вопросовъ о преданіи суду и о возбужденіи уголовного преслѣдованія (въ обоснованіе того, что отъ М-ра Вн. Дѣлъ должно зависѣть возбужденіе уголовного преслѣдованія, этотъ циркуляръ ссылается на какой то 4 пунктъ ст. 1066 Уст. Уг. Суд. и на пунктъ 2 статьи 1088 того же Устава,—циркуляръ этотъ напечатанъ на стр. 147 „Сборника Уаконовъ о крестьянскихъ учрежденіяхъ“, изд. Земскаго Отдѣла, Спб. 1894 г.), циркуляръ этотъ именно и устанавливаетъ то, что предполагаетъ ввести въ видѣ новшества проектъ новой ред. Уст. Уг. Суд.: по этому циркуляру уголовное преслѣдованіе противъ земскихъ начальниковъ именно и возбуждается тою властью, которою они назначаются на должность,—М-ромъ Вн. Дѣлъ. При этомъ надо замѣтить, что по закону (не по циркуляру) уголовное преслѣдованіе противъ земскихъ начальниковъ возбуждается именно не тою властью, отъ которой зависитъ преданіе ихъ суду, т. е. не М-ромъ Вн. Дѣлъ, а Губернскимъ Присутствіемъ.—Уст. Уг. Суд. ст. 1085¹,—т. е. властью болѣе близкою. Проектъ, слѣдуя циркуляру и измѣняя законъ, передаетъ возбужденіе уголовного преслѣдованія власти, болѣе дальней. Что же касается второго циркуляра, то онъ касается такихъ должностныхъ лицъ, которыя на должности никакой административною властью не назначаются и даже никакою властью въ должности не утверждаются (ст. 191 Общ. Пол. Крест. изд. 1902 г.), и такимъ образомъ къ разсматриваемому вопросу этотъ циркуляръ вообще никакого отношенія не имѣетъ: сельскихъ должностныхъ лицъ ни подъ ст. 1085, ни подъ 1085¹, ни даже 1085² и 1085³ подвести нельзя, и никакого отношенія къ толкованію этихъ статей этотъ циркуляръ имѣть не можетъ.

прозойдетъ лишь дальнѣйшее умаленіе той уголовной репрессіи, о недостаткѣ которой такъ громко вопіетъ вся наша дѣйствительность.

Вмѣстѣ съ тѣмъ проектъ какъ бы дѣлаетъ нѣкоторыя попытки къ предоставленію прокуратурѣ нѣсколько болѣе активной роли въ возбужденіи уголовного преслѣдованія противъ должностныхъ лицъ. Въ этомъ отношеніи проектъ предполагаетъ: 1) указать въ законѣ, что сообщенія о преступленіяхъ должности могутъ быть обрацаемы не только къ начальству, но и къ прокурорскому надзору¹⁾; 2) предоставить прокурорскому надзору право возбуждать пререканія съ начальствомъ не только, какъ теперь, лишь по тѣмъ дѣламъ, по коимъ по закону требуется предварительное слѣдствіе, но и по всѣмъ дѣламъ, возникшимъ вслѣдствіе сообщенія прокурора начальству обвиняемаго должностного лица²⁾; и 3) предоставить прокурорскому надзору въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ и своею властью производить слѣдственныя дѣйствія, не дожидаясь разрѣшенія начальства³⁾.

Послѣднее постановленіе проекта редактировано въ немъ столь неопредѣленно, что заранѣе трудно сказать, во что оно обратится на практикѣ. Что же касается двухъ другихъ новшествъ проекта, то они по существу сводятся къ тому, что прокурорскому надзору предоставляется право принимать донесенія о совершенныхъ должностныхъ преступленіяхъ, сообщать ихъ подлежащему начальству и, если по этимъ донесеніямъ начальство не даетъ хода дѣлу, то настаивать на производствѣ предварительнаго административнаго дознанія или, въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ, на производствѣ предварительнаго слѣдствія, а также на томъ, чтобы начальство предало чиновника суду. Такимъ образомъ, и по этимъ дѣламъ, не смотря на нѣкоторое расширеніе правъ прокуратуры, руководителемъ, хозяиномъ всего дѣла по прежнему остается начальство обвиняемаго должностного лица.

Проектъ лишь нѣсколько расширяетъ право прокурорскаго надзора по возбужденію пререканій, предоставляя ему право настаивать не только на производствѣ предварительнаго слѣдствія, когда оно требуется по закону, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ и на производствѣ предварительнаго административнаго изслѣдованія.

Но какой смыслъ прокурору настаивать на производствѣ этого изслѣдованія, когда оно будетъ производиться безъ всякаго надзора и руководства лицомъ, къ тому вовсе не подготовленнымъ, лицомъ, по закону лишеннымъ полномочій, необходимыхъ для того, чтобы его работа, при самомъ его добросовѣстномъ отношеніи къ дѣлу, при-

¹⁾ Проектъ новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства ст. 1280.

²⁾ Тамъ же, ст. 1296.

³⁾ Тамъ же, ст. 1282.

вела къ правильнымъ результатамъ, а самое главное, такимъ лицомъ, которое, быть можетъ, всѣ свои усилія направить не на изобличеніе преступника, а на уничтоженіе слѣдовъ преступления и на выгораживаніе виновнаго?

Что же касается распространенія права протеста, помимо тѣхъ дѣлъ, по которымъ по закону обязательно производство предварительнаго слѣдствія, еще и на тѣ дѣла, по которымъ сообщеніе начальству о должностномъ преступленіи его подчиненнаго и о необходимости произвести предварительное изслѣдованіе поступило отъ прокурора¹⁾, то совершенная случайность того обстоятельства, отъ кого именно поступило къ начальству извѣстіе о преступленіи его подчиненнаго, очевидна сама собою. Очевидно также, что новое полномочіе прокурора, поставленное въ зависимость отъ этого случайнаго обстоятельства, ничего не прибавитъ къ энергіи и дѣйственности уголовной репрессіи должностныхъ преступленій.

§ 4. Недостатки предположеній проекта новой Редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства.

Такимъ образомъ, можно сказать, что современная постановка уголовного преслѣдованія должностныхъ преступленій, официально признанная совершенно неудовлетворительною, въ юридической литературѣ возбуждающая горчайшія нареканія, оставляется пересмотрѣнною редакціей Уст. Уг. Суд. безъ какихъ либо измѣненій въ самомъ существѣ своемъ.

Посмотримъ, какими соображеніями Объяснительной Записки мотивируется комиссіею такой странный образъ ея дѣйствій.

Мотивовъ приводится много, и всѣ они какъ то переплетаются между собою. Для удобства ихъ обзорѣнія ихъ можно разбить на слѣдующія группы:

А) надо оградить должностныхъ лицъ отъ „неосновательныхъ“ преслѣдованій и потому ограничить права прокурорскаго надзора;

Б) въ дѣлѣ возбужденія преслѣдованія надо предоставить рѣшающую роль начальству должностнаго лица, ибо оно правильнѣе можетъ судить о вѣроятности упадающаго обвиненія;

В) расширеніе правъ прокураторы поведетъ къ столкновеніямъ между администраціей и судомъ; и

Г) административная гарантія необходима, ибо она сохранилась въ нѣкоторыхъ государствахъ западной Европы:

А) Что касается прежде всего того соображенія, которое Объяснительная Записка называетъ „побочнымъ“²⁾, но, со своей точки зрѣнія

¹⁾ Проектъ нов. ред. Уст. Уг. Суд. ст. 1293.

²⁾ Томъ IV, стр. 241.

вполнѣ послѣдовательно, ставить на первомъ мѣстѣ, а именно необходимости оградить чиновниковъ отъ „неосновательныхъ“ преслѣдованій, то по поводу него бросается въ глаза несоотвѣтствіе того, что въ этомъ соображеніи заключается, и того, что изъ него выводится: говорится, что надо оградить должностныхъ лицъ отъ неосновательныхъ преслѣдованій. Надо. Но нельзя же изъ этого дѣлать тотъ выводъ, что возбужденіе уголовного преслѣдованія должно быть правомъ одного лишь начальства должностного лица, и что это право не можетъ быть предоставлено прокурорскому надзору: прокурорскій надзоръ есть органъ правительственной власти; нѣтъ никакого основанія предполагать, что въ случаѣ предоставленія ей права возбуждать уголовное преслѣдованіе противъ должностныхъ лицъ прокуратура начнетъ пользоваться этимъ правомъ для возбужденія неосновательныхъ обвиненій противъ другихъ органовъ правительства. Вѣдь если бы прирожденнымъ свойствомъ прокурорскаго надзора было возбужденіе неосновательныхъ обвиненій, то надо было бы кореннымъ образомъ реорганизовать прокуратуру, а до того времени лишить ее права возбуждать уголовное преслѣдованіе и противъ частныхъ лицъ. Опасаться чересчуръ рьяныхъ обвиненій должностныхъ лицъ со стороны прокуратуры, вообще подлежащей по самому существу своему всякаго рода административнымъ воздѣйствіямъ, нѣтъ ни малѣйшаго основанія. Иное дѣло судъ, учрежденіе по существу своему независимое и склонное къ нѣкоторой прямолинейности. Но прокуратура состоитъ изъ чиновниковъ, подчиненныхъ указаніямъ и приказамъ начальства, а думать, что со стороны Министра Юстиціи будутъ систематическія поблажки неосновательнымъ обвиненіямъ должностныхъ лицъ, казалось бы, нѣтъ ни малѣйшихъ основаній.

„Опасеніе быть привлеченнымъ къ отвѣтственности за всякое дѣйствіе или распоряженіе не можетъ не стѣснить свободы дѣятельности должностныхъ лицъ и сдѣлать невозможнымъ спокойное и увѣренное выполненіе ими своихъ обязанностей“ ¹⁾.

Опасеніе это по меньшей мѣрѣ преувеличено. Трудно представить себѣ такое должностное лицо, „всякое дѣйствіе или распоряженіе“ котораго заключаетъ въ себѣ признаки уголовно-наказуемаго дѣянія и безъ защиты со стороны начальства могло бы дать поводъ къ возбужденію уголовного преслѣдованія.

Б) „Главнымъ“ своимъ соображеніемъ Объяснительная Записка называетъ тотъ доводъ, что „начальство обвиняемаго, какъ близко знакомое съ личностью виновнаго, съ законами о службѣ и съ бытовыми и законными условіями дѣятельности подвѣдомыхъ ему органовъ власти, можетъ вѣрнѣе и справедливѣе признать вѣроятность упа-

¹⁾ Объяснительная Записка къ проекту новой редакціи Уст. Уг. Суд. томъ IV, стр. 242.

дающаго на него обвиненія и большую или меньшую важность винны служащаго“ ¹⁾).

Это соображеніе конечно представляется весьма убѣдительнымъ, какъ доводъ противъ того, что нельзя вовсе устранять начальство отъ всякаго участія въ дѣлахъ по обвиненію должностныхъ лицъ въ преступленіи должности, но это соображеніе отнюдь не можетъ быть приводимо въ качествѣ довода въ пользу того, что прокурорскій надзоръ долженъ быть лишенъ всякой активной роли въ дѣлахъ этого рода: въ пользу устраненія прокуратуры этотъ доводъ ничего ровно и не говоритъ.

Признавать желательнымъ сохраненіе за начальствомъ его теперешней, такъ сказать, самодержавной роли въ дѣлахъ по возбужденію уголовного преслѣдованія противъ должностныхъ лицъ можно было бы лишь въ томъ случаѣ, еслибы противъ этого не говорили самыя вопіющіе факты и самыя убѣдительныя соображенія, доказывающія, что эти факты не простая случайность, что они неустранимый результатъ существующей нынѣ и впредь сохраняемой системы.

Факты эти состоятъ въ полной безнаказанности громадной массы должностныхъ преступленій. Факты эти извѣстны каждому обывателю Россійской Имперіи, и на нихъ мы останавливаться не будемъ.

Что факты эти неустранимое послѣдствіе самой системы возбужденія уголовного преслѣдованія противъ чиновниковъ лишь по усмотрѣнію начальства и по дознанію, произведенному чиновникомъ того же вѣдомства, это прекрасно понимаетъ, вмѣстѣ со всеми обывателями Имперіи, и Комиссія по пересмотру законоположеній по судебной части. Объяснительная Записка очень убѣдительно говоритъ ²⁾: „съ одной стороны совмѣстная служба въ вѣдомствѣ, а тѣмъ болѣе въ одномъ установленіи, можетъ породить такія отношенія между подчиненнымъ и начальникомъ, при которыхъ послѣдній нерѣдко является неспособнымъ судить о его поступкахъ. Съ другой стороны, начальникъ, назначившій служащаго къ должности и обязанный по закону имѣть наблюденіе за отправленіемъ имъ своихъ служебныхъ обязанностей, иногда прямо заинтересованъ въ невозбужденіи противъ подчиненнаго уголовного преслѣдованія, которое можетъ обнаружить, что имъ опредѣленъ человекъ недостойный, или что онъ не имѣлъ за нимъ надлежащаго надзора“. Къ этимъ соображеніямъ Комиссія можно еще прибавить, что не всегда выгораживаніе своихъ вызывается указанными мотивами: начальникъ, дорожащій престижемъ учрежденія, почти всегда будетъ стараться замаять дѣло, чтобы оно не получило огласки; начальникъ можетъ изъ челоуѣколюбія противиться возбу-

¹⁾ Томъ IV, стр. 241.

²⁾ Томъ IV. Стр. 237.

жденію дѣла противъ чиновника, ему лично знакомаго, быть можетъ, очень близкаго, обремененнаго семьею ¹⁾).

Словомъ, близкое знакомство начальника съ бытовыми и иными условіями службы и съ самимъ обвиняемымъ чиновникомъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ приводиться, какъ это дѣлается комиссіею, въ видѣ доказательства того, что возбужденіе уголовного преслѣдованія противъ чиновниковъ должно составлять право начальства, и что производство предварительнаго изслѣдованія тоже должно всецѣло быть оставлено въ рукахъ того же начальства. Этотъ доводъ говоритъ какъ разъ противъ того вывода, который изъ него дѣлаетъ комиссія.

В) Къ третьей изъ указанныхъ нами группъ доводовъ Объяснительной Записки, а именно, что отмѣна административной гарантіи приведетъ къ столкновеніямъ между судами и администраціею, относится прежде всего то соображеніе, что „предоставленіе прокуратурѣ на общемъ основаніи возбуждать уголовное преслѣдованіе по всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ по службѣ могло бы дать поводъ къ вмѣшательству судебныхъ органовъ въ кругъ вѣдѣнія административныхъ властей“ ²⁾).

Соображеніе это основано на очевидномъ теоретическомъ недоразумѣніи: на смѣшеніи суда и прокуратуры.

Недоразумѣніе это, за послѣднее время отражающееся на цѣломъ рядѣ законодательныхъ реформъ, можетъ быть сформулировано такъ: понятіе судебной власти, противопоставляемой власти административной, замѣнено понятіемъ „судебнаго вѣдомства“, какъ совокупности суда, прокуратуры и центральныхъ учрежденій (департаментовъ) Министерства Юстиціи, противопоставляемыхъ любому другому вѣдомству, Внутреннихъ ли Дѣлъ, или Государственнаго Коннозаводства.

Отрицаніе существенныхъ особенностей суда и его обособленія отъ администраціи, конечно, рѣзче всего сказалось въ Положеніи о Земскихъ Участковыхъ Начальникахъ, которое вообще стало по отношенію къ суду на такую точку зрѣнія, что наукѣ права на ней и останавливаться нечего.

¹⁾ Въ одномъ изъ отзывовъ на проектъ новой редакціи Уст. Угол. Суд., въ отзывѣ вѣдомства, признававшего необходимость сохраненія административной гарантіи въ ея теперешнемъ видѣ и возстававшего даже противъ тѣхъ незначительныхъ поправокъ, которыя предлагаетъ Комиссія, говорится: „нельзя конечно отрицать, что многія отрасли нашей административной службы весьма несовершенны; безспорна и существующая у мѣстныхъ начальниковъ тенденція прикрывать грѣхи своихъ подчиненныхъ и, для избѣжанія огласки незаконныхъ ихъ дѣйствій, совсѣмъ отрицать или по крайней мѣрѣ уменьшать ихъ виновность, сводя ее къ дисциплинарнымъ нарушеніямъ, не подлежащимъ вѣдѣнію суда“. (Сводъ отзывовъ на проекты, выработанные Комиссіею по пересмотру законоположеній по судебной части. Стр. 649).

²⁾ Объяснительная Записка, томъ IV, стр. 242—243.

Но и въ тѣхъ нашихъ законодательныхъ актахъ и законопроектахъ, которые считаются съ основными данными науки права, постоянно наблюдается полное неумѣніе различать понятія суда и судебной администраціи.

Уже въ дѣйствующихъ Уставахъ Гражданскаго и Уголовнаго Судопроизводства судьи и прокуроры, какъ въ порядкѣ преданія ихъ суду ¹⁾, такъ и въ порядкѣ предъявленія къ нимъ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ ихъ неправильными должностными дѣйствіями ²⁾, сравнены другъ съ другомъ. Эта неправильность сохраняется и проектами новой редакціи этихъ Уставовъ ³⁾.

То же самое странное смѣшеніе проводится и въ проектѣ Устава о Служебныхъ Провинностяхъ (1898 г.). Согласно статьѣ 48-ой этого проекта, въ каждой губерніи образуется губернское по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствіе, куда на правахъ члена входитъ между прочимъ предсѣдатель Окружного Суда.

Для разсмотрѣнія дѣлъ о служебныхъ провинностяхъ лицъ, назначаемыхъ Министрами, образуются дисциплинарныя присутствія въ составѣ Министерствъ. Въ эти присутствія, согласно статьѣ 58-ой проекта, входятъ 4 члена совѣта даннаго Министерства и два члена „отъ Министерства Юстиціи“. Въ Объясненіяхъ къ этой статьѣ (стр. 257) говорится, что по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ въ губернскаѣ по дисциплинарнымъ дѣламъ присутствіи „привлекаются представители судебного сословія“, Редакціонная Комиссія высказывается и „за привлеченіе представителей Министерства Юстиціи въ совѣты другихъ министровъ для обсужденія дѣлъ дисциплинарнаго свойства“. Объяснительная Записка очевидно не усматриваетъ никакого различія между представителями суда (предсѣдатель Окружного Суда) и чиновомъ Министерства Юстиціи: въ ея глазахъ они равно чиновники того же вѣдомства.

Это смѣшеніе понятій судьи и чиновника Министерства Юстиціи помѣшало Комиссіи по пересмотру законоположеній по судебной части выяснить возможность вмѣшательства органовъ прокурорскаго надзора въ дѣла по преслѣдованію должностныхъ преступленій.

Если раздѣльность суда и администраціи, какъ послѣдствіе независимости суда, приводитъ также и къ обратному требованію независимости администраціи отъ суда, то отсюда нѣтъ логическаго перехода къ независимости и обособленности отдѣльныхъ административныхъ вѣдомствъ одного отъ другого.

То единство, которымъ должно быть проникнуто государствен-

¹⁾ Уст. Уг. Суд., ст. 1032, п. 2.

²⁾ Уст. Гр. Суд., ст. 1331.

³⁾ Проектъ нов. ред. Уст. Уг. Суд., ст. 1287 и 1315; Проектъ нов. ред. Уст. Гр. Суд., ст. 1017.

ное управленіе, неминуемо приводитъ къ требованію согласной дѣятельности отдѣльныхъ административныхъ вѣдомствъ ¹⁾). И если теперь, по нѣкоторымъ соображеніямъ практической политики, въ виду условій настоящаго времени, приходится сочувствовать существующей въ нашемъ правѣ независимости отдѣльныхъ министровъ другъ отъ друга, то во всякомъ случаѣ изъ этой независимости нельзя дѣлать вывода о желательности или даже о допустимости съ точки зрѣнія государственныхъ интересовъ полной обособленности административныхъ вѣдомствъ другъ отъ друга.

Такая обособленность была бы мыслима только въ условіяхъ самаго первобытнаго государственнаго строя: при господствѣ такъ называемой провинціальной или островной системы государственнаго управленія, когда какое либо центральное установленіе вѣдаетъ данной мѣстностью вообще, во всѣхъ отношеніяхъ. Таковы были нѣкоторые приказы московскаго государства, сибирскій и др., которые вѣдали тою или другою мѣстностью, какъ въ административномъ, такъ и въ финансовомъ, такъ и въ судебномъ отношеніи. Такой приказъ могъ представлять учрежденіе, совершенно обособленное отъ другихъ, не нуждающееся въ ихъ помощи, однимъ словомъ, нѣчто самодовлѣющее.

Никакой подобной самодостаточности не могутъ представлять современныя государственныя учрежденія, построенныя на такъ называемой линейной системѣ, на системѣ раздѣленія вопросовъ управленія по содержанію ихъ. Такой обособленности вѣдомствъ не представляетъ, конечно, и современное намъ русское государственное право. Всѣ вѣдомства пользуются, какъ исполнительнымъ органомъ, полиціею, состоящею въ вѣдомствѣ одного Министерства: Внутреннихъ Дѣлъ; Министерство Финансовъ имѣетъ свой голосъ, и весьма вѣскій при установленіи смѣтныхъ назначеній по всѣмъ вѣдомствамъ; Государственный Контроль ревизуетъ счета по всѣмъ вѣдомствамъ.

Поэтому, казалось бы, не можетъ быть никакихъ принципиальныхъ возраженій противъ того, чтобы въ дѣлѣ преслѣдованія должностныхъ преступленій всѣ вѣдомства пользовались услугами прокурорскаго надзора.

Преслѣдованіе должностныхъ преступленій требуетъ двухъ условій: незаинтересованности въ дѣлѣ и наличности уголовныхъ техническихъ навыковъ и знаній. Ни тому, ни другому изъ этихъ условій чины того же административнаго вѣдомства, къ которому принадлежитъ и обвиняемый, удовлетворять не могутъ.

Указываютъ на то, что усиленіе полномочій прокуратуры въ дѣлахъ по возбужденію уголовнаго преслѣдованія противъ чиновниковъ

¹⁾ По поводу того, что административная гарантія вообще не вызывается никакими соображеніями, вытекающими изъ принципа раздѣленія властей. см. Lippmann въ *Annalen des Deutschen Reichs*. 1885, стр. 450—458.

приведеть къ подчиненію чиновниковъ двумъ господамъ: своему начальству и прокуратурѣ, и должностныя лица не будутъ звать, на кого имъ оглядываться, кого слушаться.

Но на дѣлѣ никакое расширеніе полномочій прокуратуры по возбужденію уголовного преслѣдованія противъ чиновниковъ не можетъ повести къ подчиненію административныхъ должностныхъ лицъ прокурорскому надзору. О такомъ подчиненіи могла бы идти рѣчь, еслибы прокуратура получала право руководить дѣйствіями чиновниковъ въ предѣлахъ закона.

Еслибы въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ предоставляетъ усмотрѣнію чиновника принимать данную мѣру или не принимать, чиновникъ могъ оказаться въ такомъ положеніи, что начальство требовало бы отъ него, чтобы онъ эту мѣру принялъ, а прокуратура могла грозить за то чиновнику уголовнымъ преслѣдованіемъ, то положеніе чиновника было бы дѣйствительно безвыходнымъ, и служба отъ того не могла бы не страдать. Но особенность власти прокуратуры именно въ томъ и состоитъ, что ея вмѣшательство возможно только въ томъ случаѣ, когда чиновникомъ нарушенъ такого рода запретъ закона, который не можетъ нарушаться и съ соизволенія начальства.

Все въ томъ же стремленіи ограничить права прокурорскаго надзора Объяснительная Записка ¹⁾ говорить: „при обвиненіи должностного лица въ учиненіи преступленія по службѣ признаніе преступности очень часто зависитъ исключительно отъ разрѣшенія вопроса о томъ, имѣлъ ли обвиняемый право принять вмѣняемую ему въ вину мѣру. При этомъ можетъ оказаться, что начальство обвиняемаго, рассматривая въ порядкѣ надаора вопросъ о законности распоряженія своего подчиненнаго, разрѣшить этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ и признаеть, что обвиняемый не только былъ въ правѣ, но и былъ обязанъ совершить обжалованное дѣйствіе, а прокурорскій надзоръ одновременно съ симъ придетъ къ противоположному заключенію и, усмотрѣвъ въ дѣйствіяхъ служащаго признаки преступнаго дѣянія, возбудить противъ него уголовное преслѣдованіе. Само собою разумѣется, что порядокъ, при которомъ одинъ и тотъ же въ существѣ вопросъ можетъ получить неодинаковое разрѣшеніе со стороны двухъ органовъ власти, изъ коихъ каждый является по закону уполномоченнымъ для принятія дѣла къ своему разсмотрѣнію (начальство по вопросу о законности обжалованнаго распоряженія, прокуроръ—по вопросу о наличности въ немъ признаковъ преступленія), не можетъ не повредить авторитету власти и вызвать серьезныя недоразумѣнія“.

¹⁾ Томъ VI, стр. 243.

Что подобное различіе во взглядахъ между начальствомъ и судомъ (или прокуратурой) вполне возможно, и что на практикѣ оно встрѣчается и будетъ встрѣчаться весьма часто, въ этомъ никто сомнѣваться не можетъ. Вопросъ только въ томъ, слѣдуетъ ли это различіе во взглядахъ доводить до возможности спора между начальствомъ и прокуратурою, или же, наоборотъ, надо предупредить самую возможность подобныхъ конфликтовъ, и для этого вовсе лишить прокуратуру права голоса въ дѣлахъ этого рода.

По мнѣнію Объяснительной Записки надо лишить прокуратуру права принимать какія либо самостоятельныя мѣры по преслѣдованію должностныхъ преступленій, и только въ видѣ исключенія изъ этого общаго правила объ устраниеніи прокуратуры изъ дѣлъ этого рода проектъ предоставляетъ ей право возбуждать пререканія съ начальствомъ, при чемъ обставяляетъ дѣло такъ, что во время разсмотрѣнія этого пререканія всякіе слѣды преступленія, совершеннаго, быть можетъ, по приказу или съ вѣдома начальства, могутъ уничтожиться безъ слѣда.

Но по нашему мнѣнію интересы службы въ дѣйствительности этого вовсе не требуютъ, а интересы правопорядка требуютъ, и настоятельно требуютъ какъ разъ обратнаго.

Пусть начальство считаетъ данное распоряженіе своего подчиненнаго вполне правильнымъ. Если прокурорскій надзоръ усматриваетъ въ этомъ распоряженіи признаки уголовного преступленія, то ничто не должно мѣшать прокуратурѣ приступить къ выясненію себѣ содержанія этого распоряженія и условій, въ которыхъ оно было издано, съ увѣдомленіемъ о томъ начальства.

Если мнѣніе начальства о непроступности даннаго распоряженія правильно, то надо думать, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ прокуратура въ томъ и сама убѣдится и прекратитъ дѣло, когда себѣ его выяснитъ. Если прокуратура сама въ томъ не убѣдится, то ничто не мѣшаетъ начальству опротестовать дѣйствія прокурора передъ высшею инстанціею, которая и укажетъ прокурору на не правильность его мнѣнія о преступности даннаго распоряженія.

Если же мнѣніе начальства о непроступности даннаго распоряженія неправильно, если начальство противозаконно настаиваетъ на прекращеніи дѣла, то въ такомъ случаѣ въ высшей степени важно не только не давать мнѣнію начальства рѣшающаго значенія, но и не предоставлять начальству полной возможности препятствовать возбужденію дѣла и установленію уликъ, обличающихъ виновнаго.

Г) Наконецъ послѣднимъ доводомъ, которому, судя по мѣсту, отведенному ему въ Объяснительной Запискѣ,¹⁾ комиссія придаетъ весьма существенное значеніе. является ссылка на то, что админи-

¹⁾ Томъ IV, стр. 222—235.

стративная гарантія сохранилась до настоящаго времени въ нѣкоторыхъ государствахъ Западной Европы ¹⁾.

Ссылку эту надо признать плодомъ явнаго недоразумѣнія комиссіи.

Примѣръ Западной Европы отнюдь не говоритъ въ пользу существующаго нынѣ у насъ и сохраняемаго проектомъ порядка: того „порядка“, который существуетъ у насъ, нѣтъ ни въ одномъ изъ тѣхъ государствъ, на которыя ссылается Объяснительная Записка.

Въ государствахъ Германіи, въ которыхъ сохранилась административная гарантія, она сводится къ тому, что начальство обвиняемаго должностнаго лица можетъ потребовать, чтобы возбужденное противъ того уголовное преслѣдованіе было приостановлено, и чтобы дѣло было передано на разсмотрѣніе высшаго въ данномъ государствѣ административнаго суда, или, если такового въ данномъ государствѣ вообще нѣтъ, то на разсмотрѣніе Имперскаго суда, Reichsgericht'a, при чемъ разрѣшенію ихъ подлежитъ лишь вопросъ о томъ, было ли вообще допущено обвиняемымъ должностнымъ лицомъ превышеніе служебныхъ полномочій или бездѣйствіе власти.

Такимъ образомъ, отличіе отъ русскаго порядка состоитъ въ томъ, что возбужденіе уголовного преслѣдованія производится въ общемъ

¹⁾ Стоитъ отмѣтить, что Объяснительная Записка къ проекту новой редакціи Уст. Уг. Суд., перечисляя германскія государства, въ которыхъ сохранилась административная гарантія, даетъ по этому вопросу нѣсколько не точныя свѣдѣнія: въ числѣ такихъ государствъ Запискою указываются: Пруссія, Баварія, Баденъ, Гессенъ, Эльзасъ-Лотарингія и два Мекленбурга (Объясн. Зап. томъ IV, стр. 233). Между тѣмъ по отношенію къ Баваріи это совершенно невѣрно: закономъ 18 августа 1879 г. о введеніи въ дѣйствіе имперскаго устава уголовного судопроизводства (ст. 2 п. 2 и 3) примѣненіе административной гарантіи къ уголовнымъ дѣламъ вовсе было отмѣнено, и съ тѣхъ поръ въ Баваріи для уголовныхъ дѣлъ этой гарантіи вовсе не существуетъ.—L i p p m a n n. Gerichtliche Verfolgung öffentlicher Beamter. Annalen des Deutschen Reichs. 1885, стр. 422.—M. Seydel. Bayerisches Staatsrecht. I (1896) стр. 603.—Но и до изданія имперскаго уст. уг. суд. по отношенію къ Баваріи представляется совершенно неправильнымъ утвержденіе Объяснит. Зап. (томъ IV, стр. 231—232), будто тамъ законъ „безусловно“ воспрещалъ судамъ привлеченіе должностныхъ лицъ къ отвѣтственности безъ испрошенія разрѣшенія начальства: согласно § 16 IX-го приложенія къ конституціи, воспрещеніе это существовало только по отношенію къ нѣкоторымъ высшимъ должностямъ. общаго же такого правила не было. Та же статья L i p p m a n n'a. стр. 442.—Повидимому и относительно Мекленбурговъ сомнительно, чтобы тамъ теперь существовала административная гарантія.—Ср. S i l b e r s c h m i d t. Die civilrechtliche Bedeutung der Vorentscheidung nach § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze въ Archiv für Bürgerliches Recht. 1901, стр. 205.—Въ Баденѣ административная гарантія имѣетъ тотъ смыслъ, что въ томъ случаѣ, если администрація воспрещаетъ обывателю судебное преслѣдованіе чиновника, причинившаго убытки этому обывателю, отвѣтчикомъ передъ обывателемъ становится сама казна.—Ср. L i p p m a n n, та же статья, тамъ же.

порядкѣ; ни о какой монополіи начальства въ этомъ дѣлѣ нѣтъ и рѣчи. Это составляетъ такого рода отличіе германскаго порядка отъ русскаго, которое почти вполне обезвреживаетъ полномочія, представленныя начальству: возбужденіе дѣла и первоначальное направленіе его, т. е. для уголовного дѣла самые существенные моменты его, изъяты изъ рукъ того, кто можетъ быть заинтересованъ въ томъ, чтобы замѣть дѣло.

Вторымъ существеннымъ отличіемъ германскаго порядка отъ русскаго является то, что начальству въ Германскихъ государствахъ предоставляется, такъ сказать, лишь отрицательная роль: оно можетъ лишь остановить производящееся дѣло, возбудить „конфликтъ“, и потребовать административнаго разсмотрѣнія преюдиціального вопроса о наличности превышенія власти или бездѣйствія ея ¹⁾.

Такимъ образомъ, на начальство переносится *onus probandi* того, что прокуратура возбудила неосновательное обвиненіе. Затѣмъ, при этомъ порядкѣ хозяиномъ дѣла все таки остается лично не заинтересованная въ немъ прокуратура.

Третьимъ существеннымъ отличіемъ германскаго порядка отъ русскаго является то, что разрѣшеніе преюдиціального (и при томъ поставленнаго на чисто юридическую почву) вопроса не только предоставляется тому, кто не можетъ быть лично заинтересованъ въ томъ или другомъ его разрѣшеніи, но и вообще не предоставляется административнымъ учрежденіямъ и входитъ въ компетенцію или высшаго административнаго суда, или, если въ данномъ государствѣ нѣтъ административныхъ судовъ, то имперскаго, суда *Reichsgericht's*. Такимъ образомъ, „вѣдомственная“ точка зрѣнія на дозволенное и не дозволенное должна уступить мѣсто взглядамъ авторитетнаго и не заинтересованнаго въ дѣлѣ судилища.

¹⁾ Что касается въ частности Пруссіи, гдѣ этотъ вопросъ болѣе, чѣмъ въ другихъ германскихъ государствахъ разработанъ и въ законодательствѣ, и въ литературѣ, то относительно нея можно отмѣтить слѣдующія подробности: конфликтъ можетъ быть возбужденъ въ любой моментъ производства вплоть до постановленія окончательнаго приговора. Административному суду ставится вопросъ, совершилъ ли чиновникъ нарушеніе своихъ служебныхъ полномочій. Судъ разсматриваетъ этотъ вопросъ въ публичномъ засѣданіи съ участіемъ сторонъ. При разрѣшеніи вопроса принимаются во вниманіе лишь объективныя условія: адм. судъ не вправе остановить судебное преслѣдованіе на томъ основаніи, что чиновникъ находился въ состояніи извинительной опибки, или не-обходимой обороны, вообще не вправе останавливать преслѣдованія на основаніи данныхъ, смягчающихъ или устраняющихъ наказаніе за совершенное дѣяніе, коль скоро оно само по себѣ наказуемо. Только въ томъ случаѣ, если доказано, что объективный составъ дѣяствій чиновника не заключаетъ въ себѣ признаковъ преступленія, адм. судъ можетъ приостановить уголовное преслѣдованіе.—Ср. выше, стр. 431—432.

Что же касается ссылки Объяснительной Записки на Францію ¹⁾, то ссылка эта представляется намъ въ высшей степени удивительною. Право французской администраціи возбуждать „конфликты“ и приостанавливать разсмотрѣніе дѣлъ по преслѣдованію должностныхъ лицъ впредь до разрѣшенія особымъ трибуналомъ, Tribunal des Conflits, вопроса о характерѣ неправильности, допущенной чиновникомъ, изложено въ этой справкѣ Объяснительной Записки съ такою подробностью, съ такою обстоятельностью и ученостью, что является совершенно непонятною та недомолвка этой справки, что въ ней не указано, что изложеннаго въ ней права администраціи на возбужденіе конфликтовъ и вообще всей описанной въ этой справкѣ административной гарантіи по дѣламъ уголовнымъ во Франціи вовсе не существуетъ.

Чтобы не загромождать нашего изложенія ссылками по вопросу, который ни для кого никакого вопроса не составляетъ, ограничимся для доказательства этого положенія лишь выписками изъ книгъ, цитированныхъ въ Объяснительной Запискѣ къ проекту новой редакціи Устава Уголовнаго Суд. ²⁾ въ качествѣ источниковъ, откуда почерпнуты свѣдѣнія Объяснительной Записки о правѣ французской администраціи возбуждать конфликты по дѣламъ уголовнымъ.

Первый изъ французскихъ писателей, упомянутыхъ въ этой ссылкѣ, Simonet, говоритъ ³⁾: „Ордонансъ 1-го іюня 1828 г., вмѣсто того, чтобы перечислить судебныя установленія, съ которыми можетъ быть возбуждено пререканіе, конфликтъ, идетъ отрицательнымъ порядкомъ и перечисляетъ тѣ установленія, съ которыми пререканіе возбуждено быть не можетъ... „Впредь, гласитъ статья 1 этого ордонанса, прере-

¹⁾ „Обращаясь къ обзорѣю западно-европейскихъ законодательствъ по вопросу о порядкѣ возбужденія уголовного преслѣдованія противъ должностныхъ лицъ. Комиссія не можетъ не замѣтить, что въ числѣ этихъ законодательствъ особенный интересъ представляютъ постановленія французскаго права, которое дало институту такъ называемой административной гарантіи подробную разработку“. Объяснит. Записка, томъ IV, стр. 222.

²⁾ Томъ IV, стр. 223.

³⁾ Traité élémentaire de droit public et administratif. 1893, стр. 133. „L'ordonnance du 1-er juin 1828. au lieu d'énumérer les juridictions devant lesquelles le conflit peut être élevé, s'exprime d'une manière négative et indique certaines juridictions devant lesquelles il ne peut y avoir de conflit... „A l'avenir, porte l'art. 1 de l'ordonnance, le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle“. Cette disposition serait superflue si elle avait seulement pour but d'empêcher l'autorité administrative de revendiquer la repression des crimes; l'autorité administrative n'est jamais compétente pour prononcer des peines criminelles, et il est peu à craindre que, sous le régime de légalité, elle prétende jamais s'arroger de tels pouvoirs. Mais l'article a une portée plus large, il s'oppose même à ce que, dans un procès criminel, le conflit puisse être élevé sur les questions préjudicielles dont la connaissance appartiendrait à l'administration“.

каніе между судами и административными властями никогда не будетъ возбуждаться по дѣламъ уголовнымъ“. Это постановленіе было бы излишнимъ, еслибы оно имѣло цѣлью препятствовать администраціи требовать, чтобы ей было предоставлено самое наложеніе наказанія: администрація никогда права налагать уголовныя наказанія не имѣетъ, и при господствѣ начала законности нѣтъ основанія опасаться со стороны администраціи попытокъ присвоить себѣ это право. Эта статья имѣетъ болѣе широкое значеніе: она препятствуетъ и тому, чтобы втеченіе уголовного процесса могло быть возбуждено пререканіе хотя бы и по поводу такихъ преюдиціальныхъ вопросовъ, относительно которыхъ администрація могла бы утверждать, что они подлежатъ ея разсмотрѣнію“.

На и г і о и въ томъ изданіи, которое цитировано въ Объяснительной Запискѣ, говоритъ, что „въ первые годы Реставраціи администрація на столько злоупотребляла правомъ возбужденія конфликтовъ, что правительство, уступая требованію общественнаго мнѣнія, должно было ограничить свободу своихъ дѣйствій... Это и было цѣлью ордонанса 1-го іюня 1828 г. И теперь пререканіе не можетъ быть возбуждаемо: во 1-хъ съ уголовными судами“... ¹⁾

Ла ферріэръ, приведя ²⁾ постановленіе статьи 1-й ордонанса 1-го іюня 1828 г. ³⁾ и указавъ на то, что предшествовавшая практика самими докладчиками этого закона была названа „чудовищною“ (*monstrueuse*), говоритъ, что со времени этого ордонанса конфликтъ съ уголовнымъ судомъ не можетъ быть возбужденъ ни по вопросамъ существа дѣла, ни по вопросамъ преюдиціальнымъ: „судебная власть по дѣламъ по обвиненію въ уголовныхъ преступленіяхъ обладаетъ ни съ кѣмъ ею не раздѣляемымъ правомъ разрѣшенія дѣлъ по существу: полномочія суда въ этомъ отношеніи носятъ принципиальный и конституціонный характеръ; они исключаютъ возможность какого бы то ни было вмѣшательства административной власти какъ въ вопросы существа дѣла, такъ и въ вопросы преюдиціальныя. Конечно, существуютъ такого рода обвиненія, которыя требуютъ заключеній по вопросамъ политическимъ или административнымъ; если уголовный судья этого заключенія не требуетъ, если онъ старается

¹⁾ Précis de droit administratif. 1893, стр. 697—698. „Dans les premières années de la Restauration, il avait été un tel abus des conflits, que le gouvernement, pour donner une satisfaction à l'opinion publique, fut obligé de restreindre lui-même sa liberté d'action... Ce fut l'objet de l'ordonnance du 1 juin 1828... En résumé, le conflit ne peut pas être élevé: Devant les tribunaux criminels“.

²⁾ Laferrière. Traité de la juridiction administrative. 1896. Томъ I, стр. 623.

³⁾ Что ордонансъ 1 іюня 1828 г. является и по сейчасъ дѣйствующимъ правомъ, въ этомъ вообще сомнѣнія нѣтъ. Ср. только что цитированное сочиненіе Ла ферріэра, томъ I, стр. 231.

замѣнить его какимъ либо другимъ способомъ выясненія дѣла, если онъ полагается на собственное разумѣніе, то такимъ образомъ можетъ получиться скверное судебное рѣшеніе, можетъ получиться нарушение правъ защиты, но не можетъ получиться нарушенія судомъ предѣловъ своей компетенціи“¹⁾).

Наконецъ послѣдній изъ иностранныхъ писателей, цитированныхъ по этому поводу Объяснительною Запискою, Otto Mayer, говорить по поводу возбужденій конфликта по французскому законодательству, что „это юридическое средство примѣнимо не ко всѣмъ судамъ: коммерческіе и мировые суды отъ него освобождены, равно какъ и суды, рассматривающіе дѣла по преступленіямъ“²⁾).

Такимъ образомъ по уголовнымъ дѣламъ, въ томъ техническомъ смыслѣ этого слова, который этотъ терминъ имѣетъ во французскомъ правѣ, гдѣ онъ противопоставляется проступкамъ, délits, и нарушеніямъ, contraventions, администрація не имѣетъ права возбужденія конфликтовъ, пререканій, съ судомъ.

Право это у французской администраціи существуетъ, но лишь, во первыхъ, по поводу исковъ, предъявленныхъ къ чиновнику въ гражданскомъ судѣ, и, по поводу возбужденныхъ противъ него дѣлъ частнаго обвиненія, а во вторыхъ, по поводу обвиненія чиновника въ такъ называемыхъ проступкахъ, délits, рассматриваемыхъ не уголовными въ техническомъ смыслѣ слова судами, а судами исправительными, tribunaux correctionnels.

¹⁾ Тамъ же, стр. 625: „l'autorité judiciaire possède, pour le jugement des accusations criminelles, des pouvoirs de pleine juridiction qui ne souffrent aucun partage; ses attributions, en cette matière, ont un caractère fondamental et d'ordre constitutionnel; elles excluent toute intervention de l'autorité administrative, aussi bien dans le jugement de questions préjudicielles que dans le jugement du fond. Sans doute, il y a des accusations qui rendent nécessaires des vérifications d'ordre administratif ou politique; si le juge criminel, s'abstient d'y recourir, s'il cherche à y suppléer par d'autres mesures d'instruction ou par ses propres lumières, il peut en résulter un mauvais jugement, peut-être même une atteinte aux droits de la défense, mais non un cas d'incompétence“.

²⁾ Theorie des französischen Verwaltungsrechts. 1886. Стр. 150. „Das Rechtsmittel (die Erhebung des Kompetenzkonfliktes) ist beschränkt in zweierlei Weise. Gewissen Gerichten gegenüber ist es gar nicht zulässig: Handelsgerichte und Friedensgerichte sind davon befreit; ebenso Gerichte, welche über Verbrechen entscheiden“. Отсутствие у администраціи права возбуждать конфликты съ коммерческими и мировыми судами французскіе писатели мотивируютъ тѣмъ, что въ этомъ правѣ собственно нѣтъ никакой нужды, ибо какъ мировые судьи, такъ и члены коммерческихъ судовъ не пользуются во Франціи несмѣняемостью и потому, для администраціи безопасны. См. цитату, приведенную у Otto Mayer'a на указанной выше страницѣ; иногда указывается также и на то, что возбужденіе конфликта съ этими установленіями невозможно и потому, что въ нихъ нѣтъ „прокурора республики“, а установленная процедура возбужденія конфликта требуетъ и его участія въ дѣлѣ.—Hauriou. Précis de droit administratif. Изд. 1903 г. стр. 808.

Въ первомъ случаѣ признается необходимымъ предоставить должностнымъ лицамъ извѣстныя гарантіи отъ неосновательныхъ преслѣдованій именно потому, что эти преслѣдованія исходятъ не отъ прокуратуры, не отъ органа власти, а отъ частнаго лица ¹⁾).

Во второмъ случаѣ резонность административной гарантіи усматривается въ томъ, что когда должностное лицо обвиняется не въ тяжкомъ преступленіи, а въ проступкѣ, то разрѣшеніе вопроса, преступилъ ли чиновникъ грань наказуемаго, или только виновенъ въ такъ называемыхъ неправильныхъ дѣйствіяхъ, представляетъ такого рода тонкости и трудности, что въ разсмотрѣніи этого вопроса надо предоставить голосъ не только общему суду, но и инстанціи, болѣе компетентной въ дѣлахъ административныхъ. ²⁾

Но и тамъ, гдѣ право административнаго начальства возбуждать конфликты существуетъ, оно поставлено въ довольно ограниченныя рамки: конфликтъ, по смыслу того же самаго ордонанса 1828 года, можетъ быть возбужденъ только въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) если прямымъ постановленіемъ закона наложено наказаніе за данное правонарушеніе предоставлено не судамъ, а административнымъ властямъ ³⁾, и 2) если приговоръ, который долженъ постановить судъ, зависитъ отъ разрѣшенія преюдиціального вопроса, предоставленнаго по закону вѣдѣнію администраціи. Къ числу этихъ послѣднихъ вопросовъ относится и вопросъ, совершена ли чиновникомъ такого рода неправильность, которая можетъ служить основаніемъ для его личной отвѣтственности.

Инстанціею, которой предоставлено разрѣшеніе этихъ вопросовъ. являлись въ разныя эпохи то государственный совѣтъ въ качествѣ общаго административнаго суда, то специальное судебное-административное установленіе, учрежденное для разсмотрѣнія пререканій,—*Tribunal des Conflits* ⁴⁾. Но и во времена военной имперіи Наполеона I не приходило въ голову ставить судебное преслѣдованіе чиновниковъ въ зависимость отъ того вѣдомства, къ которому принадлежитъ обви-

¹⁾ Аналогичная мысль положена и въ основаніе ст. 8 и 139 итальянскаго закона о коммунальномъ и провинціальномъ управленіи: согласно этому закону административная гарантія имѣетъ мѣсто въ случаѣ возбужденія противъ чиновника судебного преслѣдованія, гражданскаго или уголовнаго, частнымъ лицомъ. *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Томъ XIV, часть II, выпускъ 297, стр. 176.

²⁾ Къ тому же по отношенію къ должностнымъ проступкамъ еще и потому было гораздо легче, чѣмъ по отношенію къ преступленіямъ, сохранить административную гарантію, что она тутъ не являлась, по выраженію Наугиоц, общественнымъ скандаломъ, какимъ она была въ тѣхъ случаяхъ, когда администрація покрывала чиновниковъ, совершившихъ уголовное преступленіе.—*Précis de droit administratif* 1903. стр. 257.

³⁾ Таковы во Франціи нѣкоторые проступки, предусмотрѣнные дорожнымъ законодательствомъ, *les contraventions de grande voirie*.

⁴⁾ См. выше, стр. 430, вын. 2.

няемый, или, что еще того хуже, въ зависимость отъ того начальства обвиняемаго, которое назначило его къ должности.

Вопроса же о томъ, чтобы самое возбужденіе судебного преслѣдованія было поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія администраціи, или чтобы ей, а не слѣдственной власти, было предоставлено производство предварительнаго слѣдствія или предварительнаго изслѣдованія, и чтобы, наконецъ, администраціи было предоставлено исключительное право постановлять о преданіи чиновниковъ суду, во Франціи и не возникало.

Такимъ образомъ, примѣръ всѣхъ тѣхъ государствъ, въ которыхъ еще сохранилась административная гарантія, можетъ служить краснорѣчивымъ доказательствомъ лишь того, что передача дѣлъ по возбужденію уголовного преслѣдованія противъ должностныхъ лицъ изъ рукъ начальства въ руки прокуратуры, а равно направленіе предварительнаго изслѣдованія и предварительнаго слѣдствія въ общемъ порядкѣ уголовного судопроизводства, никакихъ реальныхъ интересовъ службы не нарушаетъ, что съ этимъ порядкомъ прекрасно уживаются такія чиновническія страны, какъ Франція или Пруссія.

Далѣе, та же ссылка Объяснительной Записки на примѣръ Западной Европы самымъ убѣдительнымъ образомъ доказываетъ, что того порядка уголовного преслѣдованія должностныхъ лицъ, который существуетъ въ Россіи, и который она желаетъ сохранить и на будущее время, не существуетъ ни въ одномъ культурномъ государствѣ.¹⁾

¹⁾ Но и въ тѣхъ сравнительно скромныхъ формахъ, въ которыхъ административная гарантія еще существуетъ въ нѣкоторыхъ государствахъ Европы, она навлекаетъ на себя серьезнѣйшія нареканія и не безъ основанія разсматривается, какъ средство облеченнаго въ болѣе или менѣе приличныя формы отказа въ правосудіи.—К л е в и ц ъ, стр. 63.—Г е з е р ъ, стр. 172—174.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Гражданскій искъ въ уголовномъ процессѣ.

По общимъ правиламъ судопроизводства искъ объ убыткахъ, причиненныхъ уголовнымъ преступленіемъ, можетъ быть предъявленъ или въ уголовномъ судѣ, который рассматриваетъ этотъ искъ совмѣстно съ уголовнымъ дѣломъ, или же отдѣльно отъ уголовного дѣла въ гражданскомъ судѣ, который рассматриваетъ этотъ искъ „не прежде, какъ по окончаніи уголовного производства, изъ коего искъ истекаетъ“¹⁾.

Въ отступленіе отъ этого основного правила Уст. Уг. Суд.²⁾ требуетъ, чтобы донесенія и сообщенія о преступленіяхъ должности по административнымъ вѣдомствамъ, а также просьбы о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные сими преступленіями, обращались къ тому начальству, отъ котораго зависитъ опредѣленіе обвиняемаго къ должности.³⁾

„На какой предметъ“ это требуется, этого изъ постановленій дѣйствующаго закона вывести рѣшительно невозможно. Изъ того, что законъ называетъ эти заявленія начальству о предстоящемъ гражданскомъ искѣ „просьбами“, можно было бы придти къ тому предположенію, что начальство уполномочено на разсмотрѣніе этихъ просьбъ по существу, что оно можетъ въ такой просьбѣ отказать, ее удовлетворить... Но подобное предположеніе на столько противорѣчило бы всѣмъ принципамъ разсмотрѣнія гражданскихъ исковъ, что сколько нибудь серьезно на немъ останавливаться, конечно, никто не станетъ⁴⁾.

Если же откинуть это предположеніе, то цѣль и смыслъ этой просьбы къ начальству останутся совершенно непонятными: съ такой

¹⁾ Уст. Гр. Суд. ст. 6.

²⁾ Ст. 1085.

³⁾ Ср. ст. 1070 и (для суд. вѣдомства) ст. 1079.

⁴⁾ Къ тому же и весь порядокъ такого административнаго разсмотрѣнія гражданскихъ исковъ оказался бы рѣшительно ничѣмъ не регулируемымъ въ законѣ и потому фактически неосуществимымъ.

поступившей къ нему просьбою начальство рѣшительно ничего сдѣлать не можетъ.

Практическій смыслъ этихъ просьбъ начальству въ настоящее время тотъ, что начальство знаетъ, по какимъ дѣламъ, предварительно преданія суду во всякомъ случаѣ нужно назначить производство предварительнаго слѣдствія ¹⁾).

Какъ мы уже указывали выше ²⁾), тѣ дѣла, по которымъ производство предварительнаго слѣдствія обязательно, находятся въ нѣсколько особомъ положеніи въ томъ отношеніи, что по этимъ дѣламъ прокурорскій надзоръ имѣетъ право возбужденія пререканій съ начальствомъ обвиняемаго должностного лица въ томъ случаѣ, если, не смотря на наличность признаковъ преступленія, начальство отказывается предать чиновника суду ³⁾).

Самая возможность того, что прокурорскій надзоръ воспользуется этимъ своимъ правомъ, существеннымъ образомъ вліяетъ на отношеніе начальства къ данному дѣлу: дѣло можетъ получить огласку, и потому на него съ самаго начала такъ и смотрять, что замять его трудно.

По такимъ дѣламъ предварительное административное изслѣдованіе ведется тщательнѣе, и, что самое существенное, это предварительное изслѣдованіе, о неудовлетворительной постановкѣ котораго мы уже говорили ⁴⁾), не является единственнымъ основаніемъ для сужденія о дѣлѣ.

Такимъ образомъ, благодаря тому, съ виду довольно странному правилу, что наличность гражданскаго иска является основаніемъ для производства предварительнаго слѣдствія, иски о вознагражденіи за убытки, причиненные должностными преступленіями, фактически оказываются въ положеніи, съ точки зрѣнія охраны правовыхъ интересовъ, сравнительно болѣе благопріятномъ ⁵⁾).

¹⁾ Ст. 1089, п. 2.

²⁾ См. стр. 541, 547, и 548.

³⁾ Уст. Уг. Суд. ст. 1092.

⁴⁾ См. выше, стр. 543—545.

⁵⁾ Къ тому же дѣло съ гражданскимъ искомъ есть дѣло челобитчиково, такое, по которому и само частное лицо, въ немъ заинтересованное, имѣетъ ходженіе, напоминаетъ о немъ и начальству, а если догадается, то и прокурору. Надо однако имѣть въ виду, что сравнительно болѣе благопріятное положеніе, создаваемое возможностью вмѣшательства въ дѣло прокурорскаго надзора, ни въ коемъ случаѣ не можетъ разсматриваться, какъ юридическая гарантія гражданскихъ правъ, нарушаемыхъ должностными преступленіями: самое это вмѣшательство есть дѣло усмотрѣнія прокурора, и самъ потерпѣвшій лишентъ возможности такъ или иначе повліять на то, чтобы это вмѣшательство въ дѣятельность имѣло мѣсто, а тѣмъ болѣе на то, чтобы оно имѣло мѣсто въ данный моментъ и въ данной формѣ. Тутъ охрана гражданскихъ правъ обывателя ставится въ зависимость отъ усмотрѣнія административной, прокурорской власти.

Въ этомъ отношеніи проектъ новой редакціи Уст. Уг. Суд. вноситъ существенное ухудшеніе въ теперешній порядокъ. Объяснительная Записка ¹⁾ говоритъ: „производство предварительнаго слѣдствія, имѣющаго своимъ главнымъ назначеніемъ выясненіе обстоятельствъ дѣла, необходимое для разрѣшенія вопроса о виновности обвиняемаго, не должно быть обязательнымъ единственно вслѣдствіе валичности гражданского иска, въ виду чего п. 2 ст. 1089 Уст. Уг. Суд. желательно отмѣнить“.

На основаніи этого соображенія въ проектъ новой редакціи Уст. Уг. Суд. постановленіе, соответствующее пункту 2 статьи 1089, исключено.

Въ своемъ стремленіи по возможности сократить область призмѣненія предварительнаго слѣдствія Комиссія забыла, что преступления должности находятся въ особомъ положеніи; она забыла то, что сама говорила о крайней неудовлетворительности предварительнаго административнаго изслѣдованія, о томъ, что его производятъ лица, къ тому вовсе не подготовленныя, лица, въ отношеніи слѣдственныхъ дѣйствій лишенныя и тѣхъ правъ, которыми обладает даже и полиція, производящая дознанія ²⁾.

Комиссія въ цѣломъ упустила изъ виду то, что прекрасно извѣстно каждому ея члену, а именно, что эти предварительныя изслѣдованія сплошь да рядомъ производятся лицами, склонными не столько къ тому, чтобы обнаружить слѣды преступления и улики, говорящія противъ виновнаго, сколько къ тому, чтобы скрыть эти слѣды, уничтожить улики.

Затѣмъ, при оцѣнкѣ практическаго значенія этого нововведенія проекта, необходимо принять во вниманіе, что съ устраненіемъ по этимъ дѣламъ обязательности предварительнаго слѣдствія устранится право прокурорскаго надаора возбуждать по этимъ дѣламъ пререканія съ начальствомъ обвиняемыхъ должностныхъ лицъ, и такимъ образомъ устранятся всѣ тѣ благія послѣдствія, которыя прямо или косвенно связаны съ правомъ прокурорскаго протеста.

Наконецъ, и это пожалуй не менѣе существенно, это нововведеніе проекта, въ изытаніе изъ того общаго правила, что потерпѣвшему отъ преступления предоставляется право принимать участіе въ изобличеніи виновнаго и на предварительномъ слѣдствіи, создастъ такое положеніе вещей, что потерпѣвшій отъ должностнаго преступления будетъ лишенъ возможности какъ бы то ни было отстаивать свои права впредь до самаго судебного слѣдствія, такъ какъ на

¹⁾ Томъ IV, стр. 263.

²⁾ См. выше, стр. 543—545.

предварительномъ административномъ изслѣдованіи никакое участіе въ дѣлѣ со стороны потерпѣвшаго не допускается ¹⁾).

Хотя начальство чиновника, получивъ отъ обывателя просьбу о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные должностнымъ преступленіемъ этого чиновника, не вправѣ не только удовлетворить эту просьбу или отказать въ ней, но и не вправѣ даже и просто войти въ ея разсмотрѣніе, тѣмъ не менѣе косвенно распоряженія начальства могутъ оказать существенное вліяніе на судьбу гражданскаго иска.

Вліяніе это сказывается въ томъ, что отъ начальства зависитъ или вовсе освободить чиновника отъ всякаго взысканія, или ограничиться наложеніемъ дисциплинарнаго наказанія, или же, наконецъ, предать его суду ²⁾).

Начальство должностного лица только въ томъ случаѣ можетъ ограничиться наложеніемъ дисциплинарнаго взысканія, если чиновникомъ совершенъ такого рода проступокъ, за который въ законѣ положены лишь наказанія, налагаемая властью начальства, но если въ числѣ наказаній, положенныхъ за данный проступокъ, имѣется хотя бы одно такое, которое можетъ быть наложено не иначе, какъ по суду, то выборъ между этими наказаніями можетъ быть сдѣланъ

¹⁾ Что теперь потерпѣвшій отъ должностного преступленія на общемъ основаніи пользуется на предварительномъ слѣдствіи правами гражданскаго истца, это прямо признается Пр. Сенатомъ (Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ 1883 г. № 8). Это правило по отношенію къ должностнымъ преступленіямъ признается и проектомъ новой редакціи Уст. Уг. Суд. (ст. 1266), но только для предварительнаго слѣдствія (ст. 1303), но не для предварительнаго изслѣдованія.

То существенное ухудшеніе положенія гражданскихъ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ должностными преступленіями, которое получится въ случаѣ отмѣны пункта 2 статьи 1089 Уст. Угол. Суд., отнюдь не уменьшится отъ проектированнаго предоставленія прокурору права возбуждать пререканія и по тѣмъ дѣламъ, по которымъ имъ было заявлено начальству о необходимости произвести предварительное изслѣдованіе (ст. 1296 проекта). По общему правилу заявленія о преступленіи, причинившемъ кому либо убытки, можетъ попасть или въ гражданскій судъ, который будетъ разсматривать гражданскій искъ, или къ начальству, отъ котораго зависитъ возбужденіе уголовнаго преслѣдованія. Къ прокурору такія дѣла могутъ попадать лишь въ видѣ случайныхъ и рѣдкихъ исключеній.

²⁾ Въ двухъ первыхъ случаяхъ, въ дѣлахъ, подходящихъ подъ ст. 1089 Уст. Уг. Суд., прокуроръ можетъ настаивать на производствѣ предварительнаго слѣдствія, или, если оно уже было произведено, то на преданіи суду.

Наложеніе на чиновника дисциплинарнаго взысканія за такой проступокъ, за который наказаніе можетъ быть наложено только по суду, не можетъ служить основаніемъ къ освобожденію чиновника отъ суда и не можетъ служить поѣтому и препятствіемъ для возбужденія прокурорскимъ надзоромъ пререканія съ начальствомъ. Это положеніе, давно уже установленное сенатскою практикою, неизмѣнно ею поддерживается.— Тимофеевскій и Кузнецовъ, стр. 366—369.

только судомъ, и потому дѣло не можетъ быть разрѣшено властью начальства и подлежить передачѣ въ судъ ¹⁾).

Этотъ принципъ, послѣдовательно проводимый въ практикѣ Сената, новъ его рѣшеніяхъ мотивированный во всякомъ случаѣ весьма недостаточно ²⁾), находится въ тѣсной связи съ другимъ началомъ. также настойчиво проводимымъ Правительствующимъ Сенатомъ, а именно съ тѣмъ началомъ, что признаніе начальствомъ наличности смягчающихъ вину обстоятельствъ не можетъ служить основаніемъ для окончанія дѣла въ административномъ порядкѣ, т. е. освобожденіемъ отъ взысканія или наложеніемъ наказанія дисциплинарнаго, если только дѣло при отсутствіи этихъ смягчающихъ обстоятельствъ подлежало бы вѣдѣнію суда ³⁾).

¹⁾ Ср. Опрежденія Соед. Прис. 1-го и Уг. Касс. Д-та Пр. Сената 15 дек. 1869 г. № 9769, 12 мая 1870 г. № 3597 и 23 февр.—18 мая 1881 г. №№ 1525 и 3652, и въ особенности опред. Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 3 окт. 1883 г. № 24: „не представляется сомнѣнія въ томъ, что дѣло по преступленію должности можетъ быть разрѣшено въ административномъ порядкѣ, безъ преданія обвиняемаго суду, въ томъ только случаѣ, когда преступное дѣяніе, составляющее предметъ дѣла, влечетъ за собою такія, одно другое замѣняющія наказанія, наложеніе которыхъ предоставлено примѣчаніемъ къ ст. 69 Улож. о Нак. начальству виновнаго, но если въ числѣ наказаній заключается хотя бы одно, которому обвиняемый можетъ быть подвергнутъ не иначе, какъ по суду, дѣло, на основаніи вышесказаннаго правила о подсудности, подлежитъ изъятію изъ вѣдомства административнаго начальства и передачѣ въ судъ“. Тимофеевскій и Кузнецовъ, стр. 369—372, въ особенности 371.

²⁾ Этотъ принципъ въ общемъ имѣетъ громадное практическое значеніе, ибо значительно ограничиваетъ сферу дѣйствія начальническаго усмотрѣнія и въ значительной степени стѣсняетъ то начальство, которое желало бы замѣять дѣло, не доводя его до суда. При этомъ однако нельзя не указать на то, что этотъ принципъ вноситъ въ дѣло не малую дозу случая: при несовершенствѣ нашего Ул. о Нак. съ технической, кодификаціонной стороны, вопросъ, обнимаетъ ли данная статья только одну степень провинности или нѣсколько, есть дѣло случая. Между тѣмъ, если статья обнимаетъ только низшую степень вины, то чиновникъ, впавшій въ нее, можетъ быть наказанъ начальствомъ безъ преданія суду; если же статья обнимаетъ нѣсколько степеней вины, то признаніе чиновника согрѣшившимъ только противъ такой части статьи, по которой наказаніе можетъ быть наложено и начальствомъ, все таки приводитъ къ необходимости предавать суду только въ виду того, что въ той же статьѣ предусматрѣны наказанія, налагаемыя по суду.

³⁾ Ср. опредѣленія Соед. Прис. 1-го и Уг. Касс. Д-та Пр. Сената 30 сент. 1875 г. № 6898: „при обсужденіи дѣйствій должностнаго лица начальство его должно только разрѣшить вопросъ о томъ, достаточно ли произведеннымъ слѣдствіемъ или дознаніемъ обвиняемый изобличается во введенномъ на него обвиненіи для того, чтобы предать его суду, не касаясь вовсе того вопроса: существуютъ ли въ дѣлѣ обстоятельства, уменьшающія вину обвиняемаго, ибо послѣднія, не измѣняя состава преступленія, вліяютъ лишь на мѣру наказанія, опредѣленіе коей, въ случаѣ признанія виновности обвиняемаго, всецѣло зависитъ отъ суда“. Въ опред. отъ 30 сент. 1875 г. № 6906 Сенатъ призналъ, что „ближайшее опредѣленіе степени злого умысла и сознательности въ дѣйствіяхъ

Жизненный смысл этого послѣдняго положенія стоитъ внѣ всякаго сомнѣнiя и спора: если только признать, что начальство имѣетъ право не предавать суду, усматривая въ дѣлѣ какiя либо обстоятельства, смягчающiя вину чиновника, то можно заранѣе рѣшить, что всякая уголовная репрессiя должностныхъ преступленiй вовсе прекратится.

Такимъ образомъ, согласно установившейся сенатской практикѣ, начальство не иначе можетъ вовсе прекратить дѣло или ограничиться наложенiемъ дисциплинарнаго взыскаиiя, какъ признавъ, или, во первыхъ, что въ дѣйствiяхъ его подчиненнаго вовсе нѣтъ признаковъ уголовно или дисциплинарно наказуемаго дѣянiя, или же, во вторыхъ, что дѣянiе подчиненнаго во всякомъ случаѣ подлежитъ только такому наказанiю, которое можетъ быть наложено властью начальства ¹⁾.

Прекращенiе дѣла, освобожденiемъ ли чиновника отъ всякаго взыскаиiя, или наложенiемъ на него взыскаиiя дисциплинарнаго, можетъ послѣдовать въ любой моментъ производства впредь до того, какъ состоялось постановленiе о преданiи чиновника суду, или даже на практикѣ впредь до того момента, когда на основанiи этого постановленiя дѣло препровождено судебнымъ властямъ ²⁾.

со стороны виновнаго, какъ обстоятельствъ, влiяющихъ лишь на мѣру наказанiя виновнаго, а не на свойства совершеннаго имъ преступленiя, зависитъ единственно отъ судебного мѣста, разсмотрѣнiю коего подлежитъ дѣло". Въ опред. 17 окт. 1894 г. № 7524 Сенатъ призналъ, что „назначенiе наказанiя не по ст. 343 Ул. Нак., а по ст. 410 или другой, вслѣдствiе принятiя во вниманiе смягчающихъ вину обстоятельствъ, какъ то непониманiя закона, неосторожности и т. п., могло бы послѣдовать лишь по приговору суда". Ср. опредѣленiе того же числа № 7533. Во всѣхъ этихъ опредѣленiяхъ положенiе, высказываемое Сенатомъ, не мотивируется имъ ссылкой на какое либо постановленiе закона. Лишь въ опредѣленiи 17 ноября 1889 г. № 8985 Соед. Прис. говорится, да и то не особенно убѣдительно, что „оцѣнка уменьшающихъ вину обстоятельствъ, согласно 774 ст. Уст. Уг. Суд., принадлежитъ исключительно суду". Тимофеевскiй и Кузнецовъ, (стр. 372—384).

¹⁾ Если дѣянiе чиновника во всякомъ случаѣ, т. е. независимо отъ наличности въ данномъ дѣлѣ смягчающихъ вину обстоятельствъ, подлежитъ наказанiю, которое можетъ быть наложено властью начальства, то это начальство можетъ признать и наличность такихъ смягчающихъ вину обстоятельствъ и вовсе освободить чиновника отъ всякаго (дисциплинарнаго) наказанiя.

²⁾ Нѣсколько спорнымъ является вопросъ, кѣмъ прекращается дѣло въ томъ случаѣ, если законныя причины къ прекращенiю его обнаружатся судебнымъ слѣдователемъ во время производства предварительнаго слѣдствiя. По общему правилу статьи 277 Уст. Уг. Суд. судебный слѣдователь, по тѣмъ или другимъ причинамъ придя къ убѣжденiю о необходимости прекратить производимое имъ слѣдствiе, долженъ представить о томъ суду; долженъ ли слѣдователь и о прекращенiи дѣла по должностнымъ преступленiямъ тоже представлять тому же суду, или же прекращенiе это должно зависѣть отъ начальства обвиняемаго должностнаго лица?

Вопросъ этотъ разсматривался Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр.

Если дѣло уже поступило въ судъ, то можетъ закончиться или обвиненіемъ чиновника, или оправданіемъ его, наконецъ прекращеніемъ дѣла безъ постановленія какого либо рѣшенія.

Каждый изъ этихъ возможныхъ исходовъ дѣла оказываетъ свое вліяніе на дальнѣйшую судьбу заявленнаго гражданскаго иска.

По общему правилу статьи 18 Уст. Уг. Суд. „въ случаѣ прекращенія судебного преслѣдованія до начатія въ уголовномъ порядкѣ иска о вознагражденіи потерпѣвшаго отъ преступленія лица, искъ сей можетъ быть обращенъ къ обвиняемому, а за смертью его, къ его наслѣдникамъ — не иначе какъ въ порядкѣ гражданскаго суда“. Если же искъ о вознагражденіи за вредъ, причиненный преступленіемъ, былъ уже начатъ въ уголовномъ судѣ, и дѣло было прекращено по одной изъ причинъ, указанныхъ въ ст. 16, то гражданскій искъ разсматривается, согласно ст. 17 Уст. Уг. Суд. тѣмъ же уголовнымъ судомъ.

Эти общія правила примѣняются Сенатомъ и къ искамъ объ убыткахъ, причиненныхъ должностными преступленіями. Практика эта сама по себѣ представляется намъ безусловно правильною.

Такимъ образомъ получается; что коль скоро дѣло поступило въ судъ, то даже и въ случаѣ прекращенія дѣла судомъ (по невозможности ли постановить приговоръ, или постановленіемъ оправдательнаго приговора) искъ объ убыткахъ разсматривается тѣмъ же уголовнымъ судомъ. При этомъ судьба гражданскаго иска объ убыткахъ, причиненныхъ преступными должностными дѣйствіями, ни въ чемъ не отличается отъ судьбы всякаго другого гражданскаго иска, разсматриваемаго уголовнымъ судомъ.

Если же уголовное преслѣдованіе прекращено начальствомъ, то согласно статьѣ 18 Уст. Уг. Суд. слѣдовало бы различать случаи, когда дѣло прекращено до начатія въ уголовномъ порядкѣ иска о вознагражденіи, и случаи, когда дѣло прекращено, когда искъ уже начатъ.

Но тутъ возникаетъ странное затрудненіе, заключающееся въ томъ, что относительно исковъ о вознагражденіи за вредъ, причиненный должностными преступленіями, не извѣстно, что собственно слѣ-

Снята (15 дек. 1886 г. № 37), которое нашло, что уже рѣшеніемъ Общ. Собр. 1884 г. № 24 было разъяснено, что если слѣдователь усмотритъ законныя основанія для прекращенія производимаго имъ по требованію подлежащаго начальства предварительнаго слѣдствія, то на немъ лежитъ обязанность составить постановленіе о такомъ прекращеніи и представить оное тому установленію, отъ котораго зависитъ преданіе обвиняемаго суду, и которое одно и должно судить о необходимости прекращенія слѣдствія по этому дѣлу. Проектъ новой редакціи Уст. Уг. Суд. разрѣшаетъ это сомнѣніе въ томъ же смыслѣ и мотивируетъ это нежеланіемъ отступать отъ принципа административной гарантіи (Объяснит. Зап. томъ IV, стр. 296, ср. статью 1324 проекта).

дуетъ считать начальнымъ моментомъ возбужденія гражданскаго иска въ уголовномъ порядкѣ.

По нашему мнѣнію, этимъ моментомъ слѣдовало бы признавать поступленіе къ начальству обвиняемаго должностнаго лица установленной въ ст. 1085 Уст. Уг. Суд. просьбы о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные должностнымъ преступленіемъ. Заявленіе подобной просьбы начальству виновнаго должностнаго лица только и можетъ быть разсматриваемо, какъ одинъ изъ моментовъ иска объ убыткахъ, возбужденнаго въ уголовномъ порядкѣ, такъ какъ въ гражданскомъ порядкѣ никакой жалобы потерпѣвшаго по начальству закономъ не установлено.

Но Пр. Сенатъ, примѣняя къ должностнымъ преступленіямъ то созданное имъ общее положеніе, что подъ „начатіемъ въ уголовномъ порядкѣ иска о вознагражденіи потерпѣвшаго отъ преступленія лица“ разумѣется въ законѣ „безъ сомнѣнія“ порядокъ уголовного суда, а не вообще производство уголовного дѣла до преданія обвиняемаго лица суду ¹⁾, разъяснилъ, что въ порядкѣ уголовного суда иски объ убыткахъ, причиненныхъ должностными преступленіями, разсматриваются въ случаѣ прекращенія уголовного преслѣдованія только при томъ условіи, если уголовное преслѣдованіе было прекращено послѣ преданія обвиняемаго суду ²⁾.

¹⁾ Рѣш. Уг. Касс. Д-та 1876 г. № 237.—Мотивировка Сената представляется намъ не слишкомъ убѣдительною. Сенатъ говоритъ, что „судебное преслѣдованіе можетъ быть прекращаемо только тогда, когда оно уже дѣйствительно возникло, т. е. тогда, когда уголовное дѣло уже было обращено къ судебному разсмотрѣнію въ порядкѣ уголовного судопроизводства“. Точно такъ же мало убѣдительно представляется ссылка этого сенатскаго рѣшенія и на статью 5 Уст. Гр. Суд., согласно которой искъ объ убыткахъ, причиненныхъ преступленіемъ, „можетъ быть предъявленъ въ уголовномъ судѣ при самомъ производствѣ уголовного дѣла, или же отдѣльно отъ онаго въ судѣ гражданскомъ“, изъ чего Сенатъ выводитъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ не былъ почему либо предъявленъ на уголовномъ судѣ, онъ подлежитъ разсмотрѣнію въ судѣ гражданскомъ. Но если статья 5 Уст. Гр. Суд. придавать такой смыслъ, что искъ объ убыткахъ можетъ быть заявленъ только на томъ или другомъ судѣ, то заявленіе иска судебному слѣдователю по ст. 268 Уст. Уг. Суд., а въ особенности начальству обвиняемаго должностнаго лица, какъ того требуетъ статья 1085 Уст. Уг. Суд., было бы рѣшительно невозможно.

²⁾ Рѣш. Общ. Собр. 1-го и Касс. Д-товъ Пр. Сената 1895 г. № 18, „за прекращеніемъ, въ силу 16 ст. Уст. Уг. Суд., возбужденнаго противъ должностнаго лица уголовного преслѣдованія, искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, произтекающій изъ дѣянія, хотя и не подлежащаго наказанію, но тѣмъ не менѣе преступнаго, и совершеннаго изъ личныхъ или корыстныхъ видовъ, не можетъ подлежать разсмотрѣнію въ порядкѣ, изложенномъ въ раздѣлѣ II кн. III Уст. Гр. Суд., а подлежитъ или вѣдѣнію уголовного суда, согласно ст. 17 Уст. Уг. Суд., если дѣло прекращено послѣ преданія обвиняемаго суду (рѣш. Уг. Касс. Д-та 1868 г. № 157), или, если такое прекращеніе слѣдовало до преданія обвиняемаго суду, производству въ общемъ порядкѣ гражданскаго судопроизводства“.

При этомъ надо различать прекращеніе дѣла начальствомъ по отсутствію въ дѣйствіяхъ подчиненнаго признаковъ уголовно наказуемаго дѣянія, и прекращеніе дѣла по юридической невозможности постановить приговоръ: по воспослѣдованіи Всемилостивѣйшаго манифеста, по истеченіи давности, за смертью обвиняемаго.

Оставляя пока въ сторонѣ первый случай, замѣтимъ, что во второмъ, согласно приведенному рѣшенію Общ. Собр. 1-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената, въ томъ случаѣ, если основанія къ прекращенію дѣла обнаружались до воспослѣдованія постановленія начальства о преданіи суду, убытки могутъ быть отыскиваемы въ порядкѣ гражданскаго суда, и именно въ общемъ порядкѣ судопроизводства, а не

производства, на основаніи ст. 18 Уст. Уг. Суд. Правильность заключенія о примѣнимости въ этомъ послѣднемъ случаѣ лишь общаго порядка гражданскаго судопроизводства находитъ себѣ подтвержденіе и въ содержаніи ст. 1318 Уст. Гр. Суд., устанавливающей весьма краткіе сроки для вчинанія исковъ по ст. 1316 и 1330¹. Между тѣмъ прекращеніе дѣла по принимаемъ, погашающимъ уголовную отвѣтственность обвиняемаго, можетъ послѣдовать (при производствѣ уголовного дѣла) и послѣ истеченія указанныхъ въ ст. 1318 сроковъ. Въ такихъ случаяхъ, если уголовное преслѣдованіе прекращено до преданія обвиняемаго суду, потерпѣвшіе отъ преступленія были бы лишены всякой возможности отыскивать вознагражденіе за понесенные вредъ и убытки, такъ какъ гражданскій искъ не подлежалъ бы разсмотрѣнію уголовного суда, а предъявленіе иска въ судѣ гражданскомъ не могло бы имѣть мѣста за пропускомъ сроковъ, указанныхъ въ ст. 1318 Уст. Гр. Суд. Такой порядокъ вещей, слагающій съ должностныхъ лицъ всякую гражданскую отвѣтственность за причиненные имъ дѣйствіями вредъ и убытки, очевидно не можетъ быть допущенъ закономъ и вполне устраняется примѣненіемъ общаго порядка гражданскаго судопроизводства“.

Общ. Собр. 1-го и Касс. Д-товъ Пр. Сената (рѣш. 1893 г. № 25) „нашло, что, согласно ст. 16, 17 и 18 Уст. Уг. Суд., прекращеніе уголовного преслѣдованія по Всемилостивѣйшему Манифесту относится исключительно къ уголовной отвѣтственности обвиняемаго и не вліяетъ на гражданскую отвѣтственность за причиненные его дѣяніемъ ущербы и убытки, такъ какъ, на основаніи ст. 17 сего Уст., при прекращеніи судебного преслѣдованія вслѣдствіе означенныхъ въ ст. 16 причинъ, къ коимъ относится и Всем. Манифестъ, начатые въ условіяхъ, указанныхъ въ ст. 7 Уст. Уг. Суд., въ уголовныхъ судахъ иски о вознагражденіи за вредъ и убытки разрѣшаются тѣми же уголовными судами, а по ст. 18 ст., въ случаѣ прекращенія судебного преслѣдованія до начатія въ уголовномъ порядкѣ иска о вознагражденіи, таковой можетъ быть обращенъ къ обвиняемому не иначе, какъ въ порядкѣ гражданскаго суда“. Затѣмъ Сенатъ, указавъ на то, что въ административномъ порядкѣ начеты могутъ дѣлаться на должностныхъ лицъ только въ томъ случаѣ, если невѣрности въ счетѣ основаны на простой невѣрности счета и не заключаютъ въ себѣ какихъ либо противозаконныхъ дѣйствій, пришелъ къ заключенію, что „въ случаяхъ прекращенія по Всемил. Манифесту преслѣдованія должностныхъ лицъ по преступленію должности, причинившему убытокъ казнѣ, начальство обвиняемаго не вправѣ безъ его на то согласія обратить на него взысканіе этого убытка въ административномъ порядкѣ, но обязано требованіе свое о вознагражденіи предъявить въ судебномъ порядкѣ“.

въ особомъ, установленномъ статьями 1316 и слѣд. Уст. Гр. Суд. для отысканія убытковъ, причиненныхъ неосмотрительностью, нерадѣніемъ или медленностью должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства.

Если же постановленіе административнаго начальства о преданіи суду уже состоялось, то обнаружившіяся основанія, препятствующія постановкѣ уголовного приговора, не вліяютъ на порядокъ разсмотрѣнія гражданскаго иска, который все таки разсматривается тѣмъ уголовнымъ судомъ, которому было бы подсудно дѣло, еслибы причинъ, устраняющихъ возможность постановки приговора, не было.

Если уголовное преслѣдованіе чиновника было прекращено начальствомъ на томъ основаніи, что оно не усмотрѣло въ дѣйствіяхъ обвиняемаго признаковъ уголовно наказуемыхъ дѣяній, то о разсмотрѣніи гражданскаго иска въ уголовномъ судѣ не можетъ быть, конечно, и рѣчи.

Теоретически вопросъ разрѣшается весьма просто: независимо отъ того, признало ли начальство, что его подчиненный вообще никакой неправильности не совершилъ, или же нашло, что этотъ подчиненный можетъ быть признанъ совершившимъ лишь дисциплинарную провинность¹⁾, наказаніе за которую должно быть наложено въ административномъ порядкѣ безъ преданія суду,—въ обоихъ этихъ случаяхъ гражданскій искъ долженъ быть разсмотрѣнъ независимо отъ уголовного производства, которое является какъ бы не существовавшимъ. Подобный искъ, какъ и всякій вообще искъ къ должностному лицу объ убыткахъ, причиненныхъ его должностными дѣйствіями, подлежитъ разсмотрѣнію въ порядкѣ и въ условіяхъ, указанныхъ въ статьяхъ 1316 и слѣд. Уст. Гр. Суд. По крайней мѣрѣ къ примѣненію къ подобному иску какихъ либо другихъ правилъ нѣтъ никакихъ законныхъ основаній. Вѣдь какъ ни какъ, а къ тому постановленію начальства, которымъ признается, что въ дѣйствіяхъ его подчиненнаго нѣтъ признаковъ уголовно наказуемаго дѣянія, законъ долженъ относиться какъ къ авторитетному признанію этого факта; поэтому въ томъ случаѣ, если начальство признало, что ему напрасно была подана жалоба на основаніи ст. 1085 Уст. Уг. Суд. на дѣйствіе его подчиненнаго, какъ на преступное, ибо дѣйствія эти не преступны, законъ и долженъ относиться къ этимъ дѣйствіямъ, какъ будто они дѣйствительно не преступны, и въ такомъ случаѣ жалоба потерпѣвшаго по начальству, вмѣсто непосредственной жалобы въ гражданскій судъ, является жалобой, поданной неподлежаще, а потому она никакого вліянія на законный ходъ дѣла и на теченіе всякихъ сроковъ оказать не можетъ.

¹⁾ На вопросъ, почему наложеніе на чиновника дисциплинарнаго взысканія не должно оказывать ни мажѣйшаго вліянія на судьбу того гражданскаго иска, который можетъ быть къ нему предъявленъ на основаніи того же его дѣйствія, мы уже останавливались выше. См. стр. 532—533.

Такимъ образомъ, формально дѣло обстоитъ весьма просто. Практически же оно поставлено совершенно безисходно. Можно съ полною увѣренностью сказать, что по дѣлу, по которому была подана жалоба по начальству, согласно ст. 1085 Уст. Уг. Суд., съ просьбою о вознагражденіи за вредъ, причиненный должностнымъ преступленіемъ, въ случаѣ, если начальство признаетъ, что нѣтъ на лицо оснований для преданія суду, — убытки никогда не могутъ быть взысканы, и самый искъ никуда и никогда не можетъ быть предъявленъ.

Предъявленіе иска по статьѣ 1316 Уст. Гр. Суд. связано трехмѣсячнымъ и шестимѣсячнымъ срокомъ. При самомъ добросовѣстномъ отношеніи къ дѣлу со стороны начальства при существующихъ канцелярскихъ порядкахъ полученіе на свою жалобу отвѣта въ три мѣсяца является дѣломъ практически почти невозможнымъ. Дѣла по преданію суду должностныхъ лицъ являются вообще дѣлами на столько рѣдкими, на столько затрудняютъ чиновниковъ, по нимъ собирается столько справокъ и запрашивается заключеній, что и по истеченіи шести мѣсяцевъ изготовленіе отвѣта и посылка его полиціи для объявленія просителю являются почти невозможными. Такимъ образомъ, потерпѣвшій узнаетъ, что ему надлежитъ обратиться въ гражданскій судъ, только тогда, когда возможность этого обращенія у него будетъ уже утрачена. Замѣтимъ, что помимо обычной канцелярской волокиты, тутъ возможна еще и умышленная: начальство можетъ задержать посылку уже готоваго отвѣта впродолженіе до истеченія исковой давности. Что такіе случаи на практикѣ возможны, это намъ извѣстно на непосредственно нами наблюдавшихся фактахъ.

Поэтому прекращеніе дѣла начальствомъ на томъ основаніи, что въ обжалованныхъ дѣйствіяхъ его подчиненнаго оно не усмотрѣло признаковъ уголовно наказуемаго дѣянія, на практикѣ всегда приводитъ къ тому, что искъ объ убыткахъ вовсе и не можетъ быть предъявленъ.

Положеніе вещей явно ненормальное.

Въ оправданіе его нельзя говорить и того, чтобы въ дѣйствительности обращеніе къ начальству по статьѣ 1085 Уст. Уг. Суд. съ просьбою о вознагражденіи за убытки, причиненные должностнымъ преступленіемъ, было результатомъ собственной ошибки потерпѣвшаго во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда это начальство признаетъ, что въ указываемыхъ дѣйствіяхъ подчиненнаго нѣтъ признаковъ уголовно наказуемаго дѣянія.

Никто не станетъ утверждать, чтобы въ постановленіяхъ начальства о преданіи суду или о наложеніи на подчиненнаго дисциплинарнаго взысканія элементъ усмотрѣнія вовсе отсутствовалъ.

Въ дѣйствительности потерпѣвшій сплошь да рядомъ на дѣлѣ лишенъ возможности предвидѣть, какъ именно начальство отнесется

къ дѣйствіямъ своего подчиненнаго: можетъ быть, признаеть ихъ преступными, можетъ быть, и не признаеть.

Надо также принять во вниманіе, что при разрѣшеніи начальствомъ этого вопроса, фактически предрѣшающаго судьбу гражданскаго иска, потерпѣвшій лишенъ права предъявлять какія либо объясненія, лишенъ права обжаловать состоявшееся постановленіе.

То практически недопустимое положеніе вещей, которое получается въ разсматриваемомъ случаѣ, есть лишь частное проявленіе того проводимаго въ нашемъ законодательствѣ поистинѣ невозможнаго принципа, что по искамъ къ должностнымъ лицамъ давность, погашающая эти иски, можетъ начать течь до того, какъ появляется возможность самого предъявленія иска¹⁾. Согласно тому общему началу, что время, въ теченіе котораго искъ не могъ быть предъявленъ, не идетъ въ счетъ давности, трехмѣсячная давность статьи 1818 Уст. Гр. Суд. должна была бы течь лишь съ того времени, когда просителю объявлено, что его просьба о преданіи суду оставлена безъ удовлетворенія²⁾.

¹⁾ См. выше, стр. 529—531.

²⁾ Ср. М. А. Лозина-Лозинскій. Журналъ Министерства Юстиціи. 1895 г. № 12 стр. 119.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ.

I. Такимъ образомъ, установленіе гражданской отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями за убытки, причиненные ихъ неправильными (не преступными) дѣйствіями, отнюдь не можетъ быть признано не только необходимымъ, но и желательнымъ.

Изъ существа юридической природы государственной (или общественной) службы нельзя извлечь никакого юридическаго основанія для отвѣтственности должностныхъ лицъ передъ обывателями. По крайней мѣрѣ ни одному изъ сторонниковъ этой отвѣтственности указать на такое основаніе не удалось. Неправильное дѣйствіе, по скольку оно является со стороны чиновника нарушеніемъ долга службы, конечно можетъ обосновывать его имущественную отвѣтственность, но только передъ государствомъ, но не передъ частными лицами, съ которыми чиновникъ, какъ таковой, ни въ какихъ юридическихъ отношеніяхъ вообще не состоитъ.

Гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ, не имѣя подъ собою достаточной юридической почвы, не оправдывается и соображеніями цѣлесообразности. По отношенію къ чиновнику возложеніе на него обязанности отвѣчать собственнымъ имуществомъ за всякій убытокъ, который онъ можетъ причинить своими неправильными дѣйствіями, можетъ лечь на него тягчайшею карою, при чемъ тягость ея можетъ не находиться ни въ какомъ соотвѣтствіи со степенью лежащей на чиновникѣ вины, а въ иныхъ случаяхъ эта отвѣтственность практически сведется къ тому, что чиновникъ личными своими средствами будетъ расплачиваться за ту или другую неправильность въ самой постановкѣ дѣла, созданной закономъ.

По отношенію къ обывателю предоставленіе ему права взыскивать свои убытки съ чиновника во многихъ случаяхъ сводится къ какой то насмѣшкѣ со стороны закона: законъ требуетъ отъ обывателя, чтобы онъ свои существеннѣйшіе интересы ввѣрялъ чиновнику, у котораго и рубля за душою нѣтъ, и въ случаѣ, если изъ за ошибки этого чиновника обыватель несетъ тысячные убытки, предоставляетъ ему взыскивать ихъ съ этого чиновника.

Поэтому является вполне понятнымъ стремленіе нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательствъ или вовсе устранить отвѣтственность чи-

новника передъ обывателемъ, замѣнивъ ее отвѣтственностью казны ¹⁾, или по крайней мѣрѣ возложить на казну субсидіарную отвѣтственность за чиновника ²⁾.

Что касается вопроса, за всякую ли ошибку должны отвѣчать чиновники, то слѣдуетъ признать, что стремленіе возложить на чиновника отвѣтственность за всякую его неправильность по существу своему несправедливо. Какъ на одинъ изъ видовъ такихъ ошибокъ, которыя не могутъ создавать гражданской отвѣтственности административныхъ должностныхъ лицъ, мы указывали на ошибки, обусловленные невѣрнымъ, но добросовѣстнымъ толкованіемъ закона.

Наконецъ, по вопросу о процессуальной постановкѣ исковъ къ должностнымъ лицамъ по поводу убытковъ, причиненныхъ ихъ неправильными дѣйствіями, слѣдуетъ признать, что въ Россіи эта постановка въ общемъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ частныхъ, неносящихъ принципіальнаго характера, возраженій противъ себя не вызываетъ.

II. Что касается убытковъ, причиненныхъ преступленіемъ должности, то пока основнымъ началомъ гражданского права является то положеніе, что каждый долженъ вознаграждать тѣ убытки, которые причинены его уголовно наказуемымъ дѣяніемъ, не усматривается основаній для того, чтобы освобождать отъ этой отвѣтственности и должностныхъ лицъ.

Это конечно не исключаетъ возможности и даже необходимости того, чтобы непосредственно передъ обывателемъ отвѣтственность за убытки, причиненные преступленіями должности, несла казна. Но поскольку въ видѣ компромисса мы допускаемъ имущественную отвѣтственность чиновниковъ передъ обывателемъ въ тѣхъ дѣлахъ, когда обыватель долженъ былъ бы имѣть право иска къ казнѣ, а та права регресса къ чиновнику, — отвѣтственность чиновника передъ обывателемъ за убытки, причиненные должностнымъ преступленіемъ, не можетъ разсматриваться, какъ несправедливость по отношенію къ чиновнику ³⁾

¹⁾ См. выше, стр. 313, вын. 1.

²⁾ См. выше, стр. 313, вын. 2. — Эта вторая система вызываетъ то возраженіе, что, считаясь съ интересами обывателя и приходя къ нему на помощь, когда ему нечего взять съ чиновника, она все таки продолжаетъ выдавать головою этого послѣдняго. — На совершенно особой точкѣ зрѣнія, — по отношенію къ обывателямъ, конечно, на столько суровой, что подражанія отнюдь не заслуживаетъ, — стоитъ австрійское законодательство, которое, не устанавливая отвѣтственности казны за убытки, причиненные должностными лицами административнаго вѣдомства, вмѣстѣ съ тѣмъ не устанавливаетъ и отвѣтственности самихъ чиновниковъ. — Ср. Гезеръ, стр. 88. — Guérin. La responsabilité civile des fonctionnaires envers les particuliers. 1895. стр. 297—299.

³⁾ Что въ случаѣ фактической невозможности для чиновника покрыть эти убытки этотъ порядокъ несправедливъ по отношенію къ потерпѣвшему, это другой вопросъ.⁷

Но коль скоро законъ устанавливаетъ отвѣтственность должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ихъ преступными дѣйствіями, то конечно надо, чтобы эта отвѣтственность была дѣйствительною.

Между тѣмъ въ Россіи законъ связываетъ предъявленіе къ должностнымъ лицамъ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ ихъ преступными дѣйствіями, съ возбужденіемъ противъ нихъ уголовного преслѣдованія, и вмѣстѣ съ тѣмъ ставитъ это возбужденіе уголовного преслѣдованія въ условія, сводящіяся къ систематическому, на законной почвѣ, укрывательству преступныхъ дѣяній.

Благодаря этому, существующая постановка гражданскихъ исковъ, основанныхъ на преступленіяхъ должности, сводится къ выдержанному отказу въ правосудіи.

Печальнѣе всего то, что этотъ порядокъ, невозможный ни въ одномъ сколько нибудь благоустроенномъ государствѣ, оставляется во всѣхъ своихъ основныхъ чертахъ безъ измѣненія и нынѣ совершающимся пересмотромъ Устава Уголовнаго Судопроизводства.

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ.

ОТВѢТСТВЕННОСТЬ САМОУПРАВЛЯЮЩИХСЯ ЕДИНИЦЪ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Что такое самоуправляющаяся единица?

§ 1. Значеніе этого вопроса для настоящей работы.

Вопросъ объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ за убытки, причиненные ихъ должностными лицами, а также и вопросъ объ отвѣтственности этихъ должностныхъ лицъ самихъ за себя принадлежать къ наиболѣе спорнымъ въ наукѣ и въ судебной практикѣ.

Какъ мы увидимъ ниже, по этому поводу высказывается то мнѣніе, что отвѣтственность самоуправляющихся единицъ во всемъ приравнена, или во всемъ должна быть приравнена, къ отвѣтственности государства; по мнѣнію другихъ, къ самоуправляющимся единицамъ должны быть примѣняемы принципы отвѣтственности обществъ и товариществъ частнаго права; третьи пытаются найти то или иное среднее рѣшеніе.

Для того, чтобы сознательно разобраться во всѣхъ этихъ мнѣніяхъ, необходимо прежде всего установить, объ отвѣтственности чего именно у насъ идетъ рѣчь. Само собою разумѣется, что если самоуправляющаяся единица есть частный союзъ населенія данной мѣстности, союзъ, по своей природѣ противопологающійся государству, то распространять на самоуправленіе принципы отвѣтственности казны было бы совершенно неправильно. Если же органы самоуправленія суть органы того же государства, то начала ихъ отвѣтственности должны быть тѣ же самыя, что и начала отвѣтственности органовъ государства и казны за эти органы. Если, наконецъ, органы самоуправленія суть органы государства, но отличающіеся отъ непосредственныхъ его органовъ какими либо особенностями въ своемъ правовомъ положеніи, то очевидно, что эти особенности должны, или по крайней мѣрѣ

могутъ такъ или иначе отразиться и на особенностяхъ отвѣтственности органовъ самоуправленія за самихъ себя, и на особенностяхъ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ за свои органы.

Поэтому для научно обоснованнаго отвѣта на вопросъ объ отвѣтственности органовъ самоуправленія и объ отвѣтственности за нихъ надо твердо установить, что такое самоуправленіе.

Такъ какъ по этому послѣднему вопросу мы не можемъ примкнуть ни къ одной ихъ существующихъ теорій, то попробуемъ дать конструкцію самоуправленія, такъ сказать, заново.

Намъ кажется, что въ этомъ вопросѣ это удобнѣе всего сдѣлать, прослѣдивъ относительно этого понятія то, что нѣмцы называютъ его *Dogmengeschichte*: мы разберемъ теоріи, которыя по этому вопросу смѣняли другъ друга въ наукѣ государственнаго права¹⁾.

Разборъ этихъ теорій, находящихся въ извѣстной исторической и логической преемственности, позволитъ намъ установить основные элементы этого понятія.

Изъ теорій, пытавшихся объяснить правовую природу самоуправленія, мы остановимся, главнымъ образомъ, на ученіяхъ нѣмецкихъ юристовъ. Хотя почти всѣ основныя идеи, разработанныя въ трудахъ германскихъ ученыхъ, заимствованы ими изъ Франціи, Бельгіи или Англии, но лишь у нѣмцевъ эти идеи получили ту обработку и критическую провѣрку, которая одна даетъ высказываемымъ положеніямъ дѣйствительную научную цѣнность.

§ 2. Родоначальница современныхъ конструкций самоуправленія, теорія „свободной общины.“

Первая половина XIX вѣка, приблизительно до революціонныхъ движеній 1848 г., дала весьма мало въ смыслѣ научной разработки вопроса о самоуправленіи. Научная мысль, всегда отражающая настроеніе общества, была поглощена вопросами конституціоннаго характера: народнымъ представительствомъ, раздѣленіемъ властей, отвѣтственностью министровъ; въ противовѣсъ стѣснительнымъ административнымъ мѣрамъ, разрабатывались вопросы о правахъ челоуѣка и гражданина, о свободѣ печати, слова, совѣсти. Системы управленія, въ особенности мѣстнаго, привлекали сравнительно мало вниманія.

Но уже и въ то время вопросъ о самоуправленіи настойчиво стучался въ дверь. Въ началѣ XIX вѣка общинными дѣлами и общиннымъ имуществомъ завѣдывали коронные чиновники. Эта система

¹⁾ Настоящая глава, первоначально предназначавшаяся именно для этой книги, впервые была напечатана въ газетѣ „Право“ въ №№ 30, 31, 34, 35 и 36 за 1902 г., затѣмъ, въ сборникъ „Мелкая Земская Единица“, изданномъ кн. П. Д. Долгоруковымъ и кн. Д. И. Шаховскимъ при участіи редакціи газеты „Право“ (первое изданіе 1902 г., второе 1903 г.).

довела общинное хозяйство до полного упадка. Въ особенности обострился вопросъ въ Бельгiи, присоединенной вѣнскимъ конгрессомъ къ Нидерландамъ. До того общины и провинціи Бельгiи пользовались значительною самостоятельностью, совершенно затѣмъ подавленною нидерландскимъ правительствомъ.

Революціонное движеніе 1830 г., приведшее къ отдѣленію Бельгiи отъ Нидерландовъ, было вызвано отчасти угнетеніемъ самостоятельности общинъ. Въ увлеченіи, вполне понятномъ въ этотъ моментъ, національный учредительный конгрессъ 1830 г. призналъ, что наряду съ конституціонными властями: законодательною, судебною и исполнительною, существуетъ еще четвертая—общинная, *le pouvoir municipal*,—равноправная съ тѣми тремя, такъ сказать, равнородная съ ними; въ силу этой власти, присущей общинамъ, онѣ имѣютъ право завѣдывать своими собственными дѣлами, независимо отъ вмѣшательства со стороны государства.

Это ученіе, сводящееся къ мысли, что община есть нѣчто, имѣющее самостоятельное право на существованіе ¹⁾, чему государство обязано предоставить въ опредѣленномъ кругѣ дѣлъ полную свободу, нашло сочувственный отзывъ во всей Европѣ и главнымъ образомъ въ германской государственной наукѣ ²⁾.

Теоріи германскихъ публицистовъ, выработавшіяся въ эту эпоху ³⁾ и позднѣйшими учеными окрещенныя теоріями „свободной общины“—*der freien Gemeinde*,—въ основной своей тенденціи сводились къ подысканію научнаго основанія для ограниченія вмѣшательства бюрократіи во всѣ проявленія общественной жизни, или, какъ тогда говорили (и какъ многіе говорятъ и до сихъ поръ), для ограниченія всемогущества государственной власти. На ряду съ неприкосновенными

¹⁾ Это выражалось въ извѣстной формулѣ Royer-Collard: „la commune est avant l'Etat, la loi la trouve et ne la crée pas“.

²⁾ На этомъ значеніи относящихся сюда постановленій бельгійской конституціи и на разборѣ тѣхъ французскихъ писателей, которымъ принадлежатъ мысли, положенныя въ основу этихъ постановленій, подробно останавливается H a t s c h e k. *Die Selbstverwaltung*. 1899 г., стр. 60—79.—Ср. G. J e l l i n e k, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 1892, стр. 264—269, и M i c h o u d, *De la responsabilité des communes* (*Revue de droit public* 1897 г.) стр. 52—53.

³⁾ Въ Германіи сознаніе необходимости освободить общины отъ казеннаго бюрократическаго управленія уже ранѣе того отразилось въ Пруссіи въ изданіи такъ называемой штейновской *Stadtordnung* 19 ноября 1808 г., вскорѣ нашедшей отзывъ и въ другихъ германскихъ государствахъ (въ Баваріи законы 1818 г., въ Вюртембергѣ 1822 г., въ Баденѣ 1831 г. и др.). Это новое общинное законодательство сводилось къ передачѣ выборнымъ органамъ общинъ дѣлъ по управленію общиннымъ имуществомъ и нѣкоторыхъ дѣлъ общиннаго хозяйства. Въ эту первую эпоху общинныхъ реформъ роль германской науки права свелась къ тому, что она подсказала и формулировала общее направленіе ихъ, но не сдѣлала попытокъ дать какую-либо юридическую конструкцію получившихся отношеній.

для государства „правами человека и гражданина“, по нѣмецкой терминологіи—Grundrechte der Bürger,—писатели этого направленія создали также и неприкосновенныя права общинъ—Grundrechte der Gemeinden.

Эта теорія отразилась и на „Имперской“ германской конституціи 1848 года, въ особой статьѣ перечислявшей Grundrechte der Gemeinden ¹⁾, а также на конституціяхъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, которыя были изданы подъ непосредственнымъ влияніемъ „Имперской“ конституціи 1848 г. ²⁾.

Правамъ общинъ, сообразно съ господствовавшимъ тогда въ германской наукѣ государственнаго права умозрительнымъ направле-ніемъ, придавался такой видъ, какъ будто права эти апіорнымъ путемъ выведены изъ самой природы общины какъ таковой, тогда какъ на дѣлѣ здѣсь заключались требованія, которыми, примѣняясь къ существующимъ порядкамъ и историческимъ воспоминаніямъ, старались какъ нибудь ограничить всемогущество бюрократіи ³⁾.

Изложенное ученіе, какъ въ лицѣ своихъ наиболѣе крайнихъ представителей ⁴⁾, стремившихся обратить общины въ родъ независи-мыхъ государствъ въ государствѣ ⁵⁾, такъ и въ лицѣ болѣе умѣрен-ныхъ сторонниковъ общинной самостоятельности ⁶⁾, сторонниковъ такъ называемой „vermittelnde System“,—установило рядъ положеній, которыя въ томъ или другомъ сочетаніи и по сейчасъ являются состав-ными элементами каждой научной теоріи, стремящейся выяснить юридическую природу самоуправления.

Писатели этого направленія усматривали сущность самоуправ-ленія (и вмѣстѣ съ тѣмъ юридическое основаніе для ограниченія вмѣшательства государствъ въ дѣла общинъ) въ томъ, что общины по самой природѣ своей самостоятельны, что онѣ не государствомъ созданы, а имъ лишь признаны, и потому имѣютъ самостоятельное право управлять своими собственными дѣлами ⁷⁾. Отсюда выводили слѣдую-

¹⁾ Art XI § 184. „Jede Gemeinde hat als Grundrechte ihrer Verfassung...“

²⁾ Напр. Прусская конституція 5 декабря 1848 г. и прусскій временный законъ объ общинномъ устройствѣ отъ 17 марта 1849 г. (ст. 4); Австрійская конституція 4 марта 1848 г. § 33, и др.

³⁾ См. H a t s c h e k. Die Selbstverwaltung. Стр. 73—77.

⁴⁾ M a u g e n b r e c h e r. Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, изд. 1847 г., стр. 292.—A h r e n s, Naturrecht, изд. 1871 г., т. II, стр. 491—482.

⁵⁾ S t ü v e. Wesen und Verfassung der Landgemeinden in Niedersachsen, 1851 г. стр. 257.

⁶⁾ H. A. Z a c h a r i a e. Deutsches Staats-und Bundesrecht. Изд. 1853 г., т. I, стр. 516—534.—D a h l m a n n. Die Politik. Изд. 1847 г., стр. 241—263.—v. G e r b e r. Grundzüge des deutschen Staatsrechts. Изд. 1880 г., стр. 59—62.

⁷⁾ B r a t e r, статья Gemeinde въ Staatswörterbuch Bluntschli.—A r e t i n. Con-stitutionelles Staatsrecht, herausgegeben v. Rotteck. II изд., т. III, стр. 22 и сл.—H. v. G a g e r n, Staatslexikon Rotteck-Welcker'a, статья Centralisation.—Z ö p f l.

шіе элементы понятія самоуправленія: 1) оно есть управленіе собственными дѣлами общинъ, дѣлами, по существу своему отличными отъ дѣлъ государственнаго управленія; 2) общины являются субъектами принадлежащихъ имъ правъ, отдѣльными отъ государствъ юридическими лицами, почему всякое незаконное вмѣшательство государства въ дѣла общины есть нарушеніе ея правъ, и 3) должностныя лица общиннаго управленія суть органы не государства, а общинъ, или, въ лицѣ ихъ, самого общества.

Такое опредѣленіе сущности самоуправленія скоро вызвало противъ себя серьезнѣйшія возраженія.

Прежде всего, бросилось въ глаза, что нельзя считать сельскія и городскія общины единственнымъ возможнымъ видомъ самоуправленія. Уже и тогда въ Германіи правами самоуправленія несомнѣнно обладали и болѣе крупныя территоріальныя единицы, — Kreise, Bezirke, Provinzen; то же наблюдалось и въ другихъ государствахъ, во Франціи, Англии, Бельгіи. Были попытки отрицать у болѣе крупныхъ территоріальныхъ подраздѣленій способность быть самоуправляющимися единицами, но тотъ фактъ, что болѣе крупныя единицы нерѣдко обладали всѣми тѣми полномочіями, что и общины, заставилъ отказаться отъ отождествленія самоуправленія со свободнымъ общиннымъ управленіемъ, и такимъ образомъ пришлось признать, что подъ это понятіе могутъ быть подводимы и болѣе крупныя территоріальныя союзы ¹⁾.

Распространеніе понятія самоуправленія очень скоро вызвало дальнѣйшіе шаги въ томъ же направленіи, и многіе писатели ²⁾

Grundsätze des deutschen Staatsrechts. 4 изд., II, стр. 567.—Mittermauer, статья Gemeinde въ словарѣ Weiske. — Weiske. Gemeinde, als Korporation, введене въ Sammlung der neueren deutschen Gemeindegesetze 1848.—H. A. Zachariae. Deutsches Staats- und Bundesrecht. 3 изд., т. I, стр. 559 и сл. — Stahl. Rechtsphilosophie IV изд., II², стр. 19—40.—Ahrens. Naturrecht 1871, т. II, стр. 482.—O. Gluth. Die Lehre von der Selbstverwaltung im Lichte formaler Begriffsbestimmung, 1887, стр. 98 (Gluth, впрочемъ, на стр. 9 той же книги, повидимому, осуждаетъ это ученіе).

¹⁾ Въ настоящее время это признаютъ всѣ пишущіе по вопросу о самоуправленіи.

²⁾ Такое распространеніе понятія самоуправленія мы встрѣчаемъ у Bluntschli въ его статьѣ Körperschaften, помѣщенной въ Staatswörterbuch (впоследствии, впрочемъ, Bluntschli какъ будто отказался отъ этого взгляда), — Schäffle. Bau und Leben des sozialen Körpers т. IV, изд. 1878 г., стр. 287 (онъ подводитъ подъ понятіе самоуправленія тѣ союзы—Berufskörperschaften,—которые имѣютъ существованіе, независимое отъ воли отдѣльныхъ членовъ, и стоятъ надъ ними).—O. Gierke. Deutsches Genossenschaftsrecht, т. I § 57. E., § 59. B., § 63. B.—Ulbrich. Ueber öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875, стр. 33—36 и 51 (различаетъ politische Selbstverwaltungskörper—территоріальные союзы—и Zwangsverbände einzelner Berufsstände oder Zweige der wirtschaftlichen Arbeit: Deich- und Wasserverbände и Adwokatenkammer)—v. Stengel. Organisation der preussischen Verwaltung, стр. 14 (всѣ союзы, которые завѣдуютъ интересами.

начали подводить подъ это понятіе рядъ нетерриторіальныхъ союзовъ, какъ напр., *Advokatenkammer*, церковныя учрежденія (тамъ, гдѣ они не имѣютъ характера государственныхъ учреждений, но гдѣ государство признаетъ за ними извѣстныя публичныя права), наконецъ, распространенныя въ Германіи *Deichverbände* и *Wasserverbände* (союзы, имѣющіе цѣлью совмѣстное устройство плотинъ или совмѣстную эксплуатацію воды; за этими союзами германскія законодательства признаютъ извѣстную принудительную власть надъ своими сочленами).

Такое расширеніе понятія самоуправленія нельзя не признать безусловно правильнымъ.

Несомнѣнно, что между территоріальными союзами, каковы напр. наши земства, съ одной стороны, и союзами профессиональными и сословными обществами съ другой ¹⁾ имѣется рядъ существенныхъ отличій. Во первыхъ, къ территоріальнымъ союзамъ чело-вѣкъ принадлежитъ помимо своей воли, въ силу самаго факта пребыванія на данной территоріи, тогда какъ, напр., къ вступленію въ сословіе адвокатовъ законъ никого не принуждаетъ ²⁾. Во вторыхъ, выходъ изъ территоріальнаго союза нерѣдко представляется фактически невозможнымъ потому, что человекъ, переезжая напр. изъ одного города въ другой, не выходитъ вовсе изъ вѣдѣнія городского самоуправленія, а только мѣняетъ одно городское управленіе на другое, ибо, по общему правилу, вся территорія государства бываетъ сплошь покрыта самоуправляющимися единицами ³⁾. Наконецъ въ третьихъ, территоріальныя самоуправляющіяся единицы представляютъ ту особенность, что имъ подчинены самыя разнообразныя стороны жизни всей массы обывателей, тогда какъ вѣдѣнію профессиональныхъ союзовъ подчинена только профессиональная дѣятельность тѣхъ, всегда немногочисленныхъ лицъ, которыя въ нихъ вступили.

Несомнѣнно, что, благодаря указаннымъ различіямъ, союзы, кото-

признаваемыи государствомъ публичными).—*Otto Mayer*, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* 1884, стр. 500 (церковь).—*Ср. Sarwey*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 1884, § 60, § 271, выноска 3.—*E. Meier* въ статьѣ, помѣщенной въ *Encyklopedie Holtzendorff'a* II изд. т. I, стр. 853 и сл.—*A. Hänel*, *Deutsches Staatsrecht* I, стр. 139.—145.—*v. Kirchenheim*, *Verwaltungsrecht* 1885, стр. 40—41.—Наиболѣе подробно обоснована эта точка зрѣнія у *L. v. Stein*, *Verwaltungslehre* т. I ч. 2, стр. 8, 22.—*Ср. его же Handbuch des Verwaltungsrechts*, изд. 1876 г., стр. 18 и сл.

¹⁾ Тамъ, гдѣ они не носятъ принудительнаго характера, создаваемого у насъ, напр., для податныхъ обществъ обязанностью лицъ бывшихъ податныхъ состояній „избрать родъ жизни“.

²⁾ См. по этому поводу замѣчанія у *L. v. Stein'a* въ *Verwaltungslehre* т. I, ч. 2, стр. 22.—*Ср. Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, стр. 262.

³⁾ Россія, какъ извѣстно, представляетъ одно изъ рѣдкихъ и рѣзкихъ исключеній изъ этого общаго правила.

рымъ государство предоставляет въ какомъ либо отношеніи осуществленіе функций публичной власти, имѣютъ гораздо меньшее значеніе съ точки зрѣнія возможнаго вліянія ихъ на жизнь обывателей, чѣмъ территоріальныя самоуправляющіяся единицы.

Но по существу своему многіе профессиональныя и другіе союзы, хотя и не являются территоріальными общинами, тѣмъ не менѣе удовлетворяютъ всѣмъ признакамъ, въ которыхъ видѣли отличительныя черты самоуправления: они имѣютъ свой кругъ дѣлъ, предоставленныхъ ихъ исключительному вѣдѣнію; государство можетъ вмѣшиваться въ ихъ дѣла лишь въ случаяхъ, точно указанныхъ въ законѣ, и въ формѣ, закономъ установленной; эти союзы имѣютъ свои собственные выборные органы; имъ предоставлены извѣстныя правительственныя функции, извѣстныя функции власти. Таковы, напр., наши совѣты присяжныхъ повѣренныхъ, исполняющіе функцию надзора за профессиональною дѣятельностью присяжной адвокатуры и управляющіе дѣлами сословія.

Вотъ почему безъ явной непослѣдовательности нельзя отрицать за подобнаго рода союзами характера, хотя и не территоріальныхъ, но тѣмъ не менѣе самоуправляющихся единицъ.

Но если и оставить въ сторонѣ вопросъ, можно ли признавать самоуправляющимися единицами нетерриторіальныя союзы—вопросъ многими писателями все еще разрѣшаемый въ отрицательномъ смыслѣ ¹⁾,—то во всякомъ случаѣ надо признать, что прежнее ограниченіе понятія самоуправления однѣми лишь общинами должно быть признано безусловно невѣрнымъ, и что понятіе это необходимо распространить и на болѣе крупныя, созданныя государствомъ административныя единицы, управляемыя выборными должностными лицами и въ извѣстномъ кругѣ дѣлъ пользующіяся охраняемой закономъ самостоятельностью отъ вмѣшательства органовъ казенной администраціи.

Сторонники прежней теоріи „свободной общины“ крайне неохотно пошли на уступку. Исторически община, дѣйствительно, была старше государствъ Западной Европы. Поэтому объ общинѣ можно было

¹⁾ Исключаютъ изъ понятія самоуправления всѣ нетерриторіальныя единицы: O. Gluth. Die Lehre von Selbstverwaltung im Lichte formaler Begriffsbestimmung. 87—98.—In a m a Sternegg. Verwaltungslehre in Umrissen. 1870, стр. 25—H. Schulze. Deutsches Staatsrecht 1881, 409—410.—Max Seydel. Bayerisches Staatsrecht III, стр. 39, выноска 3. Всѣ эти писатели, весьма категорично выражая свое мнѣніе, не приводятъ, однако, въ пользу его никакихъ доводовъ.—Rosin. Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung въ Annalen des Deutschen Reichs 1883, стр. 310, находитъ, что нетерриторіальныя союзы должны быть исключены изъ понятія самоуправления въ виду государственно-правового характера этого понятія.—G. Meyer. Staatsrecht, 1878 г., стр. 254, выноска 6, исключаетъ нетерриторіальныя союзы изъ понятія самоуправления на томъ основаніи, что принадлежность къ этимъ союзамъ не основывается на законѣ.

говорить, какъ объ естественномъ, въ силу вещей необходимомъ союзѣ, который созданъ не государствомъ и который поэтому является для государства неприкосновеннымъ.

Возведеніе въ самоуправляющіяся единицы болѣе крупныхъ территориальныхъ областей было очевидно дѣломъ государственной власти. Отстаивать самостоятельность такихъ самоуправляющихся единицъ противъ поползновеній правительства, ссылаясь на естественныя, независимыя отъ государствъ права ихъ, было бы совершенно странно.

У старой теоріи уходила почва изъ подъ ногъ. Отнимался главный юридическій доводъ въ пользу неприкосновенности правъ самоуправляющихся единицъ

Затѣмъ, самое понятіе самоуправленія теряло всякую опредѣленность. Прежде было ясно: самоуправляющаяся единица,—это сельская или городская община, пользующаяся самостоятельностью въ завѣдываніи своими дѣлами. Что такое община—казалось, не требовало опредѣленія; что такое ея собственныя дѣла—это вытекало изъ самаго понятія общины.

Перенесеніе понятія самоуправленія на болѣе крупныя территориальныя дѣленія возбудило цѣлый рядъ вопросовъ, какія именно изъ тѣхъ болѣе крупныхъ дѣленій должны быть сдѣланы самоуправляющимися единицами, какія дѣла должны быть имъ поручены.

И вопросы эти очевидно не могли быть разрѣшаемы съ той точки зрѣнія, что эти самоуправляющіяся единицы существуютъ независимо отъ государствъ, имѣютъ какія то независимыя отъ него, непосредственно имъ принадлежащія правительственныя права ¹⁾.

Какъ говорить Мишу, теперь можно утверждать, что у общины существуетъ естественный кругъ дѣлъ въ томъ смыслѣ, что по самой природѣ вещей осуществленіе нѣкоторыхъ функций управленія слѣдуетъ поручить общинамъ; но еслибы государство взяло эти функции въ свои руки, то это было бы опаснымъ, неполитичнымъ, но въ этомъ не заключалось бы нарушенія чьего либо права ²⁾.

Самое главное, оказалось, что самостоятельность общины, въ смыслѣ наличности своего собственнаго, не отъ государства полученнаго права на существованіе, а равно и своихъ собственныхъ за-

¹⁾ Именно на этомъ основаніи нѣкоторые изъ наиболѣе яркихъ представителей прежняго направленія, какъ напр. Н. v. Gagern, Centralisation въ Staatslexikon Rotteck-Welcker'a стр. 470, указывая на то, что самое существованіе болѣе крупныхъ единицъ не независимо отъ государства, отказывались признавать ихъ самоуправляющимися единицами и ограничивали это понятіе однѣми общинами.

²⁾ Мишу. 1897 г. стр. 57. „Aujourd'hui on peut bien dire que a commune a un cercle d'attributions naturelles, en ce sens qu'il est dans la nature des choses que certains services publics lui soient confiés. Mais si l'État s'emparerait de ces services, il ferait simplement un acte dangereux, impolitique, il ne violerait pas un droit.“...

дачь,— этотъ признакъ, въ глазахъ германскихъ юристовъ связывавшій всѣ остальные элементы самоуправленія въ одно органическое или логическое цѣлое, — самъ долженъ быть исключенъ изъ понятія самоуправления.

И тѣ три элемента самоуправления, въ которыхъ видѣли его, такъ сказать, производные признаки (кругъ дѣлъ, обособленный отъ дѣлъ государственнаго управленія; право на завѣдываніе этими дѣлами, принадлежащее общинамъ, какъ особымъ отъ государства юридическимъ лицамъ; выборность должностныхъ лицъ общины), лишенные реальной почвы, лишенные объединяющаго ихъ начала, разбрелись; и каждый изъ этихъ элементовъ сталъ для известной группы теорій самостоятельнымъ центромъ, около котораго онѣ стали группироваться и которымъ онѣ стали связывать остальные признаки самоуправления.

Разсмотримъ эти теоріи.

§ 3. Теорія, отрицающая государственный характеръ дѣлъ, выдаваемыхъ органами самоуправления.

По мѣрѣ выясненія того, что самоуправленіе не тождественно съ общиннымъ управленіемъ, на мѣсто понятія „свободной общины“, какъ основнаго признака самоуправления, оказалось необходимымъ подыскать какой либо другой признакъ. Его усмотрѣли въ томъ, что самоуправленіе есть завѣдываніе дѣлами не государственнаго управленія, а собственными дѣлами самоуправляющихся единицъ.

Но какія же дѣла могутъ быть признаны этими „собственными дѣлами“?

1. Въ трудахъ германскихъ конституціоналистовъ середины XIX в. вопросъ о самоуправленіи очень скоро принялъ характеръ одного изъ лозунговъ въ ихъ борьбѣ противъ всемогущества государственной власти. А такъ какъ вопросъ первоначально возникъ главнымъ образомъ въ виду упадка, въ который казенное завѣдываніе привело общинное хозяйство, то прежде всего остановились на томъ опредѣленіи, что „собственныя“ дѣла общины — это дѣла общиннаго хозяйства, и что слѣдовательно самоуправленіе есть завѣдываніе дѣлами мѣстнаго хозяйства.

На этой точкѣ зрѣнія, обыкновенно даже безъ указанія, что это хозяйство не частно-правовое, а публичное¹⁾, стоятъ всѣ представители школы „свободной общины“, при чемъ тѣ изъ нихъ, кто не рѣшаются особенно рѣзко настаивать на опредѣленіи самоуправления, какъ свободнаго общиннаго управленія, выдвигаютъ на первый планъ

¹⁾ H a t s c h e k. Die Selbstverwaltung, стр. 75, вын. 2.

негосударственный и преимущественно хозяйственный характеръ дѣятельности органовъ самоуправления¹⁾).

Но теорія эта не успѣла получить сколько нибудь законченной научной формулировки, ибо весьма скоро обнаружилось, что въ хозяйственномъ характерѣ дѣятельности органовъ самоуправления не только нельзя видѣть, такъ сказать, основного признака самоуправления, но и вообще нельзя утверждать, чтобы компетенція ихъ ограничивалась хозяйственными дѣлами.

Почти повсемѣстно органамъ самоуправления, помимо дѣлъ чисто хозяйственного характера, предоставляется и предоставлялось также завѣдываніе и мѣстной полиціею, призравніе бѣдныхъ, руководство противопожарными и санитарными мѣрами и другими дѣлами, явно носящими не частно-правовой, не хозяйственный характеръ. Осуществленіе всѣхъ этихъ функцій несомнѣнно сообщаетъ органамъ самоуправления значеніе органовъ публичной власти.

Кромѣ того, очевидно было, что общинное хозяйство, какъ и хозяйство другихъ самоуправляющихся единицъ, рѣзко отличается отъ хозяйства частныхъ лицъ и даже частно-правовыхъ союзовъ, какъ напримѣръ, акціонерныхъ и другихъ обществъ. Устанавливая налоги, такъ или иначе регулируя пользованіе общиннымъ имуществомъ, община не вступаетъ въ договорныя отношенія со своими членами. Во многихъ дѣлахъ общиннаго хозяйства община выступаетъ не какъ субъектъ частнаго права, заключающій гражданскіе договоры съ другими лицами, а какъ органъ публичной власти, обладающій правомъ принуждать тѣхъ, кто не желаетъ подчиняться устанавливаемымъ порядкамъ, хотя бы и по дѣламъ хозяйственнымъ: хозяйственная дѣятельность органовъ самоуправления, подобно хозяйственной, финансовой дѣятельности государства, имѣетъ принудительный, публично-правовой характеръ.

Въ чистомъ видѣ хозяйственная теорія,—въ смыслѣ теоріи, стремящейся свести всю дѣятельность самоуправляющихся единицъ къ вопросамъ строго хозяйственнымъ, весьма скоро утратила всякій авторитетъ въ наукѣ права.

Тѣмъ не менѣе въ обществѣ теорія эта жива до сихъ поръ, и на ней сходятся представители различнаго рода направленій.

Во первыхъ, на исключительно хозяйственномъ характерѣ дѣятельности органовъ самоуправления настаиваютъ тѣ, кто желаетъ убѣдить правительственныя сферы, что введеніе самоуправления не представляетъ опасности для государственной власти, и что она не заинтересована подвергать существующіе органы самоуправления особенно строгому контролю коронной администраціи.

¹⁾ См. выше, стр. 586, вын. 7.

Отстаиваніе хозяйственной теоріи имѣло именно этотъ смыслъ у большинства германскихъ писателей, приведенныхъ нами выше на стр. 586 ¹⁾. Повидимому, тотъ же смыслъ имѣло у лицъ, проводившихъ наше Земское Положеніе 1864 г., старательное подчеркиваніе чисто хозяйственнаго его характера.

Во вторыхъ, на хозяйственномъ характерѣ самоуправленія настаиваютъ тѣ, кто стремится подыскать какое либо основаніе для того, чтобы урѣзать компетенцію органовъ самоуправленія, чтобы отнять у нихъ существенныя, жизненныя функціи, такъ или иначе умалить ихъ государственное значеніе.

Компетенція органовъ самоуправленія вообще имѣетъ повсемѣстно тенденцію къ постепенному расширенію. Обратное движеніе, отнятіе у самоуправляющихся единицъ уже предоставленныхъ имъ полномочій наблюдалось лишь въ эпохи, наиболѣе реакціонно настроенныя, и такое умаленіе учреждений „общественнаго управленія“ имѣло всегда временный характеръ: отобранное скоро возвращалось имъ вновь. Но когда органы самоуправленія лишались тѣхъ или другихъ функцій, то это чаще всего дѣлалось именно въ виду ихъ якобы хозяйственнаго характера, съ которымъ несомнѣстимы тѣ или другія несомнѣнно публично-правовыя функціи.

Во всякомъ случаѣ, въ настоящее время теорія эта никакого научнаго значенія не имѣетъ.

2. Но вмѣстѣ съ тѣмъ въ наукѣ права продолжаетъ пользоваться извѣстнымъ авторитетомъ теорія вполне аналогичная, видящая сущность самоуправленія въ предоставленіи мѣстному обществу завѣдыванія своими общественными, не государственными дѣлами управленія.

Сторонники этой теоріи ²⁾ противопоставляли дѣятельность органовъ самоуправленія государственному управленію не только по субъекту—органы самоуправленія для нихъ суть органы не государства, а мѣстныхъ союзовъ,—но и по самому содержанію, по самому существу этой дѣятельности. Сущность самоуправленія они усматривали въ томъ, что въ его компетенцію входитъ безразличное, съ точки зрѣнія государства, осуществленіе мѣстными союзами тѣхъ задачъ, которыя эти союзы сами себѣ ставятъ.

Ученіе о негосударственномъ характерѣ дѣятельности самоуправленія является вполне естественнымъ и понятнымъ лишь у тѣхъ вполне послѣдовательныхъ сторонниковъ этой теоріи, которые, какъ

¹⁾ Выноска 7.

²⁾ Z ü p f l. Grundsätze des deutschen Staatsrechts 1863 § 425.—W e s t e r k a m p f Ueber die Reichsverfassung стр. 238. — v. Kirchenheim. Verwaltungsrecht. 1884. стр. 40. — R. v. Mohl. Encyclopedie der Staatsswissenschaften. Изд. 1872, стр. 666 и сл.—Точно такъ же негосударственный характеръ дѣятельности самоуправляющихся единицъ подчеркиваютъ Sch ä f f l e и O. G i e r k e.

напримѣръ, Реслеръ¹⁾, стремятся отождествить самоуправляющіяся единицы со всякаго рода частными союзами и корпораціями, благотворительными и учеными обществами, промышленными компаніями и т. п. Дѣятельность подобныхъ союзовъ по самому существу своему, какъ по содержанію, такъ и по всей своей постановкѣ, очевидно совершенно отлична отъ административной дѣятельности государства. Однако между всевозможными общеніями частнаго характера и самоуправляющимися единицами существуетъ коренное различіе, дѣлающее отнесеніе тѣхъ и другихъ въ одну и ту же юридическую и политическую категорію безусловно невозможнымъ.

Сущность этого различія весьма ясно формулирована проф. Н. М. Коркуновымъ²⁾. Прежде всего, дѣятельность и самое существованіе всевозможныхъ частныхъ союзовъ всегда имѣютъ факультативный характеръ; государство не требуетъ отъ клубовъ, акціонерныхъ компаній и ученыхъ обществъ, чтобы они образовывались; предоставивъ имъ извѣстный кругъ дѣлъ, не требуетъ, чтобы они его осуществляли непременно во всемъ объемѣ. Между тѣмъ, образованіе самоуправляющихся единицъ не ставится въ зависимость отъ усмотрѣнія мѣстнаго населенія. Государство, установивъ самоуправляющіяся единицы, придаетъ имъ обязательный, принудительный характеръ, весьма часто обращая въ повинность самую службу въ нихъ. Что же касается содержанія дѣятельности органовъ самоуправленія, то и тутъ государство возлагаетъ на нихъ рядъ задачъ, исполненіе которыхъ носитъ опять таки обязательный характеръ.

Наконецъ, принадлежность человѣка къ тому или другому частно-правовому союзу, къ благотворительному обществу, къ клубу, равно какъ и выходъ изъ него, зависятъ отъ его доброй воли; такимъ образомъ, отъ самого человѣка зависитъ и подчиненіе требованіямъ этого союза. Между тѣмъ, принадлежность къ той или другой самоуправляющейся единицѣ и подчиненіе ей устанавливаются самимъ закономъ. Правда, обыкновенно можно порвать связь съ данной самоуправляющейся единицей, выѣхавъ изъ ея территоріи, но, во первыхъ, не у всѣхъ имѣется фактическая и юридическая возможность это сдѣлать, а во вторыхъ, такъ какъ по общему правилу все государство раздѣлено на самоуправляющіяся единицы, то человѣкъ можетъ выйти изъ одной не иначе, какъ входя тутъ же въ другую³⁾.

¹⁾ Das Sociale Verwaltungsrecht 1872 г., стр. 42 и сл.

²⁾ Русское государственное право, томъ II. 1892 г., стр. 266—269.

³⁾ Правда, изъ нѣкоторыхъ самоуправляющихся единицъ выходъ юридически и фактически возможенъ, въ особенности изъ единицъ нетерриториальныхъ: изъ сословія присяжныхъ повѣренныхъ можно выйти и тѣмъ можно освободиться изъ подъ власти совѣта. Юридически это возможно, но нельзя забывать того, что для этого присяжному повѣренному надо перестать быть присяжнымъ повѣреннымъ, т. е. ему надо отказаться отъ того, чтобы продолжать жить тѣмъ,

Отождествленіе самоуправляющихся единицъ съ подобнаго рода частными союзами встрѣчалось не только у юристовъ-теоретиковъ. Его пытались положить въ основаніе и нѣкоторыхъ законодательныхъ работъ, такихъ, которыя относятся къ эпохѣ возникновенія самоуправляющихся единицъ въ данномъ государствѣ. Такъ напр. во Франціи какъ Национальное Собраніе 1789 г., за исключеніемъ Мирабо, которому былъ ясенъ государственный характеръ общинъ, такъ и Конституанта не считали возможнымъ включать общины въ число административныхъ учрежденій ¹⁾.

Такимъ образомъ, самоуправляющіяся единицы, какъ съ точки зрѣнія задачъ, ими исполняемыхъ, такъ и съ точки зрѣнія власти, принадлежащей имъ надъ обывателями, являются союзами принудительными. Поэтому та конструкція самоуправленія, какъ союзовъ, принудительныхъ въ основу которой положено отождествленіе ихъ съ союзами частно-правовыми, т. е. съ союзами совершенно иного характера,—представляется совершенно несостоятельной.

Этой явной несообразности избѣгаютъ нѣкоторые представители рассматриваемой нами теоріи, усматривая сущность самоуправленія въ завѣдываніи своими собственными, общественными дѣлами, по самой природѣ своей отличными отъ дѣлъ государственнаго управленія, или, какъ выражались нѣкоторые писатели,—публично-правовыми, но не государственными дѣлами.

Эта теорія въ теченіе довольно продолжительнаго времени имѣла значительное число сторонниковъ и насчитывала среди нихъ людей съ весьма крупными научными именами; но она съ самаго начала натолкнулась на затрудненіе, такъ сказать, завѣщанное ей уже разсмотрѣнною нами хозяйственной теоріею самоуправленія.

Представители хозяйственной теоріи тщетно стремились установить, какія именно дѣла общиннаго управленія должны быть признаны чисто хозяйственными, не заключающими въ себѣ элемента власти. Какъ мы видѣли, такихъ чисто хозяйственныхъ дѣлъ найдено быть не могло въ виду принудительнаго характера общиннаго, земскаго хозяйства.

Представители этой теоріи постоянно стремились дать списокъ такихъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ органамъ самоуправленія, которыя бы по существу своему отличались отъ дѣлъ государственнаго управленія.

чѣмъ онъ по общему правилу до сихъ поръ жилъ (и въ смыслѣ средствъ жизни, и въ смыслѣ того, что наполняло жизнь), а объ этомъ легче говорить, чѣмъ сдѣлать это.

¹⁾ Это было сдѣлано лишь закономъ 23 плювіоза VIII года Республики. Ср. М и ш у, 1897 г. стр. 50—53.

При этомъ оказывалось, что либо дѣлами негосударственнаго характера приходилось признавать мѣстную полицію ¹⁾, дорожное дѣло, раскладку казенныхъ и установленіе мѣстныхъ налоговъ и тому подобныя дѣла, государственное значеніе коихъ очевидно для всякаго непредубѣжденнаго человѣка, либо, что общественнымъ дѣламъ приходилось давать такое опредѣленіе, подѣ которое не подходили всѣ сколько нибудь важныя дѣла, въ дѣйствительности постоянно поручаемыя органамъ самоуправленія. Но самое слабое мѣсто этой теоріи состояло не столько въ томъ, что ея сторонникамъ не удавалось составить достаточно пространнаго списка негосударственныхъ публично правовыхъ дѣлъ, предоставленныхъ органамъ самоуправленія, сколько въ томъ, что такихъ дѣлъ вовсе и не можетъ быть.

Государственный характеръ всей дѣятельности самоуправляющихся единицъ былъ весьма ярко обрисованъ двумя писателями—Штейномъ и главнымъ образомъ Гнейстомъ. Послѣ нихъ у общественной теоріи почти не осталось сторонниковъ. Штейнъ со свойственною ему вычурною манерою извлекать всѣ свои положенія, полныя жизненной правды, изъ какихъ то мало понятныхъ, парадоксальныхъ, апріорныхъ положеній, выводилъ государственный характеръ дѣятельности самоуправляющихся союзовъ изъ существа государства и общества, довольно своеобразно имъ понимаемаго ²⁾. Едва ли ходъ разсужденій Штейна могъ кого либо убѣдить. Но есть положенія, которыя, разъ будучи категорично высказаны, уже становятся достояніемъ человѣческаго ума, и затѣмъ вопросъ идетъ лишь о подысканіи имъ достаточно убѣдительныхъ доказательствъ.

Такъ было и со многими положеніями, которыми наука государственнаго права обязана Штейну, между прочимъ, и съ тѣмъ, что всякое исполненіе такого рода дѣлъ, которыя по содержанию своему входятъ въ задачи государственнаго управленія, есть именно участіе въ государственномъ управленіи.

Гнейстъ нескончаемую цѣпью примѣровъ, заимствованныхъ изъ исторіи управленія въ Англіи, показалъ, что всѣ тѣ обязанности, которыя лежали на англійскомъ самоуправленіи,—обязанности по охраненію земскаго мира, по раскладкѣ государственныхъ налоговъ, по установленію налоговъ мѣстныхъ, по завѣдыванію путями сообщенія, прирѣвнью бѣдныхъ и т. п.,—суть обязанности, имѣющія своимъ предметомъ осуществленіе на мѣстахъ задачъ государственнаго управленія, государственнаго какъ по значенію, которое придаетъ имъ англійское законодательство, такъ и по самому содержанию этихъ задачъ.

¹⁾ На западѣ завѣдываніе ею почти повсемѣстно составляетъ обязанность органовъ самоуправленія, а не коронной администраціи.

²⁾ L. v. Stein. Verwaltungslehre, т. I ч. 2 стр. 6—33, ср. Handbuch des Verwaltungsrechts, 1876, стр. 37.

Эти выводы, полученные собственно изъ одной только англійской исторіи, безусловно могли претендовать на самое общее значеніе, ибо очевидно, что тѣ же задачи государственнаго характера, которыя поручались органамъ самоуправленія въ Англій, поручались, или должны были бы поручаться имъ и на континентѣ Европы, и что повсемѣстно законодательство должно разсматривать эти задачи, сообразно съ самымъ существомъ и значеніемъ ихъ, какъ задачи государственнаго управленія. Только такая точка зрѣнія на функціи, исполняемыя органами самоуправленія, отвѣчаетъ современнымъ взглядамъ на существо государственной власти.

Если средневѣковое государство мирилось съ фактомъ юридической подчиненности однихъ людей другимъ или однихъ классовъ населенія другимъ, не вмѣшиваясь въ отношенія, возникающія на почвѣ этой зависимости, то современное государство признаетъ, что всякая зависимость однихъ людей отъ другихъ, хотя бы и носящихъ званіе органовъ самоуправленія, должна находиться подъ контролемъ государства и можетъ быть допускаема государствомъ, лишь поскольку эта зависимость приводитъ къ такому положенію вещей, которое государствомъ признается желательнымъ и полезнымъ,

Если феодальное государство предоставляло отдѣльнымъ общинамъ и даже частнымъ лицамъ осуществлять, какъ имъ заблагоразсудится, принадлежащія имъ права вотчинной полиціи и суда, считая это какъ бы ихъ личнымъ частнымъ дѣломъ, то современное государство терпѣть такого порядка не можетъ. Во первыхъ, оно признаетъ себя „монополистомъ принужденія“ и ни у кого другого не допускаетъ самостоятельной, не делегированной отъ государства и не подлежащей его контролю принудительной власти, наличность же такой власти требуется для осуществленія почти всѣхъ задачъ, возложенныхъ на органы самоуправленія. Во вторыхъ, то или другое осуществленіе задачъ, порученныхъ органамъ самоуправленія, — общественное призрѣніе, дорожное дѣло, мѣры санитарныя, мѣстное обложеніе, раскладка государственныхъ налоговъ, — представляютъ съ точки зрѣнія интересовъ всего мѣстнаго населенія, а иногда и цѣлаго государства столь серьезное практическое значеніе, что порядокъ и способъ осуществленія этихъ задачъ современное государство не можетъ не регулировать своими законами, и надзоръ за ихъ исполненіемъ не можетъ не считать одною изъ существеннѣйшихъ задачъ внутренняго управленія.

Такимъ образомъ, по самой концепціи современнаго государства, предметы, входящіе въ компетенцію органовъ самоуправленія, должны быть признаны задачами государственнаго управленія. И если современное государство возлагаетъ на какое либо лицо, на какой либо территориальный или иной союзъ исполненіе подобныхъ задачъ, то это можетъ обуславливаться лишь соображеніями цѣлесообразности, —

предположеніемъ, что такое то лицо или такой то союзъ справятся съ данною задачею лучше „непосредственныхъ“ органовъ государства,—но никакъ не тѣмъ соображеніемъ, что, напр., раскладка налоговъ, дорожное дѣло, санитарныя мѣропріятія или призрачныя бѣдныхъ являются вопросами, въ правильной постановкѣ которыхъ заинтересованы лишь разнаго рода мѣстные союзы, а не государство. И дѣйствительно, тамъ, гдѣ почему либо не существуетъ органовъ самоуправления, дѣлами, составляющими обычную компетенцію самоуправления, завѣдуютъ органы государства.

Въ виду этихъ соображеній въ настоящее время почти всѣ научные изслѣдователи вопроса о самоуправленіи признаютъ государственный характеръ и государственное значеніе всѣхъ задачъ, осуществляемыхъ органами самоуправления ¹⁾, и потому естественно должны были отказаться отъ мысли видѣть характерный, существенный признакъ самоуправления въ томъ, что органы его завѣдуютъ какими то общественными дѣлами, по существу своему отличающимися отъ дѣлъ государственнаго управления.

Чтобы спасти негосударственный характеръ дѣятельности органовъ самоуправления и опровергнуть доводъ противниковъ, что въ компетенцію самоуправляющихся единицъ входитъ много дѣлъ, являющихся несомнѣнно мѣстными дѣлами государственнаго управления, представители старой, общественной теоріи часто приводили слѣдующее соображеніе. Государство можетъ переносить на общины много задачъ государственнаго управления, и въ такихъ случаяхъ нельзя говорить о негосударственномъ характерѣ этой дѣятельности. Но у общинъ есть и свои собственныя дѣла, не отъ государства полученныя, вытекающія изъ самаго существа общинъ или общества; завѣдываніе этими общественными дѣлами и составляетъ существо самоуправления. Такимъ образомъ, было установлено два круга дѣйствій,—*Wirkungskreise*,—самоуправляющихся единицъ: собственный,—*eigener Wirkungskreis*, и препорученный государствомъ,—*übertragener Wir-*

¹⁾ Въ числѣ изслѣдователей, признающихъ государственный характеръ задачъ, возложенныхъ на самоуправленіе, можно назвать: *L a b a n d*, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, т. I, изд. 1895 г., стр. 93—94, и рецензія на книгу *Polviert* помѣщенная въ *Rechtsgeleerd Magazijn* 1891 г. стр. 147—155.—*Jellinek*. *System der subjectiven öffentlichen Rechte* 1892, стр. 262—263. — *Otto Mayer*. Рецензія на книгу *Gluth'a*, помѣщенная въ *Arch. für öffentl. Recht* 1887, стр. 482. Его же *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* 1884, стр. 427. — *G. Meyer*. *Deutsches Staatsrecht*. 1895, стр. 299.—*Sarvey*. *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* 1883, II, стр. 257.—*G a u r p*. *Staatsrecht des K. Württemberg* (въ коллекціи *Marquardsen*), 185.—*G a r e i s*. *Allgemeines Staatsrecht* (въ колл. *Marquardsen*), стр. 87.—*L ö n i n g*. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts* 1884, стр. 35. — *Ph. Zorn*. *Reichsstaatsrecht*, I, стр. 77. — *H ä n e l*. *Deutsches Staatsrecht*, I, стр. 137.—*K. Bornhak*. *Preussisches Staatsrecht*, ч. II, стр. 103—104.—*Schön*. *Das Recht der Kommunalverbände in Preussen* 1897, стр. 5.—*O. Gluth*. *Selbstverwaltung*, стр. 69,—и мн. др.

kungskreis. По мысли этой теории, завѣдываніе „собственными“ дѣлами общинъ составляетъ сущность самоуправленія, тогда какъ исполненіе дѣлъ, препорученныхъ отъ государства, является чѣмъ то случайнымъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ даже нежелательнымъ, ибо возлагаетъ на самоуправляющіяся единицы дѣла, не соответствующія сущности самоуправленія и служащія лишь удобнымъ предлогомъ для вмѣшательства государства въ его дѣла ¹⁾).

Но и этотъ выходъ не спасаль негосударственного характера самоуправления, и не давалъ возможности объяснить сущность самоуправления тѣмъ, что это есть завѣдываніе общественными, не государственными дѣлами управленія.

¹⁾ Это раздѣленіе собственныхъ и препорученныхъ дѣлъ можно найти почти у всѣхъ старыхъ писателей, цитированныхъ нами на стр. 586. Изъ болѣе новыхъ писателей пытаются установить матерьяльное различіе собственныхъ и препорученныхъ дѣлъ и выводятъ это различіе изъ самой природы самоуправляющихся единицъ: Rosin. Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, стр. 292.—Anschütz. Kritische Studien zur Lehre von Rechtssatz und formellem Gesetz. 1891, стр. 81.—v. Kirchenheim. Verwaltungsrecht 1885, стр. 40.—Mohl. Encyclopedie der Staatswissenschaften 1872, стр. 670.—Neukamp, въ статьѣ, помѣщенной въ Arch. für öffentliches Recht т. IV, стр. 51.—Hugo Preuss. Ueber Organpersönlichkeit. (Schmollers Jahrbücher. 1902. II). стр. 139.—Вообще высказываются противъ этого дѣленія Bornhak. Preussisches Staatsrecht, т. II, стр. 101—104.—H. Schulze. Deutsches Staatsrecht 1881, стр. 409.—Gareis. Allgemeines Staatsrecht (въ коллекціи Marquardsen'a) стр. 86.—Jellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892, стр. 230.—Настаиваетъ на вредѣ для самоуправления отъ этихъ препорученныхъ дѣлъ O. Gierke, Genossenschaftsrecht § 57, п. IV,—считая нарушеніемъ принципа самоуправления, если органы самоуправляющейся единицы непосредственно призываются государствомъ къ исполненію государственныхъ функций.

Съ этимъ мнѣніемъ мы никакъ согласиться не можемъ. Еслибы вопросъ ставился такъ: быть ли препорученнымъ дѣламъ или не быть, организовывать ли самоуправленіе такъ, чтобы никакія дѣла такого характера, которыя не могутъ разсматриваться, какъ собственные дѣла данной единицы, на ея органы не возлагались, то намъ кажется, что можно было бы сочувствовать такой организаціи самоуправления, при которой бы такихъ несобственныхъ, препорученныхъ дѣлъ ей не передавалось. Но такое точное раздѣленіе дѣлъ самоуправляющихся единицъ и дѣлъ государственныхъ на дѣлъ нигдѣ проведено не бываетъ, и всякой самоуправляющейся единицѣ заодно поручается и рядъ дѣлъ, для нея собственно довольно чуждыхъ. Если въ законѣ указано, какія именно дѣла разсматриваются, какъ собственные дѣла общины (или вообще самоуправляющейся единицы), то это отнюдь не обозначаетъ того, что законодательство не умѣетъ еще раздѣлить того, что слѣдуетъ поручать общинамъ, и что слѣдуетъ предоставить органамъ „государства“, а обозначаетъ, что законодательство уже сумѣло выдѣлить въ компетенціи общины тѣ дѣла, которые можно предоставить усмотрѣнію ея органовъ, отъ тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ признается необходимымъ болѣе близкій надзоръ органовъ центрального правительства.—Подтверженіе правильности этой точки зрѣнія мы найдемъ ниже, въ главѣ объ отвѣтственности за дѣйствія органовъ самоуправляющихся единицъ, тамъ, гдѣ мы будемъ говорить объ отвѣтственности казны за эти дѣйствія.

Такихъ дѣлъ никому не удалось указать. И дѣйствительно, если мы просмотримъ, напр., какія изъ дѣлъ, перечисленныхъ въ ст. 2 Пол. Зем. Учр., могутъ быть признаны дѣлами, не имѣющими характера дѣлъ государственнаго управленія, то сюда можно будетъ отнести развѣ завѣдываніе капиталами и другими имуществами земства. Но конечно не въ завѣдываніи какими либо капиталами и имуществами состоитъ сущность земскаго самоуправленія.

Различіе между собственными дѣлами самоуправляющихся единицъ и дѣлами, препорученными имъ отъ государства, выработавшееся подъ вліяніемъ указаннаго нами ученія, существуетъ въ томъ или другомъ видѣ почти во всѣхъ законодательствахъ Западной Европы, но въ настоящее время оно имѣетъ совершенно иное значеніе: въ дѣлахъ одной категоріи должностныя лица органовъ самоуправленія поставлены въ дѣйствительно независимое положеніе по отношенію къ органамъ коронной администраціи; въ дѣлахъ другой категоріи эти должностныя лица находятся почти въ іерархическомъ подчиненіи коронной администраціи.

Терминологія французскаго административнаго права выработала весьма характерныя выраженія для той и для другой категоріи дѣлъ: французы говорятъ, что по однимъ дѣламъ мэръ состоитъ *sous la surveillance* префекта, а по другимъ *sous sa tutelle*; въ дѣлахъ перваго рода префектъ имѣетъ права *du contrôle hierarchique*, въ дѣлахъ втораго—*du contrôle de tutelle*; по дѣламъ перваго рода префектъ можетъ и отмѣнить, и измѣнить распоряженіе мэра, по дѣламъ втораго рода права префекта ограничиваются правомъ отмѣны (но не измѣненія) распоряженій мэра, или даже только правомъ временно приостановить ихъ дѣйствіе.

Такимъ образомъ, существуютъ дѣла, въ которыхъ органы самоуправления подчинены болѣе строгому надзору министерствъ и зависящихъ отъ нихъ органовъ мѣстной администраціи,—эти дѣла называются дѣлами препорученными; тѣ же дѣла, гдѣ законъ признаетъ возможнымъ установить менѣе стѣснительныя формы надзора, составляютъ „собственныя“ дѣла общинъ и другихъ самоуправляющихся единицъ. То есть, различіе этихъ двухъ родовъ дѣлъ наука права теперь связываетъ лишь съ различіемъ въ формахъ надзора за самоуправляющимися единицами, но не видитъ въ этомъ различіи средства установить самую природу самоуправления ¹⁾.

¹⁾ См. A. Hänel. Staatsrecht des deutschen Reichs, т. I, стр. 137. — Эту же чисто формальную точку зрѣнія можно прослѣдить и у всѣхъ современныхъ французскихъ изслѣдователей по вопросамъ административнаго права. Отъ нихъ она перешла къ Otto Mayer. Theorie des französischen Verwaltungsrechts. 1885, стр. 427.—Вовсе не различаютъ этихъ двухъ категорій дѣлъ: E. Löning. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts § 7 II и § 48 II.—Georg Meyer. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, стр. 299.—Gareis. Allgemeines Staatsrecht. 86—88.

3. Существуетъ еще третья разновидность этихъ теорій, думающихъ найти основной признакъ самоуправленія въ томъ, что оно вѣдаетъ дѣла, по существу своему отличающіяся отъ дѣлъ государственнаго управленія: нерѣдко высказывается тотъ взглядъ, что органы самоуправленія должны вѣдать тѣ дѣла, которыя по существу своему являются мѣстными.

Взглядъ этотъ не могъ доразвиться до сколько нибудь разработанной государственно-правовой научной теоріи, но въ виду его распространенности въ публикѣ, стоитъ остановиться и на немъ.

Слабымъ мѣстомъ этой теоріи является именно понятіе „мѣстнаго“ дѣла. Этого понятія, какъ специфическаго признака, по существу отдѣляющаго дѣла самоуправленія отъ дѣлъ государственной администраціи, установить нельзя. Почти каждое дѣло, производящееся въ центральныхъ учрежденіяхъ, или возникло на мѣстахъ и попало въ центръ, переходя изъ низшихъ инстанцій въ высшія, или же, возникнувъ въ центрѣ, будетъ передано на мѣсто для исполненія. Дѣлъ управленія, которыя, возникнувъ въ центрѣ, въ центрѣ же получаютъ и окончательное свое разрѣшеніе, крайне немного (международные договоры, законодательныя работы).

Каждое данное дѣло въ громадномъ большинствѣ случаевъ имѣетъ и мѣстное, и общее значеніе: проведеніе дороги затрагиваетъ интересы не только той полосы земли, по которой она проходитъ, но иногда и цѣлаго района; новая, быть можетъ, небольшая дорога, замыкая собою какой либо до того не функционировавшій транзитный путь, можетъ пріобрѣсти существеннѣйшее значеніе и для отдаленныхъ мѣстностей.

Можно сказать, что каждое дѣло, сколько нибудь существенно затрагивающее интересы данной мѣстности, тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ и государственное значеніе, ибо для всего государства важно, чтобы существенные интересы каждой данной мѣстности получали правильное удовлетвореніе.

Въ противоположности дѣлъ мѣстныхъ и государственныхъ можно видѣть различіе лишь въ степени: одни дѣла сравнительно больше затрагиваютъ данную мѣстность, другія имѣютъ болѣе очевидное общее значеніе. Съ этой точки зрѣнія можно было бы расположить всѣ дѣла управленія въ извѣстный рядъ, въ которомъ бы ничтожнѣйшія дѣла, исключительно мѣстнаго значенія которыхъ никто отрицать не станетъ, незамѣтно, мало по малу переходили въ дѣла все болѣе и болѣе общаго значенія; но провести точную разграничительную линію между дѣлами по своей природѣ мѣстными и дѣлами не мѣстными рѣшительно невозможно.

Уже по этому одному видѣтъ въ самоуправленіи завѣдываніе дѣлами, по существу своему мѣстными, нельзя.

Къ тому же всякое сколько нибудь широко и правильно постав-

ленное самоуправленіе вѣдаетъ и должно вѣдать дѣла далеко не одного мѣстнаго значенія. Народное образованіе, въ особенности низшее, есть дѣло величайшаго общегосударственнаго значенія; завѣдываніе имъ, хотя бы даже и въ одномъ хозяйственномъ отношеніи, является участіемъ въ отпращиваніи извѣстной функціи государственнаго управленія. Обеспеченіе общественной безопасности есть также дѣло, въ которомъ заинтересована не только данная мѣстность, и поэтому есть дѣло общегосударственное, между тѣмъ мѣстная полиція, кромѣ Россіи, повсемѣстно вѣдается органами самоуправления.

Наоборотъ, существуютъ дѣла явно мѣстнаго значенія, напр. разсылка окладныхъ листовъ земскихъ сборовъ, которыя изъяты изъ вѣдѣнія органовъ самоуправления и вѣдаются мѣстными органами управленія короннаго.

Вообще, тамъ, гдѣ существуютъ мѣстные органы коронной администраціи, а существуютъ они повсюду, нельзя говорить, что всякое дѣло мѣстнаго управленія есть дѣло органовъ самоуправления.

Итакъ, распредѣленіе дѣлъ управленія между органами самоуправления и органами управленія короннаго не совпадаетъ съ дѣленіемъ дѣлъ на дѣла мѣстныя и дѣла государственнаго значенія.

Поэтому нельзя утверждать, что органы самоуправления вѣдаютъ дѣла, по существу своему, по самой природѣ своей отличающіяся отъ дѣлъ государственнаго управленія, и видѣть специфическій признакъ этого отличія въ мѣстномъ характерѣ компетенціи органовъ самоуправления.

4. Такимъ образомъ окончились полною неудачею всѣ попытки конструировать самоуправленіе, какъ дѣятельность общественную, хозяйственную или мѣстную и *потому* по роду своему, по самому своему существу отличающуюся отъ административной дѣятельности государства.

Эти теоріи вполне правильно подмѣтили, что самоуправляющаяся единица выдѣлена изъ системы общей администраціи. Но разборъ ихъ, какъ намъ кажется, доказываетъ, что онѣ напрасно видѣли основаніе обособленности органовъ самоуправления отъ „непосредственныхъ“ органовъ государства въ томъ, будто они дѣлаютъ разное дѣло.

Несмотря на свою несомнѣнную теоретическую несостоятельность, изложенная теорія имѣетъ еще извѣстное число сторонниковъ, думающихъ найти въ общественномъ, хозяйственномъ или мѣстномъ, вообще въ негосударственномъ характерѣ дѣятельности самоуправляющихся единицъ опору въ борьбѣ противъ чрезмѣрнаго подчиненія органовъ самоуправления контролю администраціи и полагающихъ, что признаніе государственнаго характера задачъ самоуправления поведетъ къ полному подавленію его самостоятельности. Но теоретическія построенія вообще, а построенія, отвергнутыя наукою, въ особенности—плохое ору-

діе въ борьбѣ съ тѣмъ, кому принадлежитъ власть, и отъ усмотрѣнія кого зависить подчинить органы самоуправленія въ той или другой степени контролю администраціи.

Къ тому же, еслибы самостоятельность органовъ самоуправленія основывалась только на научно несостоятельныхъ теоріяхъ, то съ нею давно пришлось бы покончить. Но, къ счастью для самоуправления, оно имѣетъ болѣе твердую опору.

§ 4. Самоуправляющаяся единица, какъ юридическое лицо.

Въ настоящее время пользуется наибольшимъ распространеніемъ и насчитываетъ среди своихъ сторонниковъ почти всѣхъ наиболѣе выдающихся юристовъ теорія, усматривающая типическое отличіе самоуправления отъ коронной администраціи въ томъ, что органы самоуправления хотя и исполняютъ функціи государственнаго управленія, но являются органами не государства, какъ особаго юридическаго лица, а общинъ, провинцій, территоріальныхъ и другихъ союзовъ, какъ особые отъ государства публично-правовыхъ юридическихъ лицъ ¹⁾.

При выясненіи смысла и значенія этой конструкціи самоуправления, надо имѣть въ виду, что по господствующему ученію отдѣльныя должности не являются субъектами осуществляемыхъ ими правительственныхъ правъ: эти права принадлежать не имъ, не должностнымъ лицамъ, даже не должностямъ, не учрежденіямъ, какъ особымъ юридическимъ лицамъ, а государству, и отъ его имени осуществляются отдѣльными должностными лицами. Поэтому должность никогда не можетъ имѣть никакихъ правъ по отношенію къ государству, и между ними невозможны никакія юридическія отношенія ²⁾.

Въ противоположность этому, всѣ самоуправляющіяся единицы сторонниками рассматриваемой теоріи признаются субъектами представленныхъ имъ правительственныхъ правъ, т. е. эти права рассматриваются, какъ уступленныя государствомъ въ полное обладаніе самоуправляющимся единицамъ.

¹⁾ Laband. Staatsrecht des deutschen Reichs. Томъ I, изд. II, стр. 98.— Ph. Zorn. Reichsstaatsrecht. I (изд. I), стр. 77.—H. Schulze. Preussisches Staatsrecht т. II, стр. 3.—G a u p p. Staatsrecht des Königreichs Württemberg (въ коллекціи Marquardsen). 85.—K. v. S t e n g e l. Organisation der preussischen Verwaltung. 11—14.—Ernst Meier. Verwaltungsrecht въ Encyklopedie Holtzendorff'a. III изд., стр. 1902 и сл.—Ulbrich. Rechtsbegriff des Verwaltungsrechts. Grünhuts Zeitschr., IX, стр. 14.—Его же Oesterreichisches Staatsrecht 414 ff.—H a e n e l. Deutsches Staatsrecht I, стр. 135—145.—G l u t h. Selbstverwaltung.—R o s i n. Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, стр. 310.—J e l l i n e k. System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892 г. стр. 262—280 и сл.—O t t o M a y e r. Deutsches Verwaltungsrecht, 1896 г., стр. 375 и сл., и мн. др.—По желанію, списокъ этотъ можетъ быть произвольно удлинняемъ, ибо въ него могутъ быть включены почти всѣ современные германскіе писатели, по тому или другому поводу затрогивающіе вопросъ о самоуправленіи.

²⁾ Ср. выше, стр. 267—282.

Эта теорія сводитъ къ одному основному руководящему началу всѣ типическіе признаки самоуправленія и такимъ образомъ какъ будто объясняетъ самое существо его природы. Дѣйствительно, коль скоро правительственныя права въ дѣлахъ мѣстнаго государственнаго самоуправления передаются государствомъ разнаго рода мѣстнымъ союзамъ въ полное обладаніе, то отсюда, конечно, слѣдуетъ, что государство, въ настоящее время признающее неприкосновенность принадлежащихъ кому либо правъ, обязано уважать и права общинъ, земствъ и т. п. Коль скоро земство есть юридическое лицо, обособленное отъ государства, завѣдываніе его дѣлами должно быть поручено органамъ самого земства, а не органамъ государства, отсюда необходимость выборныхъ земскихъ органовъ въ противоположность органамъ, назначеннымъ отъ правительства. Коль скоро земство есть юридическое лицо, всякія пререканія между органами государства и органами земства представляютъ собою споръ о правѣ, почему пререканія эти обыкновенно и разрѣшаются въ порядкѣ административной юстиціи.

По нашему мнѣнію, эта теорія съ научной точки зрѣнія несостоятельна, а съ практической безсодержательна и бесполезна.

I. Прежде всего, бросается въ глаза, что до самаго послѣдняго времени почти всѣ юристы, держащіеся этого взгляда на самоуправленіе, ограничивались тѣмъ, что лишь высказывали его, не стараясь приводить какіе либо доводы, какъ будто выставляемое ими положеніе очевидно само собою, или съ очевидностью вытекаетъ изъ самаго понятія публично-правового юридическаго лица.

Такой очевидности нѣтъ и не можетъ быть. Не можетъ быть ужь потому, что самое понятіе юридическаго лица, даже въ той области, гдѣ оно первоначально выработалось, въ области гражданскаго права, представляется въ высшей степени туманнымъ и невыясненнымъ ¹⁾. Даже и въ гражданскомъ правѣ вопросъ, подходитъ ли данное явленіе подъ понятіе юридическаго лица, нерѣдко представляетъ чрезвычайныя трудности для разрѣшенія. Замѣтимъ, что, напр. относительно акціонерныхъ обществъ, не смотря на то, что этотъ вопросъ имѣетъ уже огромную литературу, до сихъ поръ не рѣшено, могутъ ли они быть признаны юридическими лицами, или нѣтъ ²⁾. А вопросъ, въ какой степени это понятіе юридическаго лица, столь мало выясненное и въ гражданскомъ правѣ, можетъ быть прямо перенесено въ государственное право, почти и не затронутъ ³⁾.

Къ тому же, теорія эта, исходящая изъ противоположенія само-

¹⁾ Ср. Becker. Zur Lehre vom Rechtssubjekt вь Jahrbücher für Dogmatik, XII, стр. 1 и сл.—Jhering. Geist des römischen Rechts III, 1. (III изд.) § 60—61.—Thon. Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878 г., стр. 216 и сл.—Windscheid. Pandekten. I. § 49.

²⁾ А. И. Каминка. Акціонерныя компаніи т. I, Спб., 1902 г., стр. 394—490.

³⁾ Ср. выше, стр. 241, вын. 2.

управляющихся единицъ, какъ юридическихъ лицъ, должностямъ (и административнымъ дѣленіямъ), какъ чему то такому, что не есть юридическое лицо, наталкивается на всѣ тѣ затрудненія, съ которыми, какъ мы видѣли ¹⁾, связано ученіе германскихъ юристовъ о должности, какъ объ особой сущности, которая однако не есть юридическое лицо.

1. Что же касается тѣхъ доводовъ, въ которыхъ сторонники разсматриваемой теоріи думаютъ найти доказательство того, что самоуправляющаяся единица, въ противоположность должности или административному дѣленію государства, есть юридическое лицо, то здѣсь, повидимому, наибольшее значеніе имѣетъ имущественная правоспособность самоуправляющихся единицъ.

Хотя по общему правилу самоуправляющіяся единицы со скольконибудь правильно постановленною организаціей обладаютъ имущественною правоспособностью, однако въ этой послѣдней нельзя видѣть не только сущности, но и отличительнаго признака самоуправления уже потому, что собственнымъ имуществомъ обладаютъ не только самоуправляющіяся единицы, какъ напр., земская губернія ²⁾, но и административныя дѣленія государства, которыя не имѣютъ органовъ самоуправления, какъ напр., губернія неземская ³⁾. Вообще же, если разсматривать вопросъ не только съ точки зрѣнія дѣйствующаго русскаго права, то въ имущественной правоспособности самоуправляющихся единицъ уже потому нельзя видѣть существеннаго признака самоуправления, что есть самоуправляющіяся единицы, никакого собственного имущества не имѣющія ⁴⁾.

2. Если же мы обратимся къ признаку, наиболѣе существенному для понятія публично - правового юридического лица, а именно къ правительственнымъ его полномочіямъ, то и тутъ не будемъ въ состояніи усмотрѣть скольконибудь серьезныхъ основаній, которыя позволяли бы утверждать, что сущность отличія самоуправляющихся единицъ отъ административныхъ дѣленій государства сводится къ тому, что органы самоуправления являются субъектами принадлежащихъ имъ правъ, а органы административныхъ дѣленій—нѣтъ.

Говорятъ, что отдѣльныя должности и органы административныхъ дѣленій государства обладаютъ не *собственными* полномочіями,

¹⁾ Ср. выше, стр. 267—282.

²⁾ Пол. Зем. Учр., ст. 2 п. 2.

³⁾ См. напр. прилож. къ ст. 13, § VII п. 4 Уст. Зем. Пов. по прод. 1890 г.

⁴⁾ Таковы многія самоуправляющіяся единицы въ Англии, а также въ нѣкоторыхъ изъ штатовъ Сѣверной Америки, не имѣющія никакого имущества, принадлежащаго имъ на правѣ собственности, и получающія всѣ необходимыя для нихъ средства путемъ установленныхъ ими налоговъ. Ср. напр. Carlier. La République Américaine. Томъ III, стр. 353, 367—369.

а осуществляютъ права государства, тогда какъ органы самоуправляющихся единицъ осуществляютъ права, принадлежащія этимъ единицамъ. Но по какому же признаку можно опредѣлить, что данное право, данная административная функція принадлежатъ не государству, а самой самоуправляющейся единицѣ? Старая общинная теорія самоуправленія имѣла на это готовый отвѣтъ: извѣстныя функціи принадлежатъ самимъ общинамъ, а не государству, потому что не были получены ими отъ государства, а искони принадлежали общинамъ. Но такое предположеніе самостоятельнаго, независимаго отъ государства происхожденія общинъ и ихъ правительственныхъ функцій, какъ мы видѣли, не можетъ быть допущено. И наши волости, и города, и земства получили свои функціи отъ государства. Функціи губернатора точно такъ же установлены закономъ, какъ и функціи земства. И между губернаторомъ и земствомъ никакого различія въ происхожденіи ихъ правъ установить нельзя.

3. Признакъ принадлежности правъ органамъ самоуправленія, какъ отдѣльнымъ отъ государства юридическимъ лицамъ, видѣли также въ неотъемлемости этихъ правъ, въ неприкосновенности ихъ для государства. Но такая неприкосновенность правъ, напр., нашего земства или французской коммуны существуетъ только для органовъ коронной администраціи, но никакъ не для самого государства въ лицѣ его верховной власти, которая, сообщивъ закономъ земству извѣстныя функціи, закономъ же можетъ и измѣнить ихъ или вовсе отнять, какъ можетъ то же самое сдѣлать и съ функціями губернатора ¹⁾). Для другихъ же административныхъ властей полномочія, предоставленныя закономъ губернатору, столь же неприкосновенны, какъ и полномочія, предоставленныя земству.

4. Какъ на общій признакъ принадлежности права, указывали на безконтрольность въ пользованіи даннымъ правомъ ²⁾). Но и при этой точкѣ зрѣнія нельзя видѣть отличія самоуправляющихся единицъ отъ органовъ коронной администраціи въ томъ, что онѣ являются субъектами предоставленныхъ имъ правъ, ибо очевидно, что и земство, и губернаторъ въ пользованіи своими полномочіями, хотя быть можетъ и въ разной формѣ, оба подлежатъ контролю правительства, и въ настоящее время мы вообще не можемъ допустить, чтобы у кого либо

¹⁾ Отнятіе закономъ у органовъ самоуправленія ранѣе предоставленныхъ имъ правительственныхъ правъ можетъ на дѣлѣ свестись къ тому, что насущнѣйшіе интересы населенія перестанутъ получать прежнее удовлетвореніе; при случаѣ это можетъ повести къ дезорганизаціи всего государства; это можетъ быть актомъ, обнаруживающимъ полное непониманіе требованій здравой внутренней политики, но въ современномъ государствѣ это не можетъ разсматриваться, какъ актъ неправомѣрный, какъ нарушеніе государствомъ чьихъ либо правъ.—Ср. выше, стр. 590, вын. 2.

²⁾ Jellinek. System der Staatenverbindungen, стр. 42.

были такія правительственныя права, которыя не подлежали бы контролю государства.

5. Дальнѣйшимъ доводомъ въ пользу разсматриваемой теоріи служить ссылка, что органы самоуправленія осуществляютъ волю не государства, а данной самоуправляющейся единицы. Но воля есть психическое свойство, не могущее принадлежать предметамъ неодушевленнымъ или отвлеченнымъ. И если мы говоримъ о волѣ государства, общины, то это можетъ имѣть значеніе лишь юридической фикціи, метафоры, которою мы переносимъ волю органа какого либо юридического лица на самое юридическое лицо, принимаемъ, напримѣръ, волю главы государства или волю министра за волю самого государства. Съ этой точки зрѣнія каждый органъ государства въ предѣлахъ предоставленной ему компетенціи представляетъ волю государства. Если мы признаемъ данную функцію принадлежащую не государству, а какому либо другому юридическому лицу, то мы должны будемъ говорить, что должностное лицо или вообще правительственный органъ, осуществляющій эту функцію, представляетъ волю не государства, а того юридического лица. Но такъ какъ никакимъ опытнымъ путемъ воля юридического лица (а не его органа) установлена быть не можетъ, то вопросъ, чью волю исполняетъ или представляетъ данное физическое лицо, можетъ быть разрѣшенъ только въ зависимости отъ того, чьимъ органомъ мы его признаемъ, кому, по нашему мнѣнію, принадлежитъ осуществляемое имъ правительственное право. Поэтому, *еслибы* было доказано, что въ сферѣ полномочій, предоставленныхъ органамъ самоуправленія, правительственныя права принадлежатъ не государству, а самоуправляющимся единицамъ, какъ особымъ публично-правовымъ юридическимъ лицамъ, и *еслибы* вмѣстѣ съ тѣмъ было доказано, что полномочія, осуществляемыя какимъ либо должностнымъ лицомъ общей администраціи, принадлежатъ вовсе не ему, а государству, — то въ такомъ случаѣ являлся бы вполне обоснованнымъ выводъ, что органы самоуправленія представляютъ волю не государства, а этихъ самоуправляющихся единицъ, и что, наоборотъ, должностныя лица общей администраціи выражаютъ не свою волю, а волю государства. Но само по себѣ недопускающее провѣрки и потому голословное заявленіе, что органы самоуправленія представляютъ волю не государства, а самоуправляющихся единицъ, вообще не можетъ служить доводомъ, что либо доказывающимъ, въ частности не можетъ доказывать, что самоуправляющіяся единицы тѣмъ отличаются отъ административныхъ дѣленій государства, что онѣ суть публично-правовыя юридическія лица.

6. Затѣмъ, въ доказательство того же положенія приводятъ слѣдующія соображенія: субъектомъ даннаго права является тотъ, въ чьихъ интересахъ право это установлено; у общинъ и вообще у само-

управляющихся единиц имѣются интересы и жизненные цѣли, особые отъ жизненныхъ цѣлей и интересовъ государства.

Эти интересы общинъ и составляютъ „собственныя“ дѣла ихъ въ отличіе отъ дѣлъ, „препорученныхъ“ государствомъ. Послѣднія вѣдаются самоуправляющимися единицами въ интересахъ государства; слѣдовательно, государство является субъектомъ осуществляемыхъ при этомъ правительственныхъ правъ. „Собственныя“ же дѣла общинъ вѣдаются ими въ собственныхъ своихъ интересахъ, — слѣдовательно, субъектомъ осуществляемыхъ при этомъ правительственныхъ правъ являются сами общины и вообще самоуправляющіяся единицы.

Но само собою разумѣется, что даже и наиболѣе послѣдовательный сторонникъ только что приведенной теоріи, самъ Розинъ ¹⁾, не въ состояніи опредѣлить, какія именно дѣла управленія, исполняемые органами самоуправления, входятъ въ ихъ собственныя жизненные задачи, какія въ жизненные задачи государства.

Стремленіе разграничить эти двѣ сферы есть ничто иное, какъ стремленіе провести старую общественную теорію самоуправления, теорію, оказавшуюся, какъ мы уже видѣли ²⁾, безусловно несостоятельной и осужденную современной наукой.

Если же подъ собственными жизненными цѣлями данной самоуправляющейся единицы понимать, какъ это дѣлаетъ Розинъ, мѣстные цѣли, въ противоположность національнымъ, то на это нельзя не замѣтить, что мѣстные интересы могутъ быть и у неземской губерніи, вообще у всякаго административнаго дѣленія государства, и такимъ образомъ окажется необходимымъ приписать публично-правовую личность и имѣ, т. е. признать, что отыскиваемое отличіе самоуправляющихся единицъ отъ административныхъ дѣленій государства проскользнуло между пальцевъ.

7. Въ значительной степени предрасполагаетъ въ пользу разсматриваемой теоріи то соображеніе, что пререканія между органами самоуправления и органами коронной администраціи обыкновенно разрѣшаются въ формѣ административнаго процесса (административная юстиція). Но въ дѣйствительности этотъ порядокъ разрѣшенія дѣлъ рѣшительно ничего не доказываетъ: въ формѣ административнаго процесса разрѣшаются не только вопросы, вызываемые столкновениемъ субъективныхъ правъ. Нерѣдко административный процессъ является формою, въ которой разрѣшается вопросъ объ объективномъ правѣ, въ частности напр. въ такомъ порядкѣ разсматриваются и дѣла по пререканіямъ учрежденій коронной администраціи между собою ³⁾.

¹⁾ Rosin. Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Annalen des Deutschen Reichs 1883 г., стр. 286—300.

²⁾ См. выше, стр. 593—600.

³⁾ P. Laband. Staatsrecht des Deutschen Reichs, томъ II, изд. 2, стр. 343.—G. Meyer. Verwaltungsrecht, т. I, изд. I, стр. 37 и 46.—Otto Mayer. Deutsches

8. Въ самое послѣднее время въ германской юридической литературѣ, у Прейса и у иенскаго профессора Шёна, мы встрѣчаемъ новый доводъ въ пользу разсматриваемой нами теоріи.

Прейсъ¹⁾, ссылаясь на Лабанда, замѣчаетъ, что самое слово самоуправленіе (Selbstverwaltung) по буквальному, этимологическому своему смыслу является противоположеніемъ „быть управляемому“, т. е. обозначаетъ ничто другое, какъ именно свойство субъекта, въ противоположность объекту, и такъ какъ тутъ рѣчь идетъ о правоотношеніяхъ, то—свойство субъекта правъ, т. е. юридическаго лица²⁾.

Шёнъ говоритъ, что право самоуправленія не можетъ обозначать ничего другого, кромѣ права или обязанности самому управлять; отсюда вытекаетъ, что самоуправленіе можетъ осуществиться только (юридическимъ) лицомъ—только оно можетъ само дѣйствовать³⁾.

Юридическая конструкція самоуправленія, основанная на разложеніи слова самоуправленіе на двѣ половины, можетъ произвести съ точки зрѣнія научной техники впечатлѣніе лишь какого то убожества, напоминая то знаменитое опредѣленіе слова *magister*, которымъ германскіе гуманисты вышучивали вырождавшуюся схоластику: *magister*—тотъ, кто знаетъ въ три раза (*ter*) больше (*magis*) простого студента.

Самая необходимость прибѣгать къ подобнымъ разсужденіямъ краснорѣчивѣйшимъ образомъ доказываетъ, что въ пользу этой теоріи самоуправленія никакихъ серьезныхъ доводовъ привести нельзя.

9. Существуетъ, однако, одинъ фактъ, который хотя обыкновен-

Verwaltungsrecht, т. I, стр. 163—164.—Ph. Zorn. Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Verwaltungsarchiv, т. II, (1894 г.), стр. 108 и *passim*.—v. Stengel. Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, томъ II, стр. 35.—Разрѣшенію 1 Департамента Сената подлежатъ не только столкновенія между земствомъ и коронною администраціею (Пол. Зем. Учр., ст. 89), но и столкновенія между двумя министрами (учр. Пр. Сен., ст. 19, п. 3 а и учр. мин. ст. 176 п. 1 и 2), а законы, устанавливающіе кругъ вѣдомства отдѣльныхъ министерствъ, съ точки зрѣнія разсматриваемой теоріи, устанавливають не субъективныя права министерствъ, а объективный правопорядокъ.

¹⁾ Hugo Preuss. Gemeinde, Staat, Reich, als Gebietgenossenschaften, 1839 г. стр. 222.

²⁾ „Selbstverwaltung, sagt Laband treffend, bedeutet seinem Wortsinn nach den Gegensatz von verwaltet-werden. Das heisst aber nichts anderes, als die Eigenschaft eines Subjekts im Gegensatz zum Objekt, und da es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die Eigenschaft eines Rechtssubjekt, d. h. einer Person“. I, с.

³⁾ Paul Schön. Das Recht der Kommunalverbände in Preussen. 1897 (составляетъ дополнительный томъ къ Staatsrecht der Preussischen Monarchie. L. v. Rönne) стр. 5: „Recht der Selbstverwaltung (kann) nichts anders bedeuten als die Jemandem beigelegte Befugniß bezw. die ihm obliegende Pflicht selbst zu verwalten, d. h. eine eigene Thätigkeit zur Erreichung der Staatszwecke zu entwickeln. Darin liegt zunächst, dass die Selbstverwaltung nur von einer Persönlichkeit ausgeübt werden kann“.

но и не приводится, какъ, прямое доказательство, но конечно болѣе всякихъ другихъ доказательствъ предрасполагаетъ каждаго видѣть въ органахъ самоуправленія органы не государства, а какого то другого юридическаго лица. Фактъ этотъ—выборность органовъ самоуправления.

Дѣйствительно, въ частномъ правѣ, какъ и въ обыденной жизни, тотъ, кто мною для чего либо избранъ, является моимъ представителемъ. Но въ публичномъ правѣ это отождествленіе избраннаго мною и моего представителя совершенно недопустимо.

Въ частномъ правѣ избирающій обыкновенно переноситъ на своего избраннаго принадлежація ему полномочія; поэтому избранный обыкновенно представляетъ или замѣняетъ личность избравшаго или избравшихъ. Въ публичномъ правѣ избранный не является представителемъ своихъ избирателей. Послѣдніе никакихъ своихъ полномочій избранному не передаютъ: тѣхъ полномочій, которыя будутъ у избраннаго, у его избирателей не было. Городское избирательное собраніе ни въ полномъ своемъ составѣ, ни въ части не имѣетъ правъ городскихъ гласныхъ. Эти права принадлежатъ лишь тѣмъ, кто избранъ собраніемъ въ гласные.

Избранный мною повѣренный можетъ осуществлять только тѣ права, которыя принадлежатъ мнѣ, избравшему его. Избранный на какую либо публичную должность получаетъ права этой должности, которыя сообщены ей не избирателями, а закономъ ¹⁾.

Избраніе мѣстнымъ населеніемъ сравнительно съ назначеніемъ отъ правительства представляетъ весьма существенныя различія какъ съ точки зрѣнія практической, бытовой, такъ и съ точки зрѣнія формально-юридической. Но было бы совершенно ошибочно видѣть юридическое различіе этихъ двухъ способовъ замѣщенія должностей въ томъ, что назначеніе отъ правительства представляетъ административный актъ, а замѣщеніе должности по выбору никакого административнаго акта не представляетъ ²⁾.

Если подъ административнымъ актомъ понимать такое дѣйствіе, которое является осуществленіемъ извѣстной правительственной функціи, при чемъ дѣйствіе это исходитъ отъ лица или учрежденія, закономъ на то уполномоченнаго, то нѣтъ никакого основанія не признавать выборовъ, произведенныхъ, на примѣръ, земскимъ избирательнымъ собраніемъ, административнымъ актомъ.

Въ этомъ, по нашему мнѣнію, никакого сомнѣнія быть не можетъ; вопросъ можетъ быть только въ томъ, отъ кого исходитъ адми-

¹⁾ Ср. М. Б. Горенбергъ. О городскихъ выборахъ. „Вѣстникъ Права“ 1902 г. кн. IV—V, стр. 3.

²⁾ Какъ это утверждаетъ напр. Otto Mayer—абсолютно, впрочемъ, безъ всякой мотивировки.—Deutsches Verwaltungsrecht, II, стр. 402.

нистративный актъ: отъ государства ли, отъ какого-либо другого юридическаго лица, или же отъ самого избирающаго установленія.

Общераспространенное мнѣніе видитъ въ выборахъ, произведенныхъ населеніемъ данной мѣстности, актъ, исходящій отъ самой этой мѣстности, какъ нѣкоего обособленнаго цѣлага. Въ этихъ выборахъ видятъ непосредственное выраженіе воли даннаго избирающаго округа. Еслибы это было вѣрно, то надо было бы признать этотъ округъ юридическимъ лицомъ. Но такое пониманіе выборовъ ни въ какомъ случаѣ недопустимо. Средневѣковые юристы допускали возможность, чтобы корпорація, *universitas*, дѣйствовала не только *per alium*—черезъ представителя, но и *per ipse*—непосредственно ¹⁾. Въ настоящее время такая точка зрѣнія безусловно недопустима: юридическія лица признаются непосредственно недѣеспособными и поэтому могущими дѣйствовать только черезъ посредство своихъ органовъ и представителей. Этому основному принципу въ современной конструкціи юридическихъ лицъ безусловно противорѣчилъ бы взглядъ, который признавалъ бы въ избирательной коллегіи, въ избирательномъ собраніи не органъ какого либо юридическаго лица, а самое это юридическое лицо, непосредственно проявляющее свою волю ²⁾.

Поэтому, если въ избирательномъ собраніи не видѣть правительственнаго установленія, выражающаго свою собственную волю, то въ немъ можно видѣть выраженіе воли какого либо юридическаго лица, чьимъ представителемъ или органомъ оно является. Такимъ юридическимъ лицомъ можетъ быть или государство, или самоуправляющаяся единица.

Несомнѣнно, что въ избирательномъ собраніи можно видѣть органъ самоуправляющейся единицы. Сама по себѣ такая точка зрѣнія возможна: если мы признаемъ даннаго человѣка или данное установленіе органомъ того или другого юридическаго лица, то въ волеизъявленіяхъ этого человѣка или установленія мы должны будемъ видѣть волеизъявленія даннаго юридическаго лица. Но при этомъ надо помнить, что такой переносъ воли физическаго лица или физическихъ лицъ на то или другое юридическое лицо есть приѣмъ чисто логической, умственный, которому въ физическомъ, реальномъ мірѣ ничего не соотвѣтствуетъ.

Если по какимъ либо основаніямъ мы предварительно рѣшимъ, что данное физическое лицо или коллегія есть органъ того или иного юридическаго лица, то всѣ волеизъявленія этого человѣка или коллегіи должны будутъ нами приниматься за волеизъявленія подлежащаго юридическаго лица и имѣть соотвѣтственныя юридическія

¹⁾ См. O. Gierke. Das deutsche Genossenschaftsrecht, т. III, стр. 220—221.

²⁾ Ср. Hugo Preuss. Ueber Organpersönlichkeit (Schmollers Jahrbücher. 1902. II), стр. 128.

послѣдствія. Но безъ такого предварительнаго признанія человѣка или коллегіи органомъ даннаго юридическаго лица дѣйствія этого человѣка, взятыя сами по себѣ, всегда останутся его личными дѣйствіями. Другими словами, признаніе дѣйствій человѣка или коллегіи выраженіемъ воли юридическаго лица можетъ являться лишь послѣдствіемъ того, что они уже признаны его органами, но никакъ не обратно.

Поэтому выборы на должность, напр. по земскому управленію, только въ томъ случаѣ могли бы быть признаны за выраженіе воли данной губерніи или даннаго уѣзда, если бы предварительно было какимъ либо образомъ установлено, что избирательное собраніе представляетъ волю именно уѣзда, какъ юридическаго лица.

Поэтому какъ доказательство того, что самоуправляющаяся единица есть юридическое лицо, выборность органовъ самоуправления приводима быть не можетъ.

И если мы примемъ во вниманіе, что обязанности, возложенныя на органы самоуправления, сводятся къ исполненію мѣстныхъ задачъ *государственнаго* управленія, то несомнѣнно признаемъ, что органы, исполняющіе эти задачи, суть органы государственнаго управленія, и что, слѣдовательно, избраніе этихъ органовъ государственнаго управленія несомнѣнно можетъ разсматриваться, какъ актъ, входящій въ сферу государственнаго управленія. И *если* избирательное собраніе представляетъ чью либо чужую, не свою волю, то эта чужая воля несомнѣнно проще всего и естественнѣе всего можетъ разсматриваться, какъ воля государства ¹⁾.

Къ тому же выборность органовъ вовсе не является специфическимъ признакомъ юридическаго лица: органы юридическаго лица могутъ быть назначаемы и стороннею, напр. государственною, властью, Таковы органы большинства юридическихъ лицъ, относящихся къ типу учреждений, Anstalten. И сторонники разсматриваемой теоріи конечно будутъ утверждать, что городъ Москва, какъ самоуправляющаяся единица, есть юридическое лицо и по городовому положенію

¹⁾ И намъ кажется, что съ точки зрѣнія проявленія государственной воли нельзя усматривать никакого существеннаго различія между избраніемъ уѣзднаго гласнаго и назначеніемъ уѣзднаго исправника. И тотъ, и другой исполняютъ функции государственнаго управленія. И тотъ, и другой вступаютъ въ должность на основаніи соответствующаго акта подлежащаго органа: одинъ избирается опредѣленною коллегіей, другой назначается губернаторомъ. И тотъ, кто не желаетъ ограничиваться тѣмъ, что будетъ усматривать въ этомъ назначеніи или въ этихъ выборахъ выраженіе воли губернатора или избирательнаго собранія, а будетъ стремиться подыскать какого либо болѣе высокаго носителя этой воли, будетъ болѣе послѣдователенъ, если усмотритъ этого носителя въ государствѣ, чѣмъ если усмотритъ его въ губерніи или уѣздѣ.

1892 г., не смотря на то, что Московскій городской голова назначается Государемъ по представленію Министра Вн. Дѣлъ ¹⁾).

Поэтому выборность органовъ самоуправленія, въ противоположность порядку назначенія должностныхъ лицъ учреждений коронной администраціи, сама по себѣ отнюдь не можетъ служить доказательствомъ того, что самоуправляющіяся единицы суть публично-правовыя юридическія лица, осуществляющія въ выборахъ свою собственную волю, тогда какъ назначенные чиновники никакой своей воли не имѣютъ и осуществляютъ только волю государства.

Все сказанное можно резюмировать слѣдующимъ образомъ.

Не существуетъ соображеній или фактовъ, которые обязывали бы видѣть сущность самоуправленія въ томъ, что самоуправляющіяся единицы, въ отличіе отъ отдѣльныхъ должностей, территоріальныхъ дѣлений или вѣдомствъ, являются публично-правовыми юридическими лицами. Всѣ доводы, приводимые въ пользу этой теоріи, по скольку они доказываютъ, что самоуправляющіяся единицы суть юридическія лица, примѣнимы и къ учрежденіямъ общаго государственнаго управленія. По скольку же эти доводы претендуютъ на то, чтобы относиться только къ органамъ самоуправленія,—напр. доводы, основанные на этимологическомъ разложеніи этого слова,—они являются крайне неубѣдительными.

Всѣ доводы, приводимые въ пользу того, что самоуправляющіяся единицы суть юридическія лица, могутъ, служить доказательствомъ лишь того, что такое допущеніе не противорѣчитъ цѣлому ряду основныхъ признаковъ самоуправления. Но чтобы существо самоуправленія заключалось въ томъ, чтобы самоуправляющіяся единицы въ отличіе отъ учреждений коронной администраціи были публично-правовыми юридическими лицами,—это остается недоказаннымъ, ибо всѣ признаки самоуправления легко объяснимы и безъ допущенія рассматриваемой теоріи.

II. Эта теорія могла бы быть допущена, какъ пріемъ изложенія, сводящій рядъ отдѣльныхъ признаковъ самоуправления къ одному началу, ибо почти всѣ отдѣльные признаки самоуправления мнраются съ тѣмъ, что самоуправляющаяся единица есть юридическое лицо. Но къ такому пріему надо относиться съ извѣстной осторожностью. Сведеніе отличительныхъ признаковъ какого либо института къ одному руководящему началу можетъ, конечно, раскрывать истинную его природу, но иногда бываетъ и то, что такой пріемъ лишь успокаиваетъ мысль на чисто внѣшнихъ обобщеніяхъ, наталкивающихъ ее на ложные пути.

Намъ кажется, что объясненіе самоуправления, какъ управленія путемъ передачи государствомъ ряда функцій мѣстнаго государст-

¹⁾ Гор. Пол. ст. 114.

веннаго управленія въ руки особыхъ публично-правовыхъ юридическихъ лицъ, является именно такимъ объясненіемъ, которое представляется весьма закругленнымъ и гладкимъ обобщеніемъ, но которое не способно рѣшительно ничего выяснить, ибо существа института не раскрываетъ.

1. Какъ извѣстно, самоуправленіе представляетъ — по крайней мѣрѣ при извѣстныхъ условіяхъ — несомнѣнныя преимущества сравнительно съ казенною бюрократическою администраціею. Съ точки зрѣнія теоріи самоуправления, какъ системы публично-правовыхъ юридическихъ лицъ, это преимущество объяснено быть не можетъ: почему юридическія лица съ неизвѣстнымъ, часто случайнымъ составомъ, должны дѣйствовать лучше тѣхъ физическихъ лицъ, которыя вполне сознательно, со строгимъ выборомъ будутъ назначены министрами для исполненія тѣхъ же функций? Въ концѣ концовъ, и юридическое лицо будетъ дѣйствовать черезъ физическихъ лицъ. Такъ почему же тѣ физическія лица, которыя будутъ органами другихъ юридическихъ лицъ, будутъ дѣйствовать лучше органовъ государства, какъ тоже юридическаго лица?

2. Затѣмъ, извѣстно, что не при всякой постановкѣ органовъ самоуправления они функционируютъ одинаково хорошо. Если лишить ихъ всякой самостоятельности, поставить подъ строжайшій контроль правительства, то отъ самоуправления останется только одна внѣшняя безжизненная оболочка. Изъ самаго понятія юридическаго лица нельзя вывести никакой опредѣленной мѣры самостоятельности, въ которой оно нуждается. Собственно говоря, изъ этого понятія вообще никакой мѣры самостоятельности не вытекаетъ. Ея даже вовсе и не требуется. И данная административная единица, поставленная подъ мертвящій контроль администраціи, лишенная всякой самостоятельности, т. е. поставленная въ условія, исключаящія всякое самоуправленіе, все таки можетъ удовлетворять тѣмъ признакамъ, благодаря которымъ самоуправляющіяся единицы признаются юридическими лицами. Нашъ дореформенный городъ, подобно городу послѣ 1870 г., имѣлъ и свое имущество, и свои выборные органы съ установленной закономъ компетенціею, — словомъ, съ точки зрѣнія разсматриваемой теоріи, вполне могъ быть признанъ юридическимъ лицомъ, тогда какъ несомнѣнно, что наше дореформенное городское устройство совершенно не отвѣчало самымъ элементарнымъ требованіямъ правильной постановки самоуправления.

Еслибы сущность самоуправления состояла въ томъ, что извѣстное территориальное дѣленіе государства возводится въ публично-правовую юридическую личность, то земское положеніе 1890 г. столь же соответствовало бы истинной природѣ и сущности самоуправления — какъ и земское положеніе 1864 г.: земство — съ точки зрѣнія сторонниковъ разсматриваемой теоріи — было и осталось юридическимъ лицомъ,

3. Какъ извѣстно, для правильнаго функціонированія самоуправленія въ качествѣ положительной живой силы, а не одной видимости, необходимо не только, чтобы органамъ его была предоставлена извѣстная самостоятельность, но и чтобы ихъ вѣдѣнію былъ предоставленъ извѣстный, болѣе или менѣе широкій кругъ дѣлъ. Самоуправляющаяся единица, въ компетенцію которой входило бы нѣсколько дѣлъ, не представляющихъ для данной мѣстности и ея населенія никакого практическаго интереса, неминуемо начала бы чахнуть, и отъ нея остался бы какой то безформенный остовъ безъ всякаго реального значенія. Исторія французскаго *arrondissement* показываетъ это съ достаточною убѣдительною. *Arrondissement* имѣетъ свой выборный органъ—*conseil d'arrondissement*; и въ кругу порученныхъ ему дѣлъ этотъ *conseil* несомнѣнно (въ той же мѣрѣ, какъ и другіе органы самоуправленія) является субъектомъ предоставленныхъ ему правительственныхъ правъ. Но благодаря тому, что кругъ этихъ дѣлъ слишкомъ узокъ, стремленіе сдѣлать изъ *arrondissement* самоуправляющуюся единицу не удалось ¹⁾, хотя онъ и является публично-правовымъ юридическимъ лицомъ, какъ это признается всѣми сторонниками разбираемой теоріи.

4. Громадное большинство изслѣдователей придаетъ существенное значеніе выборному началу, считая, что назначеніе органовъ самоуправленія чинами казенной администраціи искажаетъ его природу. И нельзя не признать, что хотя выборность не составляетъ сущности самоуправленія, не составляетъ даже постояннаго его признака, ибо существуютъ органы самоуправленія, назначаемые администраціей, — но, какъ мы это увидимъ ниже, только выборность органовъ самоуправленія вполне отвѣчаетъ сущности этого института. Между тѣмъ, съ точки зрѣнія теоріи самоуправленія, какъ юридическаго лица, назначеніе его органовъ столь же допустимо, какъ и выборы ихъ. Громадное большинство тѣхъ юридическихъ учреждений, которыя ближе всего подходятъ къ самоуправляющимся единицамъ, т. наз. *Anstalten*—имѣютъ органы, назначаемые правительствомъ, и тѣмъ не менѣе не перестаютъ быть юридическими лицами.

Поэтому намъ кажется, что и положительный отвѣтъ на вопросъ, является ли данное административное дѣленіе публично-правовымъ юридическимъ лицомъ, самъ по себѣ безусловно недостаточенъ для опредѣленія, соответствуетъ ли устройство этого административнаго дѣленія началамъ и природѣ самоуправленія, или не соответствуетъ.

Такимъ образомъ, ссылка на то, что самоуправляющіяся единицы суть публично-правовыя юридическія лица, въ дѣйствительности не

¹⁾ M. Naugio u. Etude sur la décentralisation. 1892. „Ces conseils (les c. d'arrondissement) sont élus, mais ils n'ont pas d'attributions relatives à l'arrondissement.. (et) comme tentative de décentralisation ils ont échoué“ (стр. 13).

объясняетъ ни своеобразнаго ихъ положенія въ системѣ государственнаго управленія, ни предоставленной имъ самостоятельности, какъ не объясняетъ и того, въ чемъ состоитъ преимущество самоуправленія передъ бюрократіей.

Поэтому ни наука права, ни политическая мысль не должны успокаиваться на этой конструкціи: она совершенно бессильна выяснить сущность, природу и государственное значеніе самоуправленія.

§ 5. Политическія теоріи.

Остается еще третья группа теорій,—теоріи, видящія сущность самоуправленія въ своеобразномъ личномъ составѣ органовъ администраціи.

I. Согласно нѣкоторымъ теоріямъ этого типа, основное отличіе органовъ самоуправленія отъ органовъ общей администраціи состоитъ въ томъ, что личный составъ первыхъ не принадлежитъ къ профессиональному чиновничеству. Должностныя лица органовъ самоуправленія исполняютъ свои обязанности не по назначенію отъ правительства, а по выбору мѣстнаго населенія, или, если и назначаются правительствомъ, то несутъ свою службу безмездно. Благодаря этимъ должностямъ, въ учрежденія мѣстнаго управленія получаютъ доступъ представители общественныхъ элементовъ.

Сторонники разсматриваемаго направленія склонны видѣть въ привлеченіи общественныхъ элементовъ къ участию въ мѣстномъ управленіи результатъ или проявленіе не столько какого либо юридическаго начала, сколько извѣстнаго политическаго приѣма. Поэтому такія теоріи нерѣдко называются политическими теоріями самоуправленія ¹⁾.

Пока эти теоріи, говоря объ участии обществъ въ мѣстномъ управленіи, остаются въ области общихъ соображеній и, главнымъ образомъ, въ области общихъ выраженій, онѣ производятъ въ высшей степени убѣдительное впечатлѣніе, но стоитъ только отъ общихъ соображеній перейти къ конкретнымъ фактамъ, чтобы убѣдиться, что этимъ теоріямъ во всякомъ случаѣ не удалось установить, въ чемъ состоитъ существо, жизненное значеніе самоуправленія.

¹⁾ Нѣкоторые изслѣдователи, усматривающіе существо самоуправленія какъ въ томъ, что это есть система управленія, заключающаяся въ передачѣ государствомъ извѣстныхъ административныхъ функцій особымъ публично-правовымъ юридическимъ лицамъ, такъ и въ томъ, чтобы органы этихъ юридическихъ лицъ были не чиновниками, а представителями мѣстнаго общества,—обыкновенно называютъ первый изъ указываемыхъ ими элементовъ самоуправленія его юридической, а второй—его политической стороной. См. Rosin, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*. Стр. 310 и 320.—Ср. O. Gierke, *Laband's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*. Schmoller's Jahrbücher. 1883. Стр. 1195.—Max Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*. III, стр. 39, выноска 3.

Если обратиться прежде всего къ самому понятію Ehrenamt, почетной должности, этой, по словамъ Гнейста, архимедовой точки опоры самоуправленія, то насъ прежде всего поразить разнообразіе существующихъ опредѣленій этого понятія.

1. Гнейстъ, самый видный представитель, и даже духовный отецъ большинства теорій этого типа, самъ видѣлъ существо почетной должности въ ея бесплатности. Его опредѣленіе почетной должности выработалось подѣ вліяніемъ дореформенныхъ англійскихъ порядковъ, главнымъ образомъ, подѣ вліяніемъ должности англійскаго мирового судьи, чиновника, назначаемаго королемъ и несущаго свою службу безвозмездно ¹⁾.

Но, какъ показаль Лабандъ ²⁾, полученіе жалованья или безмездность вообще не существенны для служебнаго положенія лица и принадлежности его къ системѣ самоуправленія или общей администраціи. Дѣйствительно, еслибы платности данной должности можно было придавать какое либо значеніе, то члена земской управы, какъ лицо, получающее содержаніе, нельзя было бы считать органомъ самоуправленія, за то таковымъ являлся бы причисленный безъ жалованья къ департаменту министерства или къ канцеляріи губернатора ³⁾. Поэтому очевидно, что бесплатность нельзя считать тѣмъ элементомъ, который создаетъ самое существо самоуправленія.

Гнейстъ полагалъ, что чиновникъ, не получающій жалованья и потому лично не зависящій отъ службы, не будетъ слугою партіи, стоящей у власти ⁴⁾, безпрекословно исполняющимъ все, что ему ни прикажутъ изъ министерства. Въ глазахъ Гнейста бесплатность являлась гарантіей вѣрности и какъ бы коррективомъ къ смѣнѣ министерствъ при парламентарной формѣ правленія. Но нельзя не признать, что это коррективъ совершенно неудовлетворительный. Бесплатность должностей мѣстнаго управленія, возведенная въ систему, не только не исключала бы партійности управленія, но на дѣлѣ вызвала бы лишь самыя крайнія и вредныя ея проявленія. Бесплатность должностей обуславливаетъ то, что онѣ могутъ быть занимаемы лицами, принадлежащими лишь къ наиболѣе богатымъ классамъ,

¹⁾ Этой же точки зрѣнія на существо самоуправленія, какъ системы бесплатныхъ должностей, держатся также R. v. Mohl. Encyklopedie der Staatswissenschaften, изд. 1872 г., стр. 234. E. Löning. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts § 7, стр. 35, и Sarwey. Allgemeines Verwaltungsrecht (въ коллекціи Margardsen'a), стр. 99.

²⁾ Staatsrecht des deutschen Reichs. II изд., т. I, стр. 94—96.

³⁾ Столь же странно было бы считать органами самоуправленія членовъ Сельско-Хозяйственнаго Совѣта, состоящаго при Министерствѣ Земл. и Гос. Имущ., только потому, что они не пользуются правами гос. службы (Выс. утв. 21 марта 1894 г. мн. Гос. Сов.).

⁴⁾ Gneist. Der Rechtsstaat. 1872, стр. 161.

не нуждающимся въ заработкѣ. Какъ въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ, такъ и во всемъ государствѣ достаточные классы имѣютъ свои интересы, нерѣдко совершенно обособленные отъ интересовъ остального населенія. И еслибы завѣдываніе дѣлами мѣстнаго управленія было предоставлено исключительно представителямъ этихъ богатыхъ классовъ, и еслибы къ тому же органамъ этого мѣстнаго управленія была предоставлена извѣстная самостоятельность передъ органами центрального управленія, то несомнѣнно, что вся мѣстная администрація получила бы характеръ управленія опредѣленною партией, партией крупнаго землевладѣнія, и, какъ это всегда бываетъ, когда управленіе переходитъ въ руки какой либо партіи,—оно неминуемо подчинилось бы всецѣло ея интересамъ ¹⁾.

2. Такъ какъ всѣ существующія въ настоящее время системы самоуправленія дѣйствительно отнюдь не состоятъ только изъ безплатныхъ должностей (члены земскихъ управъ и соответствующихъ имъ учреждений въ Западной Европѣ), то отъ опредѣленія почетной должности, даваемого Гнейстомъ и его сторонниками, пришлось отказаться, и сущность самоуправленія начали видѣть въ системѣ выборныхъ должностей—безразлично, платныхъ или безвозмездныхъ.

Это пониманіе сущности самоуправленія является наиболѣе распространеннымъ и въ научной литературѣ,—французской, русской,—и въ обществѣ. Оно есть то опредѣленіе, которое пользуется наибольшою популярностью.

Источники распространенности такого пониманія самоуправленія двоякіе. Во первыхъ, въ пользу этого взгляда говоритъ тотъ фактъ, что на дѣлѣ большинство органовъ самоуправленія дѣйствительно избирается населеніемъ, а не назначается правительствомъ; во вторыхъ, въ пользу того же взгляда предрасполагаетъ стремленіе противопоставлять самоуправленіе государственному управленію, и такъ какъ обыкновенно государство противопоставляется обществу, населенію, то въ органахъ самоуправленія стремятся видѣть не органы государства, не органы, назначенные государственной властью, а органы, избранные населеніемъ.

Но, прежде всего, какъ ни часто встрѣчаются выборныя должности въ органахъ самоуправленія,—отождествлять выборность должностей съ самоуправленіемъ совершенно невозможно. Выборныя должности могутъ быть и бывають въ учрежденіяхъ, ничего общаго съ самоуправленіемъ не имѣющихъ. Въ германской арміи офицеры избираются товарищами, въ дореформенной Россіи земскій исправникъ и засѣдатель земскаго суда были выборными должностями. Но неужели ихъ можно считать органами самоуправленія? Англійскій мировой

¹⁾ Ср. по этому вопросу также Neukamp. Selbstverwaltung im Rechtssinne. Archiv für öffentliches Recht, т. IV, стр. 434—436.

судья назначается королемъ, но признается органомъ самоуправления. Несомнѣнно, что французскій мэръ во всѣ времена являлся органомъ коммуны, но были періоды, когда эта должность замѣщалась по назначенію отъ правительства. Въ германскомъ правѣ мы имѣемъ *Amtsvorsteher*, *Amtmann* и *Bürgermeister*, которыхъ всѣ юристы признаютъ за органы самоуправления, но которые являются должностями по назначенію ¹⁾.

Наконецъ, во всякомъ органѣ самоуправления есть извѣстный персоналъ (напр. чиновники канцелярій управъ), который служить по найму, по назначенію и тѣмъ не менѣе является органомъ самоуправления, а никакъ не казенной администраціи. Словомъ, понятія выборной должности и должности самоуправления не покрываютъ другъ друга. Поэтому и видѣть въ выборности сущность самоуправления рѣшительно невозможно.

3. Нѣкоторые писатели, какъ напр. Г. Мейеръ ²⁾, Либеръ ³⁾, Рёслеръ ⁴⁾, все въ томъ же стремленіи связать органы самоуправления съ обывателемъ, а не съ правительствомъ, думаютъ замѣнить понятіе выборности (или безвозмездности) тѣмъ, что у органовъ самоуправления ихъ служба не является *Mittelpunkt*’омъ ихъ жизни. При такомъ пониманіи почетной должности существеннымъ признакомъ ея является, чтобы данное лицо оставалось по преимуществу членомъ окружающаго общества, чтобы служба его носила характеръ лишь побочнаго занятія, не составляющаго цѣли жизни человѣка и не поглощающаго его цѣликомъ, какъ это бываетъ у профессиональных чиновниковъ (*Berufsbeamte*). Но само собою разумѣется, что побочный характеръ дѣятельности, во первыхъ, вовсе не является юридическимъ признакомъ, характеризующимъ какую либо систему управления. Для многихъ чиновниковъ министерствъ или губернскихъ учреждений получаемое по должности содержаніе не составляетъ исключительнаго источника жизни, и тѣмъ не менѣе они не становятся отъ того органами самоуправления. Наоборотъ, человѣкъ можетъ отдать всю свою жизнь службѣ секретаремъ управы, ея членомъ, предсѣдателемъ; получаемое имъ содержаніе можетъ оказаться главнымъ, если не единственнымъ источникомъ его средствъ; и тѣмъ не менѣе такое лицо, отдающее всего себя земской службѣ, конечно, будетъ, вопреки мнѣнію Г. Мейера, органомъ самоуправления, а не коронной администраціи.

¹⁾ Neukamp. Der Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssinne. Archiv für öffentl. Recht, томъ VI, стр. 383.

²⁾ Georg Meyer. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1895, стр. 89. Ср. его же статью въ Handbuch der politischen Oekonomie. III т., стр. 690.

³⁾ Lieber. Ueber bürgerliche Freiheit und Selbstverwaltung. 1860, стр. 207.

⁴⁾ Const. Rössler. Studien zur Fortbildung der Preussischen Verfassung. 1864. т. II, стр. 5.

Вообще, если бы был правиленъ взглядъ на самоуправленіе, какъ на систему должностныхъ лицъ, которыя спеціально не готовились къ административной дѣятельности и смотрятъ на службу, какъ на нѣчто для нихъ второстепенное и побочное, то странно было бы относиться къ самоуправленію, какъ къ чему то серьезному, и повсемѣстное неуклонное его развитіе являлось бы совершенно непонятнымъ.

Такимъ образомъ, всѣ попытки такъ или иначе опредѣлить, что такое почетная должность (*Ehrenamt*), своеобразное служебное положеніе которой будто бы создаетъ самую сущность самоуправления, окончились совершенною неудачею. Повидимому, и впредь неудача будетъ неизмѣннымъ удѣломъ всякой попытки найти въ томъ или иномъ служебномъ положеніи органовъ самоуправления юридическую форму, юридическое выраженіе принципа, что самоуправленіе есть участіе народа, общества въ дѣлахъ мѣстнаго управленія.

Самоуправленіе, разсматриваемое, какъ проявленіе этого политическаго принципа, очевидно, не можетъ быть сведено къ тому или другому положенію отдѣльныхъ должностныхъ лицъ (выборныхъ или безвозмездно исправляющихъ свои обязанности и потому независимыхъ); юридически своеобразное положеніе органовъ самоуправления сводится не только къ личной независимости отдѣльныхъ должностныхъ лицъ,—напр. земскихъ гласныхъ отъ администраціи,—но и къ независимости самыхъ учреждений: земское собраніе не находится въ іерархическомъ подчиненіи ни у какого органа администраціи ¹⁾.

¹⁾ Не спасаетъ этой теоріи „почетныхъ должностей“ и та поправка, которую въ нее въ послѣднее время вносятъ рядъ изслѣдователей; они опредѣляютъ юридическую сущность самоуправления, какъ передачу государствомъ извѣстныхъ правительственныхъ функций особымъ отъ государства публично-правовымъ юридическимъ лицамъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ въ системѣ почетныхъ должностей усматриваютъ политическую сторону самоуправления, средство привлечь населеніе къ управленію.—При этомъ, пожалуй, стоитъ указать, что эти изслѣдователи слову „политическій“ отнюдь не придаютъ противогосударственнаго или революціоннаго характера, какъ это утверждалось въ одномъ административномъ изслѣдованіи политической роли земства. Говоря, что участіе населенія въ мѣстномъ управленіи есть принципъ политической, германскіе писатели желаютъ только сказать, что это участіе не имѣетъ характера какого либо юридическаго отношенія между народомъ и властью. См. *Rosin*, цитируемое ниже мѣсто.—Къ сторонникамъ этого взгляда можно причислить *Rosin*. *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, стр. 310 и 319—320.—Съ нимъ согласенъ *M. Seydel*. *Bayerisches Staatsrecht*, III, стр. 39, выноска 3.—*Wognhak*. *Preussisches Staatsrecht*, II, стр. 107—108.—*K. v. Stengel*. *Staatsrecht der Preussischen Monarchie* (коллекція *Marquardsen*), стр. 294.—Но, какъ мы видѣли, юридическая природа самоуправления отнюдь не исчерпывается тѣмъ, что это есть управленіе посредствомъ особыхъ отъ государства публично-правовыхъ юридическихъ лицъ. Что же касается понятія почетной должности, то оно, и будучи низведено до второстепеннаго элемента самоуправления, все таки остается неопредѣленнымъ и неопредѣлимымъ.

II. Видя невозможность установить какое бы то ни было твердое опредѣленіе понятія „почетной должности“, многіе изслѣдователи опредѣляютъ самоуправленіе, какъ участіе общества въ мѣстномъ управленіи, какъ самодѣятельность общества или гражданъ, въ какой бы формѣ это участіе гражданъ ни выражалось ¹⁾).

Въ основѣ своей эта теорія ²⁾ покоится на противоположеніи чиновниковъ, какъ людей, поступившихъ на службу и тѣмъ самымъ переставшихъ быть гражданами, обывателями, членами общества,—органамъ самоуправленія, которые и при исполненіи служебныхъ обязанностей остаются гражданами.

Но такое противоположеніе на столько преувеличенно-карикатурно, что его нельзя класть въ основу научныхъ построеній. Поступленіе на службу не есть контрактъ, которымъ человекъ всецѣло продаетъ свое тѣло и душу дьяволу. Правда, чиновники иногда въ значительной мѣрѣ проникаются „интересами вѣдомства“ и взглядами начальства, но чиновникъ, и находясь на службѣ, сохраняетъ способность быть мужемъ, отцомъ семейства, домовладѣльцемъ, квартиранимателемъ, помѣщикомъ, сотрудникомъ газеты, можетъ быть участникомъ въ промышленномъ предпріятіи,—словомъ, сохраняетъ способность быть обывателемъ и чувствовать на самомъ себѣ и на своихъ близкихъ всѣ интересы „общества“, той среды, къ которой онъ принадлежитъ. Поэтому противоположеніе чиновника обывателю не соответствуетъ дѣйствительности.

Точно такъ же совершенно недопустимо и отождествленіе органа

¹⁾ Конструкція самоуправленія, какъ самодѣятельности гражданъ, встрѣчалась еще въ эпоху господства общественныхъ теорій самоуправленія, когда считалось, что органы самоуправленія завѣдуютъ какими то негосударственными дѣлами самоуправленія.—См. Н. v. G a g e r n, статьи Bureaucratie и Centralisation въ III томѣ Staatslexicon Rottek-Welcker'a.—Bl u n t s c h l i. Lehre von modernem Staate, 1876, Politik als Wissenschaft, стр. 78 и сл.—Крайній представитель этого направленія K. R ö s s l e r. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts I. Das sociale Verwaltungsrecht, 1872, стр. 44—47, въ особенности выноски 6.—Но если принять ту точку зрѣнія, что самоуправленіе есть самодѣятельность гражданъ, и что вмѣстѣ съ тѣмъ самоуправленіе есть завѣдываніе какими то негосударственными дѣлами, то со стороны R ö s s l e r'a вполне послѣдовательно включать въ понятіе самоуправленія: вступленіе въ бракъ, духовное общеніе съ другими людьми (чтеніе писемъ и газетъ?). L a b a n d (Staatsrecht des Deutschen Reichs. Томъ 1, изд. 2. стр. 96) вполне правъ, говоря, что съ этой точки зрѣнія и куреніе табаку можетъ разсматриваться, какъ самоуправленіе. Словомъ, при такомъ пониманіи самоуправленіе теряетъ значеніе государственно-правового понятія.

²⁾ Въ числѣ сторонниковъ ея можно назвать S a r w e y, Verwaltungsrecht (въ коллекціи Marquardsen), стр. 100.—T e l l k a m p f. Selbstverwaltung, 15—16.—v. K i r c h e n h e i m, Verwaltungsrecht, стр. 40. Этого же взгляда на самоуправленіе держится и громадное большинство русскихъ писателей.

самоуправленія съ обывателемъ. Когда губернаторъ предѣдательствуетъ въ губернскомъ присутствіи, или предѣдатель управы въ управѣ, то оба исполняютъ государственное дѣло,—оба являются органами государства. Согласно изложенному нами выше, и всякій обыватель, участвуя напр. въ избраніи гласнаго, участвуетъ въ этомъ избраніи въ качествѣ установленнаго закономъ органа государственной власти, а не въ качествѣ обывателя. Другая точка зрѣнія нынѣ недопустима. Было время, въ эпоху патримоніальнаго, сословнаго государства, когда избраніе представителя въ собраніе государственныхъ чиновъ или въ какой нибудь городской совѣтъ не могло разсматриваться, какъ участіе въ актѣ по государственному управленію, и когда избранный являлся представителемъ правъ своихъ избирателей, а не государственной власти. И несомнѣнно, что все еще держащіяся идеи, унаслѣдованныя нами отъ прежнихъ временъ, препятствуютъ установленію правильныхъ взглядовъ на существо современнаго самоуправления.

Въ средніе вѣка въ западной Европѣ существовало отчетливое противоположеніе народа и князя. Это были двѣ стороны, находившіяся въ весьма сложныхъ юридическихъ отношеніяхъ. Народъ въ лицѣ государственныхъ сословій, государственныхъ чиновъ, имѣлъ свой органъ, который вступалъ съ княземъ въ договорныя соглашенія. Чиновники были не органами государства, а личными слугами князя. Государственные чины тоже не были органами государства, а представителями избравшаго ихъ сословія. Въ мѣстномъ управленіи власть князя была ограничена вотчинными правами, принадлежавшими то отдѣльнымъ землевладѣльцамъ, то земскимъ и городскимъ общинамъ, правами нерѣдко болѣе древними, чѣмъ права государства, въ составъ котораго входили данныя имѣнія или общины. Права эти разсматривались, какъ нѣчто такое, что получено не отъ князя, что старше его власти, и что поэтому является для него неприкосновеннымъ.

Эта двойственность Fürst'a и Land'a, князя и земли, и это признаніе за отдѣльными подданными, или за опредѣленными группами ихъ, или за территоріальными единицами особыхъ правъ, независимыхъ отъ князя и въ принципѣ неприкосновенныхъ для него, держалось напр. въ Германіи до эпохи абсолютизма, когда независимая сила всѣхъ сословій и отдѣльныхъ лицъ была сломлена княжескою властью, отождествившею себя и своихъ чиновниковъ съ самимъ государствомъ.

Когда въ XIX вѣкѣ возникъ вопросъ, сначала о конституціонной формѣ правленія, потомъ о самоуправленіи, то и въ парламентахъ, и въ органахъ самоуправления, переноса на новыя учрежденія старыя взгляды, начали видѣть представителей народа, противопологавшагося князю или даже государству. Но въ XIX вѣкѣ князь или король и его чиновники сами уже не противопологались государству: они стали

его органами, представителями государства, какъ политически организованнаго народа.

Сначала въ народномъ представительствѣ видѣли ограниченіе государственной власти: ограниченіе ея властью представителей народа. Но не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что конституціонная форма правленія не ограничиваетъ государственной власти, и что на примѣръ въ Англии „король въ парламентѣ“, т. е. король съ парламентомъ, столь же неограниченъ, сколь и любой абсолютный монархъ. Поэтому въ народномъ представительствѣ нельзя видѣть ограниченія государственной власти: оно есть ограниченіе власти государя и органовъ администраціи, но никакъ не власти самого государства, и при томъ ограниченіе правами не народа, не отдѣльныхъ его представителей, депутатовъ, а правами парламента, какъ государственнаго учрежденія.

Прежнее пониманіе самоуправленія, какъ правъ отдѣльныхъ общинъ и даже лицъ, правъ, найденныхъ образовывающимися государствами уже готовыми и ограничивающихъ правительственныя права князя и его чиновниковъ,—пониманіе, вполне соотвѣтствовавшее дѣйствительному положенію вещей въ средневѣковомъ государствѣ, было перенесено и на современное, созданное государствомъ самоуправленіе. Но это новое самоуправленіе никакихъ правъ особо отъ государства не имѣетъ и имѣть не можетъ: всѣ его права получены отъ государства; государствомъ же въ законодательномъ порядкѣ эти права въ любой моментъ могутъ быть и отмѣнены, и измѣнены.

Перенесеніе представлений, выработавшихся на старомъ средневѣковомъ самоуправленіи, на новое современное безъ сомнѣнія въ значительной степени обуславливалось именно тѣмъ, что современное народное представительство пытались по старымъ традиціямъ разсматривать, какъ ограниченіе государственной власти властью народа.

Нынѣ, когда выяснена природа народнаго представительства, какъ органа государственной власти, пора признать органами государственной власти и выборные органы самоуправления. Конечно, между ними и органами коронной администраціи можетъ быть разногласіе во взглядахъ и въ стремленіяхъ, но разногласія могутъ быть и между коронною администраціею и судомъ, даже между различными административными вѣдомствами.

Эти разногласія между самоуправленіемъ и коронною администраціею вполне объясняются различнымъ подборомъ личнаго состава, различіемъ, такъ сказать, профессиональныхъ взглядовъ, вырабатывающихся при разнаго рода дѣятельности, различіемъ интересовъ разныхъ вѣдомствъ и учреждений,—и для объясненія тѣхъ особенностей, которыя отличаютъ дѣятельность органовъ самоуправления отъ дѣятельности коронной администраціи незачѣмъ прибѣгать къ недопустимымъ фикціямъ, будто органы администраціи суть органы госу-

дарства, существующаго отдѣльно и самостоятельно отъ народа, а органы самоуправленія—органы народа, существующаго и дѣйствующаго отдѣльно и самостоятельно отъ государства.

§ 6. *Сущность самоуправления.*

I. Нами были разобраны основные типы существующихъ въ наукѣ государственнаго права теорій, стремящихся объяснить сущность самоуправления. Разборъ этотъ, намъ кажется, даетъ полное основаніе для слѣдующихъ выводовъ:

1) въ самоуправленіи нельзя видѣть осуществленія общинами и другими самоуправляющимися единицами непосредственно имъ принадлежащихъ и не отъ государства полученныхъ правъ на завѣдываніе своими дѣлами; слѣдовательно, самоуправленіе есть осуществленіе правительственныхъ правъ по порученію отъ государства;

2) въ самоуправленіи нельзя видѣть завѣдыванія какими бы то ни было негосударственными дѣлами управленія; слѣдовательно, самоуправленіе есть дѣятельность, состоящая въ исполненіи мѣстныхъ задачъ государственнаго управленія;

3) сущность самоуправления нельзя видѣть въ осуществленіи задачъ управленія не самимъ государствомъ, а какими либо другими публично-правовыми юридическими лицами, которымъ государство передаетъ принадлежащія ему правительственныя права; слѣдовательно, самоуправленіе есть исполненіе задачъ государственнаго управленія самимъ государствомъ; и, наконецъ,

4) сущность самоуправления нельзя видѣть и въ томъ, что государство дѣйствуетъ черезъ лицъ, принадлежащихъ не къ правительственному организму, а къ мѣстному обществу; слѣдовательно, органы самоуправления являются органами и представителями самого государства.

Такимъ образомъ, мы пришли къ слѣдующему положенію: самоуправленіе есть завѣдываніе государствомъ черезъ государственныхъ должностныхъ лицъ дѣлами мѣстнаго государственнаго управленія.

Подобный выводъ носитъ чисто отрицательный характеръ, ибо онъ лишь отвергаетъ все, въ чемъ думали видѣть сущность самоуправления, какъ системы управленія, по существу своему отличающейся отъ общей администраціи.

Но въ этомъ выводѣ, при всемъ его отрицательномъ характерѣ, съ точки зрѣнія всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами до сихъ поръ теорій, есть одинъ положительный элементъ; изъ него слѣдуетъ, что самоуправленіе есть видъ *мѣстнаго* государственнаго управленія ¹⁾.

¹⁾ Надо впрочемъ оговориться, что выраженіе „мѣстное управленіе“ не совсемъ точно, и мы употребляемъ его лишь за неимѣніемъ другого установившагося и болѣе правильнаго. Терминъ „мѣстное“ можетъ дать поводъ къ одному

Нѣкоторые юристы, полагая, повидимому, что „мѣстное государственное управление“ есть ближайшее родовое понятіе (*genus proximum*) для самоуправленія, думали найти *differentiam specificam* въ понятіи децентрализаціи, т. е. въ томъ, что органы самоуправленія не находятся въ іерархической подчиненности центральнымъ учреждениямъ ¹⁾.

существенному недоразумѣнію. Самое основаніе къ дѣленію государственнаго управленія на центральное и мѣстное всегда видятъ въ томъ, что „центральные органы не могутъ ни достаточно быстро разрѣшать вопросы, возникающіе въ отдаленныхъ частяхъ государственной территории, ни быть достаточно чуткими ко всему разнообразію мѣстныхъ условій“ (Коркунъ въ Русское Гос. Право. Томъ II. 1892. Стр. 227). Если исходить изъ этихъ двухъ, такъ сказать, территориальныхъ основаній мѣстнаго управленія, то окажется совершенно необъяснимымъ существованіе органовъ мѣстнаго управленія въ столицѣ, гдѣ помѣщаются и органы управленія центральнаго: чиновники центральныхъ учреждений подлежащихъ министерствъ суть жители столицы, и ея потребности имъ хорошо и непосредственно знакомы. Говорить о томъ, что мѣстнымъ учреждениямъ столицы надо предоставить извѣстную самостоятельность, потому что дѣло не ждетъ и не можетъ вынести той проволочки времени, которая требуется сношеніемъ съ центральными учреждениями, тоже нельзя. Помимо территориальныхъ условій дѣятельности органовъ управленія, для противоположенія дѣль мѣстнаго управленія дѣламъ управленія центральнаго не малое значеніе имѣетъ и самое содержаніе дѣятельности правительственныхъ органовъ: какъ въ общемъ государственномъ управленіи необходимо противоположеніе законодательства, какъ дѣятельности направляющей, и администраціи, какъ дѣятельности исполнительской, при чемъ необходима и раздѣльность органовъ, въ дающихъ эти два дѣла, такъ въ самой администраціи необходимо противоположеніе дѣль и органовъ, направляющихъ и непосредственно исполняющихъ. Какъ противоположеніе администраціи законодательству не исключаетъ у администраціи ни рѣшающей власти, ни права издавать общія распоряженія, такъ и противоположеніе направляющей и непосредственно управляющей власти въ составѣ самой администраціи отнюдь не исключаетъ у каждого изъ этихъ двухъ ея элементовъ наличности въ извѣстныхъ предѣлахъ и рѣшающей власти, и права изданія общихъ постановленій. Намъ кажется, что именно это противоположеніе властей направляющей и непосредственно, конкретно исполняющей (на ряду съ началомъ территориальнымъ) и должно быть положено въ основаніе разграниченія управленія центральнаго и мѣстнаго. Въ этомъ, не чисто-территориальномъ смыслѣ мы и будемъ ниже говорить объ управленіи центральномъ и мѣстномъ.

Съ этой точки зрѣнія становится вполне понятнымъ существованіе, хотя, правда, и весьма рѣдкое, самоуправляющихся единицъ, обнимающихъ всю территорию даннаго государства и на почвѣ ходячаго опредѣленія мѣстнаго управленія не могущихъ получить достаточнаго объясненія. Таковы напримѣръ нѣкоторые германскія *Berufsgenossenschaften*.

¹⁾ Таково мнѣніе *Schulze*, *Preussisches Staatsrecht* § 127—128.—*Neukam p. Der Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssinne. Archiv für öffentliches Recht*, т. IV, стр. 530—550. Ср. *Gaupp. Staatsrecht des Königreichs Württemberg*. Отъ писателей этого направленія надо строго отличать, такъ сказать, словесно съ ними совпадающихъ французскихъ юристовъ, по отношенію къ самоуправленію всегда употребляющихъ терминъ *décentralisation*: русскому и нѣмецкому термину децентрализація

Но, какъ показаль Laband¹⁾, децентрализація ни въ коемъ случаѣ не можетъ служить отличительнымъ признакомъ самоуправленія. Дѣйствительно, хотя всѣ органы самоуправления и относятся къ виду децентрализованныхъ учреждений, но децентрализованы могутъ быть и органы коронной администраціи. Напр., земскіе начальники въ дѣлѣ примѣненія ст. 61 Пол. Зем. Нач. являются вполне децентрализованнымъ органомъ; даже жалобъ на неправильное примѣненіе этой статьи законъ, собственно говоря, не допускаетъ. Увольненіе чиновниковъ „по третьему пункту“ тоже вполне децентрализовано: всѣ начальники мѣстныхъ учреждений могутъ безъ объясненія причинъ увольнять назначаемыхъ ими чиновниковъ, при чемъ пользованіе этимъ правомъ не подлежитъ никакому контролю высшихъ властей не только по жалобамъ заинтересованныхъ лицъ, но и въ порядкѣ ревизіонномъ или въ порядкѣ надзора. Постановленія губернскихъ присутствій по дѣламъ административнымъ (кромѣ дѣлъ о поземельномъ устройствѣ крестьянъ) тоже являются окончательными и не допускаютъ обжалованія.

Однако, никто не назоветъ земскаго начальника, примѣняющаго ст. 61, губернатора, увольняющаго чиновника по третьему пункту, или губернское присутствіе, рассматривающее жалобу на земскаго начальника по административному дѣлу, органомъ самоуправления.

Органы самоуправления, дѣйствительно, всегда являются децентрализованными органами мѣстнаго управленія²⁾, но не всякое децентрализованное учрежденіе есть органъ самоуправления. Децентрализація возможна и въ учрежденіяхъ коронной администраціи.

Такимъ образомъ, не „мѣстное государственное управленіе“ является *genus proximum* для самоуправления, а „децентрализованное (мѣстное) государственное управленіе“.

Въ чемъ же надо видѣть *differentiam specificam* самоуправления, тотъ его видовой признакъ, который отличаетъ его отъ децентрализованнаго короннаго управленія?

Прежде, чѣмъ дать непосредственный отвѣтъ на этотъ вопросъ, мы позволимъ себѣ остановиться на нѣсколькихъ соображеніяхъ общаго характера.

у французскихъ писателей соотвѣтствуетъ терминъ *déconcentration*; французскій терминъ *décentralisation* вполне соотвѣтствуетъ русскому самоуправленію, нѣмецкой *Selbstverwaltung* и обыкновенно понимается французскими писателями въ смыслѣ управленія выборными органами.

¹⁾ Staatsrecht des Deutschen Reichs, т. II, изд. II, стр. 96.

²⁾ Одно время R. v. Gneist въ своемъ стремленіи сблизить самоуправленіе съ административною юстиціей признавалъ высшія инстанціи административныхъ судовъ, т. е. центральныя учрежденія, за органы самоуправления (*Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen*. 1880, стр. 48). Но это мнѣніе, въ послѣдствіи повидимому оставленное и Гнейстомъ, послѣдователей не нашло.

II. Централизація, являясь несомнѣннымъ благомъ, съ точки зрѣнія внесенія въ государственное управленіе единства и внѣшняго порядка, вмѣстѣ съ тѣмъ страдаетъ и существенными, неотъемлемо ей принадлежащими отрицательными сторонами.

Признаніе окончательной рѣшающей силы лишь за постановленіями центральныхъ учрежденій приводитъ, прежде всего, къ тому, что преобладающее вліяніе въ дѣлахъ мѣстнаго управленія получаютъ учрежденія, должностныя лица которыхъ не знаютъ мѣстныхъ условій, не чувствуютъ мѣстныхъ потребностей и заочно не могутъ представить себѣ житейской бытовой обстановки, въ которой происходитъ примѣненіе даннаго закона, данной административной мѣры.

Въ результатѣ оказывается либо, что мѣропріятія правительства получаютъ характеръ, не вполне соответствующій дѣйствительнымъ потребностямъ населенія и самой администраціи,—либо, что центральныя учрежденія поступаютъ подъ диктовку мѣстныхъ, и, такимъ образомъ, мѣры, формально исходящія отъ центральныхъ учрежденій, въ дѣйствительности исходятъ отъ мѣстныхъ органовъ. При такомъ порядкѣ отвѣтственность за практичность и цѣлесообразность даннаго мѣропріятія нерѣдко ложится на центральное установленіе, которое по существу дѣла могло лишь дать формальную санкцію мѣрѣ, предложенной мѣстнымъ органомъ; этотъ же послѣдній, дѣйствительный авторъ данной мѣры, покрытый санкціей центрального управленія, не можетъ нести никакой формальной отвѣтственности.

И въ концѣ концовъ выходитъ, что на практикѣ ни на комъ никакой отвѣтственности не лежитъ. Къ тому же при формально проведенной централизаціи по каждому данному вопросу является крайне труднымъ опредѣлить, гдѣ кончается дѣятельность мѣстнаго органа, гдѣ начинается дѣятельность центрального, какой съ виду самостоятельный актъ мѣстнаго учрежденія внушенъ ему изъ центра, какой актъ центрального установленія есть только формальная санкція мѣры, предложенной мѣстнымъ органомъ; поэтому всякая критика дѣйствій мѣстныхъ органовъ, всякая жалоба на нихъ по начальству является не только критикою чиновника, этимъ самымъ начальствомъ руководимаго, но косвенно критикою и самаго начальства. Такія жалобы не могутъ рассчитывать на особенный успѣхъ. И высшее начальство, фактически безотвѣтственное по высокому своему положенію, стремится прикрыть дѣйствія своихъ подчиненныхъ.

Относясь недоброжелательно къ самому факту жалобъ на своихъ подчиненныхъ, начальство при системѣ централизаціи обыкновенно и по собственной инициативѣ не склонно пресѣкать ихъ не вполне правильныя или даже вовсе незаконныя мѣры.

По общему правилу, когда для достиженія удобныхъ намъ цѣлей другое лицо сдѣлаетъ что либо не вполне правильное, то съ нашей стороны эта „формальная неправильность“ обыкновенно не вызываетъ

слишкомъ сильнаго протеста. А благодаря централизаціи, порождающей не только солидарность мѣстныхъ органовъ съ ихъ начальствомъ, но и желаніе подслужиться тому, отъ кого зависитъ ихъ судьба, незаконныя дѣйствія мѣстныхъ органовъ сплошь да рядомъ являются лишь результатомъ стремленія угодить начальству, стремленія болѣе сильнаго, нежели страхъ нарушить законъ.

Мѣропріятія, предписываемыя изъ центра, могутъ и не вполне соответствовать закону. При подчиненномъ положеніи мѣстныхъ органовъ и при зависимости ихъ личнаго состава отъ центральныхъ установленій незаконность распоряженія начальства не только не можетъ встрѣтить никакого протеста со стороны его подчиненныхъ органовъ, но, несомнѣнно, и незаконное распоряженіе найдетъ самыхъ ревностныхъ исполнителей.

Однимъ изъ неизбѣжныхъ послѣдствій централизаціи является косность законодательства и административной политки. Коль скоро все направленіе внутренняго управленія формально признается исходящимъ отъ центральныхъ установленій, коль скоро имъ принадлежитъ инициатива дѣйствующихъ законовъ, всякое представленіе мѣстныхъ подчиненныхъ органовъ о необходимости перемѣны направленія политики или о неудобствахъ существующихъ узаконеній неизмѣнно принимаетъ характеръ критики подчиненнымъ дѣйствіямъ начальства, т. е. характеръ чего то совершенно недопустимаго. Подчиненныя мѣстныя учрежденія не только не могутъ настойчиво выставлять на видъ своему начальству о неудобствѣ предпринимаемыхъ имъ мѣръ, но естественно стремятся всячески скрыть всѣ отрицательныя ихъ стороны, всѣ связанныя съ ними неудобства. Авторскимъ самолюбіемъ обладаетъ и начальство, и ему тоже свойственно видѣть въ своихъ распоряженіяхъ актъ глубокой государственной мудрости и находить, что данное распоряженіе только въ томъ случаѣ можетъ вызвать какія либо неудобства, если мѣстные органы дѣйствуютъ неумѣло; и тотъ подчиненный, который усматриваетъ въ существующемъ порядкѣ вещей,—въ особенности въ только что установленномъ,—порядокъ идеальный, несомнѣнно кажется начальству необыкновенно умнымъ и талантливымъ администраторомъ. Отсюда неизмѣнно оптимистическій тонъ всѣхъ представленій и донесеній подчиненныхъ мѣсть,—тонъ, весьма мало содѣйствующій устраненію существующихъ неполадковъ.

Административная централизація имѣетъ и ту вредную сторону, что неизбѣжно порождаетъ въ мѣстныхъ органахъ извѣстную апатію: если мѣстный чиновникъ знаетъ, что каждая имъ предложенная мѣра будетъ пересматриваться въ центрѣ, можетъ быть тамъ подвергнута передѣлкамъ, лишающимъ ее всякаго жизненнаго значенія, что въ случаѣ, если предложеніе окажется негоднымъ центру, оно можетъ навлечь на автора всякія непріятности, а если оно понравится, фор-

мально приметъ видъ мѣры, исходящей отъ столицы, отъ какого либо директора департамента, который припишетъ себѣ всю заслугу,—то у многихъ опустятся руки.

Органы мѣстной администраціи, назначенные изъ центра, сплошь да рядомъ являются для данной мѣстности лицами совершенно посторонними, чужими, незнакомыми мѣстному населенію; въ глазахъ его у этихъ чиновниковъ можетъ быть формальный авторитетъ вице-мундира, но они не могутъ пользоваться дѣйствительнымъ вліяніемъ, которое можетъ быть лишь у органа правительства, обладающаго личнымъ авторитетомъ въ глазахъ населенія.

Не только чиновники, назначенные изъ лицъ, съ данною мѣстностью вовсе незнакомыхъ и ей совершенно чуждыхъ, но даже и тѣ чиновники, которые назначаются министерствами изъ мѣстныхъ жителей,—въ качествѣ лицъ, выбранныхъ центральнымъ установленіемъ или его мѣстнымъ представителемъ, отъ нихъ зависящихъ, находятся въ непосредственной связи съ центромъ, а не съ управляемою ими мѣстностью. Они знаютъ, что вся ихъ дальнѣйшая судьба зависитъ отъ того или другого отношенія къ нимъ ихъ начальства, а не мѣстнаго населенія. Поэтому личный составъ коронной администраціи всегда страдаетъ отчужденностью отъ мѣстнаго населенія, отчужденностью, которая отражается, конечно, самымъ вреднымъ образомъ на пониманіи мѣстными органами нуждъ и потребностей населенія.

Затѣмъ, бюрократически централизованное управленіе всегда должно страдать формализмомъ, механическимъ раздробленіемъ страны на отдѣльныя вѣдомства, неспособныя понять нуждъ населенія, не видящія его дѣйствительной жизни.

Централизація управленія неизбежно связана со специализаціею задачъ управленія (такъ называемая „реальная система“), съ раздѣленіемъ управленія на вѣдомства. Въ виду всегдашней односторонности каждаго специалиста, въ каждомъ вѣдомствѣ вырабатываются свои специфическіе взгляды; что еще гораздо хуже, вырабатывается свой вѣдомственный патріотизмъ, свои „интересы вѣдомства“, за которыми чиновники часто не хотятъ, а иногда даже и не могутъ чувствовать интересовъ управляемыхъ; и во всѣхъ государствахъ бывали эпохи, когда борьба враждующихъ вѣдомствъ опредѣляла или даже замѣняла собою дѣйствительное государственное управленіе.

Мѣстные органы отдѣльныхъ министерствъ точно такъ же проникаются „интересами вѣдомства“ и на мѣстахъ по своему продолжаютъ борьбу, происходящую въ центрѣ. Въ мѣстныхъ органахъ—что, пожалуй, всего существеннѣе—повторяется та же специализація дѣла, какая установлена въ центрѣ. Каждое учрежденіе занимается какою-либо спеціальною группою вопросовъ, и ни одно не чувствуетъ данной мѣстности, какъ единого цѣлаго.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія законности управленія и его

цѣлесообразности, бюрократическая административная централизація представляетъ весьма яркія отрицательныя стороны.

Средствомъ борьбы съ этими отрицательными сторонами является административная децентрализація, т. е. предоставленіе извѣстнаго ряда дѣлъ въ завѣдываніе, въ качествѣ окончательной инстанціи, мѣстнымъ учрежденіямъ. Въ силу этого, прежде всего, само собою отпадаетъ указанное выше взаимное укрывательство мѣстныхъ и центральныхъ учреждений. Разъ рѣшающій голосъ по извѣстнымъ дѣламъ предоставляется мѣстнымъ учреждениямъ, съ центральныхъ тѣмъ самымъ снимается отвѣтственность, всецѣло переходящая на мѣстные органы. По этимъ дѣламъ центральныя учрежденія перестаютъ быть солидарными отвѣтчиками или соучастниками съ мѣстными, и такимъ образомъ оказывается возможность поставить мѣстныя учрежденія подъ дѣйствительный контроль центральныхъ. Завѣдываніе дѣлами мѣстнаго управленія переходитъ къ мѣстнымъ учреждениямъ, во всякомъ случаѣ лучше знакомымъ съ мѣстными условіями. А такъ какъ эти мѣстныя установленія являются отвѣтственными за ходъ дѣлъ, то у нихъ появляется непосредственный интересъ не къ сокрытію неудобствъ, связанныхъ съ существующими порядками, а къ исправленію ихъ.

Преимущества дѣйствительнаго установленія децентрализаціи стоятъ внѣ всякаго сомнѣнія, но, къ сожалѣнію, административная децентрализація никогда не бываетъ истинною; даже и тамъ, гдѣ она установлена самыми категорическими постановленіями закона, эти постановленія скоро обращаются въ мертвую букву, приходятъ въ забвеніе, и въ дѣйствительной жизни иногда бываетъ почти невозможно уловить проявленіе установленной законами независимости мѣстныхъ органовъ администраціи.

Органы коронной администраціи назначаются или министрами, или подчиненными имъ органами; поэтому подборъ личнаго состава таковъ, что онъ прежде всего обезпечиваетъ дѣятельность мѣстныхъ органовъ согласно со взглядами и въ духѣ центральныхъ.

Затѣмъ, мѣстные органы коронной администраціи зависятъ отъ центральныхъ не только въ смыслѣ полученія наградъ и дальнѣйшаго движенія по службѣ, но и въ томъ отношеніи, что отъ центральнаго органа всегда зависитъ или вовсе уволить мѣстнаго чиновника (или лицо, назначившее его), или же мелочными придирками ежедневно отравлять его жизнь.

Такіе органы, хотя бы законъ и предоставлялъ имъ извѣстную самостоятельность, все таки останутся представителями центральной власти, смотрящими на всѣ мѣстныя пользы и нужды глазами ихъ начальства, съ этими условіями вовсе незнакомаго. По самому своему происхожденію должностныя лица мѣстныхъ органовъ коронной, даже и децентрализованной, администраціи всегда тѣснѣе связаны съ центральными учрежденіями, чѣмъ съ мѣстнымъ населеніемъ.

Самостоятельность хотя бы и децентрализованных органовъ коронной администраціи никогда не можетъ быть велика еще и потому, что въ случаѣ какого либо пререканія между мѣстнымъ органомъ администраціи и центральнымъ они никогда не ставятся въ положеніе двухъ равноправныхъ сторонъ, и рѣшающій голосъ принадлежитъ обыкновенно или самому пререкающемуся центральному органу, или же въ лучшемъ случаѣ какому либо другому, рѣшающему дѣло по докладу или даже при участіи пререкающагося центрального органа.

Такимъ образомъ, по точному смыслу закона, децентрализованные мѣстные органы коронной администраціи на дѣлѣ всегда являются пассивными и послушными подчиненными министровъ и ревностными исполнителями всего, что имъ прикажутъ изъ центра.

Исторія губернаторской должности является примѣромъ, достаточно краснорѣчиво подтверждающимъ только что сказанное. Губернаторы существовали до министерствъ и при учрежденіи послѣднихъ не были имъ подчинены. Законъ озаботился даже поставить ихъ въ положеніе, независимое ни отъ какого опредѣленнаго министерства: по закону губернаторы назначаются Высочайшею властью по представленіямъ Комитета Министровъ. Губернаторы по закону все еще остаются по весьма многимъ дѣламъ въ положеніи органовъ, не находящихся въ іерархическомъ подчиненіи министру внутреннихъ дѣлъ. Но на дѣлѣ, какъ извѣстно, губернаторы всецѣло обратились въ чиновниковъ вѣдомства этого министерства, оказались іерархически подчиненными этого министра.

Такимъ образомъ, административная коронная децентрализація, являясь въ значительной степени лишь кажущаяся, на дѣлѣ сама по себѣ не въ состояніи вполнѣ устранить большинство неудобствъ, которыя неразрывно связаны съ самимъ существомъ административной централизаціи.

Поэтому, при всей пользѣ, приносимой децентрализованными учрежденіями коронной администраціи, въ нихъ нельзя видѣть средства, устраняющаго всѣ вредныя послѣдствія административной централизаціи.

Мало того, что коронныя децентрализованныя учрежденія обыкновенно оказываются не въ состояніи сбросить съ себя зависимость отъ центральныхъ органовъ и потому обыкновенно страдаютъ многими изъ недостатковъ учрежденій централизованныхъ, — намъ думается, что устраненіе этой зависимости, если бы оно когда либо было достигнуто, само оказалось бы несомнѣннымъ зломъ. Предоставленіе полной самостоятельности органамъ администраціи, остающимся организованными бюрократически, назначаемымъ изъ центра, не связаннымъ своими интересами съ мѣстнымъ населеніемъ, не связаннымъ съ этимъ населеніемъ и общностью взглядовъ, заинтересованнымъ не въ удовлетвореніи нуждъ населенія, а въ плавномъ ходѣ бюрократи-

ческой машины, само собою разумѣется, могло бы на дѣлѣ привести къ самымъ плачевнымъ результатамъ.

Децентрализація управления, достигаемая органами коронной администраціи, представляетъ еще и слѣдующую отрицательную сторону. Главная масса дѣла переходитъ изъ центральныхъ учреждений въ мѣстныя. вмѣстѣ съ тѣмъ центральныя учрежденія лишаются послѣдняго средства хоть сколько нибудь чувствовать потребности мѣстной жизни, понимать ея ходъ и складъ. Но фактически общее руководство мѣстнымъ управленіемъ остается все таки за центральными учреждениями: они лишились средствъ и возможности сколько нибудь правильно и сознательно разбираться въ вопросахъ, возникающихъ на мѣстахъ, лишились возможности правильно руководить мѣстнымъ управленіемъ, но на дѣлѣ органы мѣстные все таки будутъ чутко прислушиваться къ тому, что имъ будетъ подсказываться изъ столицы людьми, отъ которыхъ зависитъ и дальнѣйшая служебная карьера каждаго мѣстнаго чиновника, и его матерьяльное преуспѣяніе.

Словомъ, децентрализація посредствомъ органовъ коронной администраціи, именно потому, что она есть децентрализація неправдивая, неистинная, продолжаетъ заключать въ себѣ рядъ отрицательныхъ сторонъ централизаціи, но съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, что эти отрицательныя стороны, въ нѣкоторыхъ (и существенныхъ) отношеніяхъ сохраняясь во всей своей силѣ, приобрѣтаютъ характеръ чего то закулиснаго, чего то такого, что открыто отвергается, и съ чѣмъ поэтому прямая борьба невозможна.

III. Но средства установить дѣйствительную, не только кажущуюся децентрализацію, позволяющія вмѣстѣ съ тѣмъ устранить рядъ вредныхъ сторонъ ея, существуютъ, и средствами этими являются именно всѣ тѣ юридическіе институты, въ которыхъ различные изслѣдователи думали найти существо самоуправленія.

1. Необходимымъ условіемъ для того, чтобы мѣстныя учрежденія на дѣлѣ могли пользоваться предоставленною имъ закономъ самостоятельностью, является ограниченіе ихъ компетенціи дѣлами, носящими по преимуществу характеръ дѣлъ мѣстныхъ, не затрагивающихъ общихъ государственныхъ интересовъ и касающихся такихъ предметовъ, завѣдываніе которыми съ успѣхомъ можетъ быть поручено очевидно только мѣстнымъ учреждениямъ: въ противномъ случаѣ центральныя органы, смотрящіе на себя, какъ на единственныхъ представителей общегосударственныхъ интересовъ, всегда находили бы достаточный поводъ для вмѣшательства въ дѣла, предоставленныя мѣстнымъ учреждениямъ.

Какъ мы видѣли, оказалась совершенно тщетною попытка найти дѣла управления по природѣ своей не государственныя, и поэтому въ завѣдываніи такими дѣлами, само собою разумѣется, нельзя видѣть сущности самоуправленія. Но для дѣйствительности децентрализаціи

необходимо предоставить мѣстнымъ учреждениямъ такія дѣла, которыя не по природѣ своей, а по взглядамъ, существующимъ въ административныхъ сферахъ, представляется политически безопаснымъ предоставить мѣстнымъ учреждениямъ.

2. Для дѣйствительности децентрализаціи необходимо твердо установить, въ какихъ именно случаяхъ и въ какой именно формѣ возможно вмѣшательство центральныхъ органовъ въ дѣла мѣстныхъ. Нужно юридически обезпечить мѣстные органы отъ возможности вторженія въ ихъ дѣла органовъ центральныхъ въ какихъ либо иныхъ случаяхъ и въ какой либо иной формѣ, кромѣ указанныхъ въ законѣ. Для этого необходимо установить, чтобы случаи возможныхъ столкновеній мѣстныхъ органовъ съ центральными разрѣшались не этими послѣдними, а какими нибудь третьими учреждениями. Тогда споръ между центральнымъ органомъ и мѣстнымъ неизбѣжно получаетъ характеръ спора о правѣ, приближающагося къ судебному разбирательству, почему повсемѣстно устанавливается ближайшая связь между самоуправленіемъ и административною юстиціей.

Правовая охрана предѣловъ компетенціи органовъ самоуправленія придаетъ ей характеръ субъективныхъ правъ этихъ органовъ; понятно, почему сущность самоуправленія могли стараться усмотрѣть въ томъ, что самоуправляющіяся единицы суть субъекты предоставленныхъ имъ правъ, при чемъ, въ виду обычнаго смѣшенія правъ министерствъ и подчиненныхъ имъ органовъ съ правами государства, права самоуправляющихся единицъ разсматривались, какъ права, направленные противъ государства, или какъ права, ограничивающія права государства.

Какъ мы видѣли, теорія, сводящая сущность самоуправленія къ тому, что самоуправляющіяся единицы суть юридическія лица, принята быть не можетъ. Но несомнѣнно, что признаніе данной единицы юридическимъ лицомъ, въ частности юридическимъ лицомъ въ имущественныхъ отношеніяхъ, т. е. юридическимъ лицомъ частно-правовымъ, является необходимымъ условіемъ для дѣйствительности децентрализаціи: если дѣйствія даннаго должностнаго лица отражаются не только на той или иной мѣстной кассѣ, обособленной отъ государственнаго казначейства, но и на самомъ этомъ казначействѣ, то центральныя учреждения, охраняющія интересы этого казначейства, всегда найдутъ то или другое основаніе, чтобы вмѣшиваться въ дѣятельность этого органа и на дѣлѣ лишить его всякой самостоятельности.

3. Для дѣйствительности децентрализаціи, помимо, такъ сказать, предметной независимости мѣстныхъ учреждений, надо обезпечить и личную независимость состава органовъ мѣстнаго управленія отъ учреждений центральныхъ, надо устранить зависимость, выражающуюся какъ въ томъ или другомъ подборѣ этого личнаго состава, такъ и въ

отношеніяхъ служебной подчиненности (дисциплинарныя взысканія, награды, дальнѣйшее движеніе по службѣ). Это можетъ создаваться или путемъ избранія мѣстнымъ населеніемъ личнаго состава мѣстныхъ административныхъ установленій, или же хотя бы и назначеніемъ отъ правительства, но при томъ условіи, чтобы выборъ назначаемого не зависѣлъ отъ усмотрѣнія министерства, и чтобы въ дальнѣйшей своей службѣ назначенный не находился въ зависимости отъ центральныхъ административныхъ учрежденій¹⁾.

Это, тѣмъ или другимъ способомъ создаваемое, лично независимое положеніе должностныхъ лицъ мѣстныхъ установленій, какъ мы видѣли, ни само по себѣ, ни тѣмъ болѣе въ видѣ какого либо опредѣленнаго способа обезпечить эту независимость, не исчерпываетъ собою сущности самоуправления, но является однимъ изъ тѣхъ условій, которыя необходимы, чтобы децентрализація мѣстнаго управленія носила дѣйствительный, а не фиктивный характеръ.

IV. Установленіе полной децентрализаціи управленія, т. е. децентрализаціи власти, при сохраненіи бюрократической подчиненности личнаго состава мѣстныхъ учрежденій и при сохраненіи порядка назначенія этого состава центральными установленіями представляетъ, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, весьма серьезную опасность, что дѣла мѣстнаго управленія будутъ вѣдаться самымъ неудовлетворительнымъ образомъ.

Тѣ три способа, которыми обезпечивается дѣйствительная самостоятельность мѣстныхъ учрежденій, въ особенности взятыя всѣ въ совокупности, даютъ средство не только *обезпечить* самостоятельность, но и *обезвредить* всѣ ея отрицательныя стороны.

1. Ограниченіе компетенціи органовъ самоуправления дѣлами мѣстнаго характера создаетъ совершенно особенный интересъ должностныхъ лицъ самоуправления къ порученнымъ имъ дѣламъ. Получается впечатлѣніе, будто въ противоположность чиновникамъ общей администраціи, занятымъ казеннымъ, чужимъ дѣломъ, органы самоуправления, или даже въ лицѣ ихъ все мѣстное населеніе, представителями котораго они какъ будто являются, вѣдаютъ свои собственныя дѣла, сами управляютъ ими.

Въ этомъ отношеніи особое значеніе имѣетъ созданіе такъ называемыхъ территоріальныхъ самоуправляющихся единицъ. Если нетерриторіальными союзами,—въ родѣ нашихъ совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ, биржъ, разнаго рода сословныхъ учрежденій, хотя бы и съ выборною организаціею и со значительною степенью самостоятель-

¹⁾ Такъ, напр., въ Англійи мировые судьи могутъ считаться людьми независимыми отъ министерства, хотя и назначаются королемъ по представленію министра внутреннихъ дѣлъ, ибо министръ обязанъ представить всѣхъ, заявившихъ желаніе быть назначенными, коль скоро они доказали, что имѣютъ болѣе 100 фунтовъ стерлинговъ ежегоднаго дохода.

ности,—наука государственнаго права и политическая мысль вообще занимаются мало, и имъ приписывается весьма мало значенія, то по поводу территориальныхъ единицъ постоянно приходится наталкиваться на выраженія въ родѣ *Naturnothwendigkeit*, *Naturwüchsigkeit* общинъ; къ общинамъ и другимъ территориальнымъ самоуправляющимся единицамъ постоянно прилагаются эпитеты *gewordene*, *naturels*, имъ постоянно приписываются собственныя жизненныя цѣли, собственная жизнь, не зависящая отъ произвола государства. Община — живой организмъ; самоуправленіе, какъ живая дѣятельность, постоянно противопоставляется мертвому, мертвящему формализму механическаго управленія бюрократіи.

Всѣ эти метафорическія выраженія, по нашему мнѣнію, конкретно означаютъ, что вѣдомственная или сословная раздробленность замѣняется такимъ порядкомъ управленія, который объединяетъ данную самоуправляющуюся единицу и такимъ образомъ создаетъ возможность чувствовать ея потребности, какъ единого цѣлаго, и потому гораздо болѣе сознательно разбираться въ возникающихъ вопросахъ управленія, чѣмъ это могли бы сдѣлать органы короннаго управленія: они расщепляютъ страну, т. е. нѣкое цѣлое, на рядъ отдѣльныхъ вѣдомствъ, изъ которыхъ каждое можетъ видѣть только маленькій уголокъ дѣйствительной жизни и потому никогда ея въ цѣломъ не понимаетъ.

Поэтому, въ случаѣ предоставленія вѣдѣнію мѣстныхъ органовъ дѣлъ чисто мѣстнаго значенія, и при томъ такъ, чтобы эти дѣла имъ были предоставлены во всей ихъ совокупности, такъ чтобы въ нихъ можно было сознательно разобратся, какъ въ нѣкоемъ живомъ цѣломъ, самостоятельность мѣстныхъ органовъ начинаетъ представлять столь существенныя преимущества передъ положеніемъ органовъ, направляемыхъ изъ центра спеціальными вѣдомствами, что общій ходъ государственнаго управленія отъ этого можетъ только выиграть ¹⁾.

Ограниченіе компетенціи органовъ самоуправления дѣлами, признаваемыми дѣлами мѣстными, и вмѣстѣ съ тѣмъ предоставленіе этимъ органамъ этихъ дѣлъ въ видѣ чего то единого, цѣлаго, представляетъ еще и ту въ высшей степени существенную выгоду, что создаетъ совершенно исключительный интересъ къ дѣлу, какого никогда не можетъ быть у казеннаго чиновника, вѣдающаго одинъ какой либо частный вопросъ,—какую либо продажу гербовыхъ марокъ,—вопросъ, который самъ по себѣ взятый лишенъ дѣйствительнаго жизненнаго смысла.

¹⁾ Это преимущество самоуправления, какъ такой системы мѣстнаго управленія, при которой отдѣльные интересы мѣстности могутъ получить правильную сравнительную оцѣнку, очевидно можетъ сказаться только при томъ условіи. если компетенція органовъ самоуправления достаточно широка. Это является однимъ изъ серьезныхъ возраженій противъ всякихъ урѣзокъ компетенціи органовъ самоуправления.

Къ тому же самый способ замѣщенія должностей самоуправленія приводитъ къ представлению, что онѣ вѣдаютъ дѣла, непосредственно ихъ, какъ обывателей, касающіяся. Этимъ объясняется, что въ противоположность халатному отношенію къ дѣлу чиновниковъ бюрократіи, служащихъ изъ за жалованья или служебной карьеры,—органы самоуправления работаютъ ради самого дѣла, въ значительной части работаютъ безъ жалованья и безъ расчета на дальнѣйшее повышение по службѣ ¹⁾).

2. Установленіе точныхъ предѣловъ вмѣшательству центральныхъ установлений и присвоеніе предоставленной мѣстнымъ органамъ компетенціи характера правъ, снабженныхъ юридическими средствами защиты, являясь юридической гарантіей самостоятельности этихъ органовъ, тѣмъ самымъ создаетъ въ высшей степени обезпеченное, самостоятельное положеніе органовъ самоуправления. Это привлекаетъ на службу въ нихъ лицъ, особенно дорожащихъ своимъ нравственнымъ достоинствомъ и убѣжденіями. Поэтому въ такихъ системахъ самоуправления, въ которыхъ самостоятельность его органовъ дѣйствительно обезпечена, личный составъ въ нравственномъ и умственномъ отношеніи бываетъ обыкновенно во много разъ выше личнаго состава учрежденій коронной администраціи ²⁾).

¹⁾ Если предоставленіе органамъ самоуправления извѣстнаго законченнаго комплекса дѣлъ имѣетъ не только то значеніе, что создаетъ изъ мѣстности нѣкоторое единое цѣлое, но и то, что создаетъ извѣстный интересъ къ управленію данною единицею, то само собою разумѣется, что каждая урѣзка или предметовъ вѣдомства органовъ самоуправления, или предѣловъ ихъ власти должна дѣйствовать крайне удручающимъ образомъ на личный составъ этихъ органовъ. Поэтому напр. изъ того факта, что въ нѣкоторыхъ государствахъ предѣлы земскаго обложения фиксированы закономъ, и что тамъ отъ этого не замѣчается прямого вреда, вовсе не слѣдуетъ, чтобы у насъ законъ о предѣлахъ земскаго обложения могъ не имѣть вредныхъ послѣдствій: онъ урѣзалъ земство, уменьшилъ ту свободу, къ которой оно привыкло, и потому долженъ былъ подѣйствовать на земство удручающимъ образомъ. Точно такъ же, независимо отъ того, что въ настоящее время населеніе продовольствуется хуже, чѣмъ это было раньше, отнятіе отъ земства продовольственнаго дѣла имѣло и то послѣдствіе, что благодаря этой урѣзкѣ земства у многихъ земскихъ дѣятелей опустились руки, и тѣмъ былъ нанесенъ существенный вредъ не только продовольственному дѣлу, но и вредъ всему дѣлу мѣстнаго управленія.—Съ этой же точки зрѣнія должно безусловно осуждаться ограниченіе земства по такимъ вопросамъ, которые занимаютъ общественное мнѣніе (школы, народное здравіе), хотя бы и расширеніемъ задачъ земства по такимъ вопросамъ, которые не чувствуются населеніемъ, какъ очередные (дороги).

²⁾ Эта сторона дѣла имѣетъ для нравственнаго уровня служащихъ гораздо большее значеніе, чѣмъ самая выборность органовъ. Должностныя лица губернской и уѣздной администраціи, въ дореформенное время избиравшіяся дворянствомъ, въ нравственномъ и умственномъ отношеніи стояли ниже всякой критики: дѣло въ томъ, что служебная постановка этихъ должностей была такова, что человекъ, себя уважающій, на нихъ не шель.

Эта система правовой охраны компетенции самоуправления придает, как мы говорили, самоуправляющимся единицам характеръ юридическихъ лицъ.

3. Децентрализация опасна тѣмъ, что лишаетъ центральные органы средствъ надзора за мѣстными органами и средствъ воздействия на нихъ. При сохраненіи низкаго уровня служащихъ, обуславливающегося и сравнительно приниженнымъ служебнымъ положеніемъ чиновъ мѣстныхъ коронныхъ учреждений, дѣятельность послѣднихъ можетъ принять направленіе, совершенно несоотвѣтствующее потребностямъ населенія.

Средствомъ замѣнить надзоръ высшихъ установленій контролемъ общественнаго мнѣнія является гласный характеръ дѣятельности, по крайней мѣрѣ, части органовъ самоуправления, а, засимъ, избраніе должностныхъ лицъ самоуправления и непременно на болѣе или менѣе краткій срокъ ¹⁾.

Тѣ же выборы устанавливаютъ, какъ мы уже указывали, извѣстный представительный характеръ должностей органовъ самоуправления. Представительство не можетъ, конечно, имѣть характера какого либо юридическаго отношенія, существующаго между выбранными и ихъ избирателями, но устанавливаетъ между ними извѣстную нравственную связь, вполне восполняющую для органовъ самоуправления ту связь чиновника съ его начальствомъ, которая порывается въ истинно децентрализованныхъ учрежденіяхъ.

Такимъ образомъ, средства обезпечить назависимость должностныхъ лицъ отъ центра, употребляемыя при самоуправленіи, являются вмѣстѣ съ тѣмъ средствами устанovitъ связь этихъ должностныхъ лицъ съ мѣстнымъ населеніемъ и поставить ихъ подъ контроль послѣдняго.

V. Такое впечатлѣніе, производимое постановкою самоуправления и вполне объясняющее самый этотъ терминъ, является лишь косвеннымъ послѣдствіемъ совокупности юридическихъ элементовъ, на которые разлагается данный институтъ, и которые сводятся къ тому, что, являясь средствомъ обезпечить юридическую самостоятельность органовъ мѣстнаго управления, они вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ устанovitелю фактической связи ихъ съ мѣстнымъ населеніемъ.

¹⁾ Той же цѣли отчасти служить и назначеніе органовъ сам... изъ мѣстныхъ нотаблей, т. е. изъ лицъ, которыя по своему выдающемуся общественному положенію должны быть особенно чуткими къ своей репутации. Но само собою понятно, что такая предполагаемая чуткость на дѣлѣ можетъ и не существовать, и что человекъ, хотя бы и принадлежащій къ высшему слою мѣстнаго общества, можетъ придавать значеніе мнѣнію лишь незначительнаго круга лицъ, совершенно пренебрегая мнѣніемъ, быть можетъ, и вполне справедливымъ, всего окружающаго населенія. Поэтому, съ точки зрѣнія контроля общественнаго мнѣнія, избраніе населеніемъ является гораздо лучшимъ средствомъ, чѣмъ назначеніе хотя бы и мѣстныхъ нотаблей.

Такъ какъ органы самоуправленія, даже будучи выборными, несомнѣнно являются органами государства и юридически не могутъ быть признаны представителями мѣстнаго населенія, и такъ какъ, сколько бы ни ограничивалась компетенція самоуправления дѣлами мѣстнаго характера, эти дѣла все таки являются не собственными дѣлами мѣстнаго населенія, а дѣлами мѣстнаго государственнаго управленія,—то конструкція самоуправления, какъ самостоятельности мѣстнаго общества, является научно недопустимою.

Но тотъ фактъ, что постановка дѣятельности органовъ самоуправления производитъ впечатлѣніе, будто въ ихъ лицѣ само общество завѣдуетъ своими собственными дѣлами, остается фактомъ, имѣющимъ громадное практическое значеніе и во многомъ объясняющимъ и даже обуславливающимъ собою и то бодрое оживленіе, которое вносится въ мѣстную жизнь развитіемъ самоуправления, и то превосходство личнаго состава, и ту преданность дѣлу и увлеченіе работою, которыя столь выгодно отличаютъ органы самоуправления отъ коронныхъ чиновниковъ.

На основаніи всего изложеннаго мы можемъ придти къ слѣдующему опредѣленію самоуправления:

Самоуправленіе есть децентрализованное государственное управленіе, гдѣ дѣйствительность децентрализаціи обеспечивается системою такого рода юридическихъ гарантій, которыя, создавая самостоятельность органовъ мѣстнаго государственнаго управленія, вмѣстѣ съ тѣмъ создаютъ и тѣсную ихъ связь съ данною мѣстностью и ея населеніемъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Постановка въ западныхъ законодательствахъ отвѣтственности за убытки, причиненные органами самоуправления.

§ 1. *Отвѣтственность самоуправляющихся единицъ.*

Теоретически установленная нами конструкція самоуправления можетъ служить основаніемъ для ряда выводовъ практическаго характера, между прочимъ и для установленія предѣловъ и характера отвѣтственности самоуправляющихся единицъ за убытки, причиненные ихъ органами ¹⁾.

Замѣтимъ мимоходомъ, что ни одна изъ принятыхъ въ настоящее время въ наукѣ права конструкцій самоуправления вовсе не способна сколько нибудь служить путеводною нитью при разрѣшеніи практическихъ вопросовъ, которые ставятся самоуправленіемъ, въ частности ни одна изъ этихъ теорій не способна дать какія бы то ни было практически приемлемыя руководящія указанія для установленія принциповъ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ за убытки.

Если мы признаемъ, согласно хозяйственной или общественной теоріи, что существо самоуправления состоитъ въ завѣдываніи какими то по природѣ своей негосударственными дѣлами управленія, то мы изъ этого должны будемъ сдѣлать одинъ выводъ: начала отвѣтственности самоуправляющихся единицъ должны быть какими то другими, чѣмъ начала отвѣтственности казны. Но чѣмъ именно они должны отличаться, разсматриваемая теорія сказать не можетъ: противоположеніе общественнаго дѣла государственному можетъ служить основаніемъ лишь для того общаго вывода по вопросу объ отвѣтственности самоуправления, въ которомъ и такъ никто не нуждается, а именно, что отвѣчать по этимъ дѣламъ должно не государство и его органы, а

¹⁾ Исходя изъ той же конструкціи самоуправления мы уже пытались дать разрѣшеніе и другого практическаго вопроса, поставленнаго современною земскою жизнью, а именно вопроса о мелкой земской единицѣ. См. Сборникъ „Мелкая Земская Единица“, изданіе 1902 г. стр. 51—60,—изд. 1903 г. выпускъ I, стр. 46—55.

самоуправляющіяся единицы и ихъ органы; но какъ эта отвѣтственность должна быть организована, изъ какихъ началъ она должна исходить,—этого изъ разсматриваемой теоріи вывести нельзя.

Если признать существо самоуправленія въ томъ, что самоуправляющіяся единицы суть особня отъ государства юридическія лица, то изъ этого пожалуй можно сдѣлать только тотъ выводъ, что тѣ положенія, которыя нормируютъ частно правовую и публичную дѣятельность государства, не переносимы на самоуправляющіяся единицы, ибо государство—одно, а онъ—другое. Что именно другое,—этого ни наука права, ни положительныя законодательства не выяснили. Отсюда по вопросу объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ и ихъ органовъ опять таки можно было бы придти только къ тому выводу, что и отвѣтственность эта должна опредѣляться какими то другими правилами, чѣмъ отвѣтственность государства. Но какими именно,—и изъ этой теоріи вывести нельзя.

Наконецъ, если мы станемъ на точку зрѣнія политическихъ теорій и будемъ усматривать сущность самоуправленія въ томъ, что это есть управленіе посредствомъ органовъ и представителей самого общества, то у насъ исчезнутъ всякіе руководящіе принципы для установленія отвѣтственности самоуправляющихся единицъ. Исходя изъ этой теоріи, можно придти по интересующему насъ вопросу только къ тому очевидно неприемлемому выводу, что за убытки, причиненные должностными лицами органовъ самоуправленія, должны отвѣчать избравшіе ихъ, а такъ какъ заставляютъ отвѣчать тѣхъ, кто голосовалъ противъ даннаго лица, явно несправедливо, то убытки, причиненные даннымъ должностнымъ лицомъ, должны разверстываться между тѣми, кто при выборахъ голосовалъ за него. Выводъ, особенно приложимый къ случаямъ выборовъ закрытою баллотировкою!

Какъ намъ кажется, предлагаемая нами конструкція самоуправленія можетъ служить основаніемъ для практически вполнѣ приемлемыхъ выводовъ и по вопросу объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ и ихъ органовъ.

1. Мы уже указывали, что, именно въ силу того, что самоуправленіе есть дѣйствительно децентрализованное государственное управленіе, полная кассовая и имущественная обособленность самоуправляющихся единицъ есть безусловная потребность всякаго, сколько-нибудь правильно поставленнаго самоуправленія.

Поэтому всякія дѣйствія должностныхъ лицъ самоуправленія, какъ органовъ самоуправляющейся единицы, могутъ связывать и обязывать единственно лишь кассу этой самоуправляющейся единицы, но никакъ не государственное казначейство.

Отсюда вытекаетъ первое основное положеніе: за должностныхъ лицъ органовъ самоуправленія, по скольку ихъ дѣйствія могутъ разсматриваться, какъ дѣйствія именно органовъ самоуправленія, можетъ

отвѣчать только данная единица, но никакъ не государственное казначейство.

2. Коль скоро органы самоуправления по существу своему являются органами государственнаго управления, и все отличие ихъ отъ органовъ коронной администраціи сводится къ отсутствію іерархической подчиненности центральнымъ установленіямъ и къ нѣкоторой фактической связи съ мѣстнымъ населеніемъ,—всѣ принципы права, опредѣляющіе для государства имущественныя послѣдствія тѣхъ или другихъ дѣйствій должностныхъ лицъ, въ силу тождества юридической природы коронной администраціи и самоуправления, какъ представителей публичной власти, могутъ быть примѣнены и къ органамъ самоуправления.

Отсюда надо придти къ тому выводу, что отвѣтственность самоуправляющихся единицъ должна наступать въ тѣхъ же случаяхъ, когда наступаетъ и отвѣтственность государства, и что, наоборотъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда государство, какъ публичная власть, не можетъ нести отвѣтственности за дѣйствія должностныхъ лицъ,—этой отвѣтственности не могутъ нести и самоуправляющіяся единицы.

3. Въ силу того же самаго тождества юридической природы административной дѣятельности государства и административной дѣятельности самоуправления, начала отвѣтственности самихъ должностныхъ лицъ самоуправления не могутъ быть иными, чѣмъ начала отвѣтственности должностныхъ лицъ государства.

4. Такъ какъ самоуправляющаяся единица въ имущественномъ, частно-правовомъ и публичномъ отношеніи есть вполнѣ обособленное отъ государства юридическое лицо, могущее вступать съ государствомъ въ тѣ или иныя юридическія отношенія по имуществу, то отвѣтственность за вредъ и убытки возможна также какъ со стороны государства по отношенію къ самоуправляющейся единицѣ, такъ и со стороны этой единицы по отношенію къ государству.

Таковы тѣ четыре основныя положенія, которымъ по нашему мнѣнію должно удовлетворять каждое раціональное законодательство по вопросу объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ.

Если мы посмотримъ, какъ этотъ вопросъ разрѣшается положительнымъ правомъ отдѣльныхъ государствъ, то натолкнемся на довольно пестрое разнообразіе ¹⁾).

¹⁾ Разнообразіе это касается собственно только вопроса объ отвѣтственности по дѣламъ публично-правовымъ. Что касается дѣлъ частно-правовыхъ, то тутъ почти повсемѣстно ходъ исторіи тотъ же: сначала практика смѣшиваетъ самоуправляющіяся единицы съ частными обществами и лицами, потомъ окончательно сливается вопросъ объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ въ области частно-правовой съ отвѣтственностью фиска, казны, т. е. опять таки приходитъ къ отвѣтственности по образцу и на основаніяхъ частнаго лица. Переходъ отъ одной точки зрѣнія къ другой носилъ столь маловажный

Во французскомъ правѣ, гдѣ какъ мы видѣли, отвѣтственность казны построена въ высшей степени сложно, искусственно, а иногда и совершенно произвольно, распространеніе тѣхъ же положеній и на самоуправляющіяся единицы, безъ прямого о томъ постановленія закона, представлялось, практически весьма труднымъ¹⁾.

Въ этомъ отношеніи не малое значеніе имѣло во Франціи и то обстоятельство, что тамъ самоуправляющіяся единицы очень долго не признавались юридическими лицами публичнаго права. Если тамъ и говорили о департаментѣ или коммюнѣ, какъ о юридическомъ лицѣ, то до самаго послѣдняго времени разумѣли при этомъ единственно частно-правовую имущественную правоспособность этихъ самоуправляющихся единицъ.

Поэтому не удивительно, что первоначально вопросъ объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ разсматривался во Франціи, какъ вопросъ, цѣликомъ укладывающійся въ рамки гражданскаго права.

Съ разростаніемъ публично-правовыхъ полномочій департаментовъ и общинъ послѣдовательное проведеніе чисто гражданской точки зрѣнія начало наталкиваться на все большія и большія практическія затрудненія, и потому мало по малу практика французскихъ судовъ и государственнаго совѣта начала примѣнять, по крайней мѣрѣ къ нѣкоторымъ категоріямъ дѣлъ, принципы отвѣтственности государства²⁾.

Но хотя въ этомъ направленіи съ теченіемъ времени былъ сдѣланъ рядъ дальнѣйшихъ шаговъ, однако еще въ семидесятыхъ и въ началѣ восьмидесятыхъ годовъ Tribunal des Conflits категорически признавалъ, что правила отвѣтственности казны не примѣнимы къ общинамъ³⁾

характеръ и настолько практически мало существененъ, что останавливаться на немъ рѣшительно не стоитъ. Практическій интересъ это можетъ представить только для французскаго права, съ его выдѣленіемъ промежуточной области *actes de gestion*, которая приняла въ себя рядъ дѣлъ, въ другихъ государствахъ относимыхъ къ категоріи дѣлъ фиска, и которая такимъ образомъ первоначально устранила отвѣтственность въ такого рода дѣлахъ, гдѣ по принципамъ гражданскаго права она должна была бы имѣть мѣсто.

¹⁾ Такого постановленія закона тамъ нѣтъ и не могло быть, такъ какъ вообще весь вопросъ объ отвѣтственности казны получилъ во Франціи свою нормировку помимо и независимо отъ закона.

²⁾ Если не ошибаемся, впервые это было сдѣлано въ 1843 г. по отношенію къ публичнымъ работамъ, производимымъ общиною. Ср. Мишу, 1897 г., стр. 46. вын. 1.

³⁾ Рѣшеніе 7 марта 1874 г. (*Dalloz. Jurisprudence Générale*, 1874 г., Отд. III стр. 54).—Ср. Мишу, 1897 г., стр. 44. „*Considérant que les règles relatives à la responsabilité de l'État ne sont pas applicables à celle des communes*“. Въ этомъ же смыслѣ состоялось рѣшеніе du Tribunal des Conflits 12 ноября 1881 г. — Ср. Шанте-Грелле и Пиша, стр. 60, столбецъ 1, вын. 4.

Эта точка зрѣнія вполне объясняется тѣмъ, что безусловное отрицаніе отвѣтственности казны въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о такъ называемыхъ *actes d'autorité*, имѣетъ во французскомъ правѣ своимъ основаніемъ какой то суевѣрный трепетъ передъ государствомъ, страхъ передъ тѣмъ, какъ бы государство не оказалось подсуднымъ общимъ судамъ, и на него не распространились постановленія гражданскихъ законовъ.

Общины, департаменты этого трепета не внушаютъ и не могутъ претендовать на ту независимость отъ судовъ, на которую съ такимъ успѣхомъ претендуетъ во Франціи казенная администрація. Поэтому суды могли, не вызывая противъ себя опаснаго для нихъ протеста входить въ разсмотрѣніе и такихъ дѣйствій общинныхъ властей, въ которыхъ община несомнѣнно является органомъ власти ¹⁾, и могли по этимъ дѣламъ примѣнять къ общинамъ общія положенія гражданского права.

Однако послѣдовательное проведеніе такой чисто гражданской точки зрѣнія по отношенію къ дѣламъ, публично-правовая природа которыхъ стоитъ внѣ сомнѣнія, практически приводила къ существеннымъ затрудненіямъ, и на дѣлѣ французскимъ судамъ и государственному совѣту постоянно приходилось примѣнять къ общинамъ и департаментамъ тѣ же принципы отвѣтственности, какіе были ими установлены для государства ²⁾. И начиная съ девяностыхъ годовъ XIX столѣтія государственный совѣтъ послѣдовательно начинаетъ проводить ту точку зрѣнія, что въ дѣлахъ публично-правовыхъ отвѣтственность общинъ, какъ въ процессуальномъ отношеніи, т. е. въ отношеніи неподсудности гражданскимъ судамъ, такъ и въ матерьяльно-правовомъ отношеніи должна опредѣляться тѣми же правилами, что и отвѣтственность государства ³⁾.

Такимъ образомъ, по этому вопросу во французской судебной практикѣ существуетъ, или до послѣдняго времени существовало непримиримое противорѣчіе: государственный совѣтъ приравнивалъ отвѣтственность общинъ по дѣламъ публично-правовымъ къ отвѣтственности государства, а кассационный судъ и *le Tribunal des Conflits* держались старой точки зрѣнія ⁴⁾.

¹⁾ См. Мишу, 1897 г., стр. 43.—Сурда, т. II, стр. 541.—Шанте-Грелле и Пиша, стр. 60, приводятъ рѣшенія кассационнаго суда, состоявшіяся въ этомъ смыслѣ еще въ шестидесятыхъ годахъ.

²⁾ Мишу, 1897 г., стр. 45.

³⁾ См. рѣшенія государственнаго совѣта, приведенныя у Шанте-Грелле и Пиша, стр. 60, а также рѣшеніе 21 дек. 1900 г., напечатанное у *Dalloz, Jurisprudence Générale*. 1902 г., отдѣлъ III, стр. 34—35.

⁴⁾ Только въ одномъ дѣлѣ, въ которомъ публично-правовое его основаніе было уже слишкомъ очевидно (искъ былъ предъявленъ къ общинѣ ея должностнымъ лицомъ и имѣлъ своимъ основаніемъ упраздненіе самой должности), *le Tribunal des Conflits* въ 1896 г. призналъ, что въ этомъ дѣлѣ отвѣтственность

Что касается французской науки административного права, то она въ настоящее время видитъ въ сохранившихся отличіяхъ ответственности государства и общинъ (и департаментовъ) пережитки старинныя съ которыми надо скорѣе разставаться ¹⁾.

Въ нѣмецкой юридической литературѣ, на сколько намъ извѣстно, безусловно господствуетъ, ни съ чьей стороны не вызывая сомнѣній, тотъ принципъ, что отвѣтственность казны и самоуправляющихся единицъ должна опредѣляться одними и тѣми же правилами ²⁾.

общины опредѣляется тѣми же правилами, что и отвѣтственность государства. Шанте-Грелле и Пиша, стр. 60, столб. 1, вып. 3.

Впрочемъ, во всякомъ случаѣ надо сказать, что по крайней мѣрѣ за 1900—1902 гг. среди рѣшеній du Tribunal des Conflits, вообще крайне немногочисленныхъ, намъ не попадалось такихъ, въ которыхъ проводился бы тотъ взглядъ, что отвѣтственность общинъ и вообще самоуправляющихся единицъ можетъ опредѣляться какими либо иными началами, кромѣ опредѣляющихъ отвѣтственность государства.

¹⁾ Мишу, 1897, стр. 47 и 58.—Мишу 1895, стр. 407.—Шанте-Грелле и Пиша, стр. 60, столбецъ 2.—Оріу, 1903, стр. 215 и 249.—Дарестъ, стр. 246.—Нѣсколько своеобразное положеніе занимаетъ по этому вопросу Бертелемі. стр. 81—82 и 512—513. Онъ вообще считаетъ, что теоретически различіе отвѣтственности казны и самоуправляющихся единицъ не можетъ быть одобрено: но будучи сторонникомъ безусловной неотвѣтственности государства въ области отношеній публично-правовыхъ, практически считаетъ возможнымъ по отношенію къ общинамъ не держаться этого правила: по его мнѣнію, и безъ денежной отвѣтственности казны правильность дѣйствій должностныхъ лицъ государства достаточно гарантируется порядкомъ ихъ назначенія и тѣмъ, что они дѣйствуютъ подъ руководствомъ министровъ; общинное управленіе подобныхъ гарантій не представляетъ, и потому ихъ надо восполнить отвѣтственностью самихъ общинъ.

Вопросъ объ установленіи для общинъ и государства тѣхъ же самыхъ началъ отвѣтственности ставился въ 1884 г. во французскомъ сенатѣ, но, если такъ можно выразиться, со своеобразной точки зрѣнія: дѣло шло о распространеніи на государство правилъ о специальной отвѣтственности общинъ за убытки, причиненные народными скопищами. Сенатъ отвергъ возможность приравненія въ этомъ отношеніи государства общинамъ. (Вель-Дюранъ, стр. 152—153). Для насъ теперь соображенія, которыми руководился сенатъ, не могутъ представлять интереса: во первыхъ, въ началѣ 80-хъ годовъ сознаніе необходимости тождественныхъ условій отвѣтственности государства и самоуправляющихся единицъ еще не созрѣло ни въ наукѣ французскаго административнаго права, ни въ практикѣ административныхъ судовъ, а во вторыхъ, въ данномъ случаѣ вопросъ шель о распространеніи на государство такого специального и нерезоннаго рода отвѣтственности, что противъ этого дѣйствительно можно было возражать.

²⁾ Ср. напр. Ленингъ, стр. 1 и 95.—Kautz und Appellius. Preussisches Kommunalbeamtenrecht. 1900, 258.—Докъ, стр. 245.—Плавкъ, т. VI, стр. 162—163.—Linckelmann und Fleck. Hannöverisches Privatrecht. 1903. Стр. 127, выписка 15.—Hugo Preuss. Das Städtische Amtsrecht in Preussen. 1902, стр. 477—478.—Mandry. Württembergisches Privatrecht. I. 1901. Стр. 122. Цитаты эти носятъ нѣсколько случайный характеръ, какъ это впрочемъ бываетъ во всѣхъ слу-

При обсужденіи проекта германскаго гражданскаго уложенія по-видимому ни съ чьей стороны не было возбуждено возраженій противъ отождествленія условій отвѣтственности государства и самоуправляющихся единицъ ¹⁾.

Эта же точка зрѣнія господствуетъ и въ положительномъ правѣ германскихъ государствъ; съ особенною силою она проявилась въ тѣхъ законахъ, которые въ отдѣльныхъ государствахъ германской имперіи были изданы при введеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія: во всѣхъ этихъ законахъ отвѣтственность казны и отвѣтственность общинъ (кромѣ отвѣтственности за убытки, причиненные народными скопищами) нормируются одними и тѣми же постановленіями ²⁾.

Точно такъ же полное отождествленіе условій отвѣтственности самоуправляющихся единицъ съ отвѣтственностью государства устанавливается и проектомъ венгерскаго гражданскаго уложенія ³⁾.

чаяхъ, когда цитатами желаютъ подтвердить существованіе какого либо общераспространеннаго мнѣнія по вопросу, который сомнѣній не возбуждаетъ, и на которомъ поэтому не останавливаются.

¹⁾ См. напр. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. II. 1890. Стр. 419.

²⁾ Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Великаго Герцогства Ангальтъ отъ 18 апр. 1899 г., ст. 32 („haftet der Staat, die Gemeinde oder der Kommunalverband...).—Баварскій А. Г. з. В. Г. В. 9 іюня 1899 г. говоритъ въ § 60 объ отвѣтственности за дѣйствія чиновниковъ „des Staates, einer Gemeinde, oder eines anderen Kommunalverbandes“.—Эльзасъ-Лотарингскій А. Г. з. В. Г. В. 17 апрѣля 1899 г. въ § 40 говоритъ: „Für den Schaden, den einer Beamter des Staates, eines Bezirks, einer Gemeinde, oder einer anderen öffentlichen Anstalt.. zufügt, haftet der Staat, der Bezirk, die Gemeinde oder die öffentliche Anstalt in deren Dienst der Beamte steht“. Совершенно аналогичныя съ приведенными выше постановленіями заключаютъ А. Г. з. В. Г. В.: Гессена 17 іюля 1899 г., ст. 77; Саксенъ-Кобургъ-Готы,—законъ 20 ноября 1899 г. Art. 18, § 1; Рейсса Младшей Линіи,—законъ 10 августа 1899, § 43; Рейсса Старшей Линіи,—законъ 26 октября 1899 г. § 69.

Въ Баденѣ въ А. Г. з. В. Г. В. отъ 17 іюня 1899 г. существуетъ специальное постановленіе, распространяющее на Gemeinde und andere Kommunalverbände правила объ отвѣтственности за чиновниковъ, установленныя для казны.—Такое же постановленіе имѣется въ Мекленбургъ-Шверинской Verordnung zur Ausführung des B. G. V. отъ 9 апр. 1899 г. § 49, въ Мекленбургъ-Стрелицкой Verordnung z. A. des B. G. V. отъ 9 апр. 1899 г., § 43, въ А. Г. з. В. Г. В. Шварцбургъ-Зондерсгаузена отъ 19 іюля 1899 г. Art. 19, § 4,—Вюртемберга отъ 23 іюля 1899 г. Art. 204.

³⁾ Entwurf eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Erste Fassung. Aus dem ungarischen übersetzt im Auftrage des königlichen Ungarischen Justizministeriums.—§ 1790, п. 1 устанавливаетъ условія отвѣтственности казны; п. 2 продолжаетъ: „In gleicher Weise haben die Munizipien und die Gemeinden für den durch ihre Beamten zugefügten Schäden zu haften“.

§ 2. *Ответственность казны за самоуправляющіяся единицы.*

Существует одна категорія дѣлъ, по которой самоуправляющіяся единицы не должны нести ответственности за дѣйствія своихъ (безразлично, выборныхъ или назначенныхъ) органовъ, и ответственность эта должна падать на казну.

Это такъ называемыя „препорученныя дѣла“ самоуправляющихся единиць.

Какъ мы уже говорили, подъ этимъ терминомъ разумѣются такого рода дѣла, по которымъ органы самоуправления поставлены подъ болѣе строгій контроль администраціи, дѣла, по которымъ эти органы оказываются въ положеніи іерархически подчиненномъ органамъ казеннаго управленія. Другими словами, это дѣла, хотя и порученныя органамъ самоуправления, но такія, что по отношенію къ нимъ начала децентрализаціи проведены не съ полною послѣдовательностью. Эти дѣла, какъ бы отъ того, что за ними отрицается чисто мѣстный ихъ характеръ, оказываются не вполнѣ предоставленными органамъ самоуправления „на всю ихъ волю“; и именно поэтому они пріобрѣтаютъ характеръ не „собственныхъ дѣлъ“ самоуправляющейся единицы, и казенная администрація получаетъ основаніе для своего ближайшаго вмѣшательства въ эти дѣла.

Если въ вопросѣ объ ответственности за должностныхъ лицъ твердо держаться фикціи такъ называемой *culpa in eligendo*, то очевидно, что самоуправляющаяся единица должна нести ответственность за всѣ дѣйствія избранныхъ ею лицъ, независимо отъ того, являются ли они именно ея органами, или нѣтъ.

Но если держаться того принципа, что за убытки, причиненные при исполненіи даннаго дѣла, отвѣчаетъ *dominus negotii*, отвѣчаетъ, какъ представитель того дѣла, которое должно окупить и случайно причиненный кому либо убытокъ, или что этотъ *dominus* отвѣчаетъ, какъ руководитель и организаторъ всего дѣла, то мы должны придти къ тому выводу, что по тѣмъ дѣламъ, гдѣ должностныя лица самоуправляющейся единицы являются органами коронной администраціи, за ихъ дѣйствія должна отвѣчать не самоуправляющаяся единица, а казна.

Подобное предположеніе наталкивается на возраженія, возникающія вслѣдствіе чрезмѣрно укоренившейся привычки видѣть основаніе ответственности въ *culpa in eligendo*: какъ же это казна будетъ отвѣчать за дѣйствія должностныхъ лицъ, которыя избраны и назначены не ею, а земствомъ?

Но это возраженіе падаетъ уже въ силу одного того, что *culpa in eligendo* не является единственнымъ возможнымъ основаніемъ ответственности.

Вѣдь и должностныхъ лицъ коронной администраціи государство не само выбираетъ. Эти должностныя лица назначаются органами государства: государемъ, министрами, губернаторами... Ничто не мѣшаетъ тому, чтобы они назначались и тѣмъ органомъ государства, который называется земскимъ избирательнымъ собраніемъ или уѣзднымъ земскимъ собраніемъ.

Во французскомъ административномъ правѣ это положеніе повидимому не вызываетъ сомнѣній. Французскій мэръ не только представитель и органъ общины, но также и представитель и органъ государства. Таковымъ онъ признается во всѣхъ случаяхъ, гдѣ его акты поставлены не *sous la tutelle* или *sous la surveillance* центральной администраціи, а *sous son autorité*, т. е. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда мэръ является органомъ, іерархически подчиненнымъ органамъ центральной администраціи ¹⁾.

Въ связи съ этимъ возникаетъ другой вопросъ, а именно: можетъ ли община или вообще самоуправляющаяся единица отвѣчать за такіе органы свои, которые не избираются ею самою, а назначаются правительствомъ. Таковы напр. французскіе мэры въ теченіе многихъ періодовъ XIX вѣка ²⁾, таковы затѣмъ префекты въ качествѣ представителей и исполнительныхъ органовъ департамента, какъ самоуправляющейся единицы.

Пока теорія отвѣтственности строго держалась ученія о *culpa in eligendo*, вопросъ объ отвѣтственности за дѣйствія органовъ этого рода возбуждалъ серьезнѣйшія сомнѣнія, и напр. Мерлинъ ³⁾ находилъ, что отвѣтственность общины въ подобныхъ случаяхъ невозможна. Въ настоящее время эта точка зрѣнія можетъ считаться окончательно оставленною. Какъ говорить Мишу, назначеніе того или другого органа общины правительствомъ происходитъ столь же въ интересахъ правительства, сколь и самой общины, которая предполагается неспособною сдѣлать правильный выборъ, и которой правительство приходитъ на помощь. На сколько правительство способно сдѣлать лучший выборъ, это конечно совсѣмъ другой вопросъ, но что и назначенный органъ общины является ея органомъ, это стоитъ внѣ сомнѣнія, и по крайней мѣрѣ, по скольку дѣло шло объ отвѣтственности частно-правовой, объ отвѣтственности, основанной на неисполненіи частно-правовыхъ договоровъ, заключенныхъ общиною, то, на сколько намъ извѣстно, сомнѣній въ томъ, что община, какъ сторона въ договорѣ, отвѣчаетъ передъ своимъ контрагентомъ, хотя бы она и дѣйствовала черезъ назначенные органы, никогда не возбуждалось.

¹⁾ Мишу, 1897, стр. 69—71.

²⁾ Напр. во времена Первой и Второй Имперіи, также по закону 22 іюля 1870 г. въ общинахъ съ населеніемъ болѣе 3000 жит.

³⁾ Merlin. Questions de droit. Подъ словомъ *Responsabilité*, § III.

Не порядокъ назначенія должностнаго лица, а порядокъ его дѣятельности долженъ служить основаніемъ для разрѣшенія вопроса, является ли это должностное лицо органомъ общины или чего либо другого. И то, чѣмъ органомъ является данное должностное лицо, должно нести отвѣтственность за его дѣйствія, какъ частно-правовыя, такъ и публичныя ¹⁾).

Въ германской литературѣ этотъ вопросъ мало разрабатывается: какъ на сторонника высказываемаго нами мнѣнія, можно указать на О. Гирке: по его словамъ, община не должна отвѣчать за тѣ дѣйствія общинныхъ должностныхъ лицъ, которыя они совершаютъ въ качествѣ органовъ государства по препорученнымъ отъ него дѣламъ ²⁾).

Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ напр. въ законодательствахъ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ, имѣется нѣкая средняя категорія между собственными дѣлами общины и дѣлами государственными, ей препорученными: это такія дѣла, въ которыхъ за должностное лицо отвѣчаетъ сначала община, а за общину—государство-кантонъ ³⁾).

¹⁾ Ср. Мишу, 1897 г., стр. 66—67.

²⁾ Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887, стр. 763, вын. 3: „Daher haftet die Gemeinde nicht für das Verschulden von Gemeindebeamten, welches dieselben in einer ihnen nebenbei übertragenen Stellung als unmittelbare Staatsorgane begehen“.

³⁾ Таковы дѣла опекунскія. Ср. Гезеръ, стр. 134.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Отвѣтственность самоуправляющихся единицъ по русскому праву.

§ 1. *Общая положенія.*

Въ русскомъ государственномъ правѣ отвѣтственность самоуправляющихся единицъ имѣетъ весьма сложную и характерную исторію.

Въ дореформенномъ нашемъ законодательствѣ, собственно говоря, самоуправляющихся единицъ не было: были до извѣстной степени самоуправляющіяся „общества“, и, за исключеніемъ губернскаго дворянства, это были все „податныя общества“.

Общества эти создавались не въ интересахъ населенія, а въ интересахъ администраціи, съ цѣлью облегчить ей ту или другую работу, главнымъ образомъ взиманіе податей, а изъ нихъ—подушной. Этимъ опредѣлялся по преимуществу тяглый характеръ всѣхъ этихъ обществъ и скорѣе непріязненное отношеніе къ нимъ со стороны государства: въ его глазахъ каждое общество или уже было недоимщикомъ, или стремилось стать имъ. Налоги и повинности, лежавшіе на податныхъ обществахъ, были столь тяжелы, что дѣйствительно со стороны государства требовалась самая неослабная строгость, чтобы понуждать эти общества къ исполненію лежавшихъ на нихъ обязанностей ¹⁾.

И если въ глазахъ русскаго законодательства казалось безспорною аксіомою, что казна не можетъ и не должна отвѣчать за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, то по отношенію къ податнымъ обществамъ наше дореформенное законодательство стояло на діаметрально противоположной точкѣ зрѣнія. Та

¹⁾ См. напр. по вопросу о тѣхъ тяготахъ, которыя лежали въ XVIII в. на нѣкоторыхъ крестьянскихъ обществахъ, В. И. Семевскаго, Крестьяне въ царствованіе Императрицы Екатерины II, томъ II, въ особенности о „приписныхъ къ горнымъ заводамъ“, о „приписныхъ къ корабельнымъ лѣсамъ“, о ямщикахъ и др.

или другая служба лежала на данномъ обществѣ ¹⁾, въ разверстку ея государство не входило; оно требовало только, чтобы общество эту службу исполнило, и требованіе это нерѣдко приходилось осуществлять самыми крайними мѣрами принужденія.

Это безучастное и безпощадное отношеніе государства къ отдѣльнымъ обществамъ предрѣшило и вопросъ объ отвѣтственности обществъ за избранныхъ ими должностныхъ лицъ. Очевидно, что по скольку отъ преступленія или отъ упущенія должностного лица того или другого податного общества страдалъ казенный интересъ, государство менѣе всего было готово принимать этотъ убытокъ на свой счетъ. Напротивъ того, взысканіе этого убытка съ самаго общества не могло не представляться вполне естественнымъ: во первыхъ, если какой либо староста растратилъ собранныя съ общества для уплаты въ казну подати, и казна ихъ поэтому не получила, то съ точки зрѣнія казны это общество не исполнило лежавшей на немъ обязанности, не уплатило податей, поэтому оно должно быть признано недоимщикомъ, и съ него эти подати должны быть такъ или иначе взысканы. Во вторыхъ, самое избраніе старосты, и при томъ избраніе человѣка „добраго“ тоже было повинностью, лежавшей на обществѣ. Избраніе „вора“ есть своего рода провинность общества, и за нее общество должно нести кару.

Словомъ, отвѣтственность общества за избранныхъ имъ должностныхъ лицъ, по крайней мѣрѣ отвѣтственность передъ казною, представлялась при общемъ духѣ нашего дореформеннаго законодательства совершенно неизбѣжною.

Наше старое законодательство, приблизительно до царствованія Императора Николая Павловича, не содержало почти никакихъ постановленій объ отвѣтственности обществъ за избранныхъ ими должностныхъ лицъ. Въ этомъ фактѣ мы можемъ видѣть доказательство не того, что подобной отвѣтственности не существовало, или что она не практиковалась, но лишь того, что по взглядамъ того времени она и не нуждалась въ нормировкѣ специальнымъ закономъ.

И не смотря на то, что въ Сводѣ Законовъ изд. 1832 г. повидимому не существовало никакого общаго постановленія объ отвѣтственности обществъ за ихъ должностныхъ лицъ, эта отвѣтственность не возбуждала сомнѣвій въ сенатской практикѣ того времени ²⁾.

¹⁾ Ср. напр. Уст. Рекр., Св. Зак. т. IV изд. 1832 г., ст. 438: „рекрутскій участокъ за непоставку рекрута въ срокъ, манифестомъ о наборѣ опредѣленный, если не представить пропущенію сего срока законныхъ причинъ, понуждается къ поставкѣ недоимочныхъ рекрутъ экзекуціею и сверхъ того подвергается взысканію за каждый просроченный мѣсяць по 10 руб. за каждого рекрута и двойному платежу денегъ, на провіантъ и жалованіе рекруту опредѣленныхъ“. Съ этимъ взглядомъ на общество, какъ на тяглую единицу, связано и существованіе круговой поруки.

²⁾ Ср. типичное въ этомъ отношеніи дѣло о взысканіи съ Казанскаго мѣщанскаго общества 2474 р. 26 к., собранныхъ на полицейскую повинность

Впрочемъ, ко времени изданія Свода въ дѣйствовавшемъ тогда законодательствѣ по отдѣльнымъ вопросамъ уже существовали правила объ отвѣтственности избравшихъ обществъ и при томъ не только передъ казною, но и передъ обывателями. Согласно § 443 Устава Рекрутскаго 1831 г. ¹⁾ „если незаконно отданный въ рекруты изъявитъ согласіе остаться на службѣ до истеченія срока, для солдатъ положеннаго, то взыскивается съ общества и вручается ему 500 р.“ ²⁾.

Затѣмъ, двумя крупными законодательными актами Николаевской эпохи была установлена отвѣтственность „избравшихъ обществъ“ передъ казною. Это статья 57 Выс. утв. 28 ноября 1833 г. мѣнія Гос. Совѣта „о порядкѣ взыманія съ казенныхъ поселянъ денежныхъ сборовъ на Государственныя подати, земскія повинности и мірскіе расходы“ ³⁾ и статья 45 Высочайше утв. 28 іюня 1838 г. мѣнія Гос. Совѣта о порядкѣ взыманія съ городскихъ обывателей денежныхъ сборовъ ⁴⁾.

Въ Уложеніи о Наказаніяхъ 1845 г. эти правила были сокращены, слиты во едино и изложены въ столь общей формѣ, что ихъ съ пол-

избраннымъ этимъ обществомъ сборщикомъ Бѣловымъ и имъ въ Январѣ 1826 г. растраченныхъ или у него похищенныхъ. Сенатъ въ обоснованіе своего рѣшенія по этому дѣлу вовсе не считаетъ нужнымъ сослаться на какой-либо законъ, устанавливающій отвѣтственность общества за избранныхъ имъ должностныхъ лицъ. См. Рѣшеніе Общ. Собр. IV, V и Межевого Д-товъ Пр. Сената отъ 3 окт. 1840 г.—Сборникъ 1864 г. Томъ II, № 212, стр. 232—233.

¹⁾ Выс. утв. 28 іюня 1831 г. П. С. З. № 4677.

²⁾ § 444 того же Устава предоставлялъ право на полученіе этихъ денегъ семейству рекрута, если онъ умеръ на службѣ, пропаль безъ вѣсти и не былъ отысканъ по публикаціи.

³⁾ П. С. З. № 6592. — Въ Сводѣ Зак. изд. 1842 г. (томъ XV, ст. 324) эта статья изложена слѣдующимъ образомъ, съ нѣкоторыми несущественными отступленіями (не видно, на какихъ основаніяхъ) отъ подлинника: „Сельскіе старосты, волостныя начальства, писари и другія лица, виновныя въ растратѣ общественныхъ суммъ, собранныхъ въ казенныхъ селеніяхъ на мірскіе расходы, земскія повинности и казенныя подати, предаются уголовному суду... Растраты суммъ, кои не могутъ быть взысканы съ нихъ самихъ, обращаются на общества, ихъ избравшія“.

⁴⁾ Эта статья въ Св. Зак. изд. 1842 г. (томъ XV, ст. 346) изложена (опять таки съ нѣкоторыми несущественными отступленіями отъ подлинника) такъ: „въ случаѣ противозаконныхъ сборовъ и другихъ злоупотребленій со стороны общественныхъ старостъ, ихъ помощниковъ, членовъ городскихъ думъ и ратушъ при сборѣ податей или при взысканіи недоимокъ, виновные немедленно предаются уголовному суду... Растраченныя суммы взыскиваются съ имѣнія ихъ, а которая симъ способомъ не могутъ быть пополнены, обращаются ко взысканію на самыя общества, ихъ избравшія“.

Все это Выс. утв. мѣнія Гос. Совѣта, какъ то видно изъ п. 2 указа Пр. Сената отъ 20 авг. 1838 г., вводилось въ дѣйствіе въ видѣ опыта на три года, и дѣйствіе его не распространялось на столицы. Но повидимому оно сохранило свою силу и по истеченіи трехъ лѣтъ, по крайней мѣрѣ только этимъ и можно объяснить помѣщеніе этого закона въ Сводѣ 1842 г.

нымъ удобствомъ можно было относить къ отвѣтственности обществъ не только передъ казною, но и передъ частными лицами.

Если вообще, теоретически, ничего нельзя возразить противъ того, чтобы самоуправляющаяся единица отвѣчала за своихъ должностныхъ лицъ, то появленіе подобнаго правила въ нашемъ Ул. о Нак. 1845 г. должно вызвать рядъ серьезныхъ возраженій.

Во первыхъ, съ какой стати законодательство, не признающее отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ, устанавливаетъ эту отвѣтственность для самоуправляющихся общинъ?

Во вторыхъ, именно при русской постановкѣ самоуправления вообще, и въ особенности при постановкѣ служебной дѣятельности лицъ, избравшихся нашими дореформенными обществами, возложеніе на эти общества какой бы то ни было отвѣтственности представлялось во всякомъ случаѣ несправедливымъ.

Большинство должностныхъ лицъ, избравшихся по Уставу о Службѣ по Выборамъ (Св. Зак. т. III, ч. 2, изд. 1832, 1842 и 1857 гг.), по своему служебному положенію были чисто правительственными чиновниками, входившими въ составъ казенной администраціи, стоявшими въ іерархической подчиненности лицамъ, служившимъ по назначенію (главнымъ образомъ губернаторамъ). Поэтому, не смотря на свою выборность, громадное большинство должностныхъ лицъ, служившихъ тогда по выборамъ, было по существу своему чиновниками правительственными, и потому возложеніе на какое-либо „общество“ денежной отвѣтственности за убытки, причиненные этими лицами, было бы лишено достаточнаго юридическаго основанія: culpa, по крайней мѣрѣ in custodiendo, была не на „обществѣ“, а на правительствѣ.

Но и culpa in eligendo въ дореформенное время лежала и на правительствѣ, а не только на „обществѣ“: должностныя лица, служившія по дворянскимъ выборамъ, утверждались правительствомъ. Такимъ образомъ, если правительство могло не утвердить избранныхъ кандидатовъ, и если общество должно было всегда учитывать возможность утвержденія или неутвержденія избранныхъ, то прежніе выборы носили характеръ „рекомедаціи кандидатовъ“, и самое замѣщеніе должностей производилось правительствомъ, а слѣдовательно и culpa in eligendo лежала на немъ, а не на „избранномъ обществѣ“.

Но наше дореформенное законодательство, озабоченное охраненіемъ казеннаго интереса, менѣе всего склонно было останавливаться на юридическихъ тонкостяхъ, и если не съ точки зрѣнія признававшихся тогда основныхъ принциповъ права, то съ точки зрѣнія общаго духа нашего стараго законодательства, появленіе въ немъ ст. 360 Ул. о Нак. ¹⁾ являлось вполнѣ естественнымъ.

¹⁾ По над. 1845 г. ст. 399.

Когда въ Россіи появились самоуправляющіяся единицы новаго типа, земства и города съ городовымъ положеніемъ 1870 г., то это уже не были прежнія тяглыя единицы, склонныя прежде всего уклоняться отъ исполненія дѣйствительно невыносимаго бремени лежавшихъ на нихъ повинностей и безпощадными мѣрами принуждаемыя къ выполненію ихъ. Это были уже не прежнія „общества“ людей, связанныхъ между собою круговою порукою. Наконецъ самая служба въ нихъ перестала быть тяжкою и по общему правилу унижительною повинностью. Все это дѣлало простое примѣненіе старыхъ правилъ къ земству и къ городамъ, управлявшимся по новому городовому положенію, рѣшительно невозможнымъ.

Законодательству и судебной практикѣ такимъ образомъ приходилось заново разрѣшать вопросъ объ отвѣтственности этихъ новыхъ самоуправляющихся единицъ.

Законъ по этому вопросу молчалъ, и судебной практикѣ приходилось выпутываться изъ затрудненія собственными силами.

Строго говоря, еслибы судебная практика слѣдовала общему духу дореформенныхъ законовъ, оставшихся въ силѣ и по настоящее время, то по отношенію ко всякаго рода учрежденіямъ „общественнаго управленія“ она могла бы лишь примѣнить по аналогіи ст. 360 Ул. о Нак. и на этомъ основаніи признать, что всѣ эти „общества“ точно такъ же отвѣчаютъ за избранныхъ ими должностныхъ лицъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда государство за назначенныхъ имъ должностныхъ лицъ не отвѣчаетъ, подобно тому, какъ это было установлено, правда, для нѣкоторыхъ специальныхъ случаевъ, по отношенію къ „обществамъ“, до того существовавшимъ.

Если стать на строго формальную точку зрѣнія, то нельзя не признать полной аналогіи между земствомъ и старыми податными обществами, аналогіи тѣмъ болѣе обязательной, что, по крайней мѣрѣ въ первое время по введеніи городского и земскаго самоуправления, въ глазахъ закона и правительства, находившихся подъ влияніемъ „общественной“ или „хозяйственной“ теоріи самоуправления ¹⁾, распространеніе на самоуправляющіяся единицы правилъ отвѣтственности, установленныхъ для государства, или вѣрнѣе, ограниченіе отвѣтственности самоуправляющихся единицъ только тѣми случаями, когда отвѣчало бы и государство, представлялось бы явно неправильнымъ.

Первое время наши правительственныя сферы были склонны отождествлять земства и города не съ правительственными установленіями, а скорѣе съ частными обществами.

На этой точкѣ зрѣнія, отождествлявшей самоуправляющіяся единицы съ частными обществами, стояли и проекты Судебныхъ Уста-

¹⁾ См. выше, стр. 591—600.

вовъ 1864 г. Статья 26 проекта книги VI Уст. Гражд. Суд., гласила: „Иски, касающіеся городскихъ и сельскихъ обществъ, производятся по общимъ правиламъ Гражданскаго Судопроизводства, установленнымъ для частныхъ лицъ; но судъ приступаетъ къ ихъ разрѣшенію не иначе, какъ по выслушаніи заключенія Прокурора“¹⁾.

Самыя Положенія Земское 1 января 1864 г. и Городовое 16 іюня 1870 года въ значительной степени стояли на той же точкѣ зрѣнія. Отчетливѣе всего это сказалось на установленномъ этими Положеніями порядкѣ обжалованія распоряженій земскихъ учреждений частными лицами: Положеніе о Земскихъ Учрежденіяхъ 1864 г. говоритъ только о томъ, что „частныя лица, общества и установленія, въ случаѣ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ дѣйствіями земскихъ учреждений, имѣютъ право иска на общемъ основаніи“²⁾. Вопросы о томъ, что дѣйствіями земскихъ учреждений могутъ быть нарушены и публичныя права обывателей, въ то время повидимому и не возникало. И въ первое время и Правительствующій Сенатъ (по 1-му Д-ту), и Министерство Внутреннихъ Дѣлъ послѣдовательно держались того взгляда, что напр. и дѣла по неправильному обложенію земскими сборами, по обратному требованію неподлежаще взысканнымъ сборовъ суть дѣла гражданскія, подлежащія вѣдѣнію гражданскихъ судовъ³⁾, что отягчъ Земской Управы, оскорбительный для мѣстнаго исправ-

1) Какъ видно изъ Объяснительной Записки къ этой VI Книгѣ, стр. 16—19, три члена Комиссіи (Вицынъ, Гедда и Квистъ) находили, „что тяжбныя дѣла обществъ городскихъ, сельскихъ и земскихъ по исключительности ихъ положенія на судѣ однородны съ дѣлами казенныхъ управленій“. Но большинство (35 членовъ) остановилось на приведенномъ выше рѣшеніи въ виду того, что „дѣла дворянскихъ обществъ и при нынѣ дѣйствующемъ порядкѣ судопроизводства ничѣмъ не различаются въ образѣ ихъ производства отъ дѣлъ частныхъ лицъ“. На подчиненіи земства, тогда только что организованнаго, правиламъ судопроизводства, проектированнымъ для казенныхъ управленій, настаивалъ Министръ Вн. Дѣлъ, при чемъ не исходилъ изъ какихъ либо теоретическихъ соображеній и не ссылался на тождество земства въ какомъ либо отношеніи съ казною, но мотивировалъ свое мнѣніе соображеніями практическими: онъ находилъ, что такимъ образомъ интересы земства будутъ болѣе ограждены отъ возможности нарушенія ихъ ошибками или небрежностью судей. Ср. Замѣчанія Министровъ и Главноуправляющихъ Отдѣльными Частями на Проектъ VI Книги Устава Гражд. Судопр., стр. 2—5.—Ст. 26 проекта VI Книги въ Высоч. утвержденный текстъ не вошла, но положеніе, ею устанавливаемое, оставалось дѣйствующимъ правомъ до изданія Земскаго и Городового Положеній 1890 и 1892 г.г.

2) Пол. Зем. Учр. 1864 г. стр. 119.

3) Таково напр. опред. I-го Д-та Пр. Сената 27 января 1872 г. № 906 по дѣлу о возвращеніи неподлежаще взысканнаго земскаго сбора: Сенатъ, разсмотрѣвъ рапортъ губернатора о несогласіи его съ постановленіемъ земскаго собранія, отказавшаго Гр. въ возвратѣ неподлежаще взысканнаго сбора, нашла „что какъ по точному смыслу ст. 119 Пол. Зем. Учр. частныя лица, общества и установленія, въ случаѣ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ дѣйствіями земскихъ учреждений, имѣютъ право иска на общемъ основаніи, то гу-

ника, можетъ дать тому лишь право на предъявленіе къ земству иска о безчестіи ¹⁾).

Но по вопросу объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ Гражд. Касс. Д-тъ Пр. Сената вступилъ на другой путь, по существу своему несомнѣнно гораздо болѣе правильный, хотя пожалуй и расходившійся съ общимъ духомъ нашего законодательства, по крайней мѣрѣ перваго времени по введеніи земства.

Если бы Гражд. Касс. Д-ту пришлось прямо поставить себѣ вопросъ объ отвѣтственности земства или города за убытки, причиненныя неправильными дѣйствіями избранныхъ должностныхъ лицъ, то трудно сказать, на какомъ бы отвѣтѣ остановился Сенатъ. Но вопросъ этотъ Сенату пришлось поставить себѣ иначе: а именно, съ точки зрѣнія подсудности земства или города общимъ судамъ или I-му Д-ту Пр. Сената.

Этотъ вопросъ Гражд. Касс. Д-тъ Пр. Сената, вопреки прежней практикѣ I-го Д-та ²⁾, съ 1875 г. послѣдовательно и неизмѣнно разрѣшаетъ въ томъ смыслѣ, что „всѣ вообще дѣла частныхъ лицъ съ городскими общественными управленіями подлежатъ производству въ порядкѣ административномъ, за исключеніемъ лишь тѣхъ, которыя имѣютъ предметомъ споръ о нарушеніи гражданскихъ правъ той или другой стороны. Посему разрѣшеніе въ утвердительномъ или отрицательномъ смыслѣ возбужденнаго просителемъ вопроса о подсудности настоящаго дѣла не административнымъ, а судебнымъ учрежденіямъ, зависитъ отъ опредѣленія того, представляется ли единовременное взысканіе съ него 500 р. за увеличеніе при перестройкѣ размѣровъ лавки, находящейся на собственно принадлежащей ему землѣ, нарушеніемъ гражданскихъ правъ С., или же дѣйствіемъ, касающимся круга дѣятельности городского управленія по взиманію сбора въ пользу города...“ Затѣмъ Сенатъ, признавъ, что „правонарушеніе въ отношеніи ко владѣнію С. могло бы послѣдовать при посягательствѣ

бернатору не слѣдовало принимать отъ Гр. жалобу на земскія учрежденія. Засимъ, принимая во вниманіе, что Гр. и въ настоящее время имѣетъ право предъявить къ упомянутымъ учрежденіямъ искъ въ подлежащемъ судебномъ мѣстѣ, Пр. Сенатъ, не признавая за собою въ данномъ случаѣ власти судебной, не нашелъ возможнымъ входить въ разсмотрѣніе опротестованнаго постановленія земскаго собранія³⁾. Въ настоящее время, какъ мы увидимъ ниже, Сенатъ вполне правильно и послѣдовательно признаетъ споры о правильности и не-правильности обложенія земскими сборами спорами не о правѣ гражданскомъ. Назвать ихъ спорами о правѣ публичномъ Сенатъ повидимому еще не рѣшается.

¹⁾ Таково напр. распоряженіе Министра Внутр. Дѣлъ, приведенное въ Сборникѣ Узаконеній, относящихся до Земскихъ учрежденій. Новгородъ. 1879. Стр. 144. По современнымъ взглядамъ Сената въ подобномъ случаѣ былъ бы возможенъ искъ лишь къ виновнымъ должностнымъ лицамъ земства.

²⁾ См. выше, стр. 654, вын. 3.

со стороны городского общественнаго управления стѣснить или прекратить его владѣніе, распоряженіе или право пользования выстроеною имъ лавкою“, и что „подобнаго посягательства не послѣдовало“, нашель, что „посему взысканіе въ пользу города сбора, правильно или неправильно произведенное со владѣльца недвижимой собственности безъ всякаго при томъ нарушенія его правъ, какъ собственника обложеннаго сборомъ имущества, не можетъ быть признано принадлежащимъ къ числу тѣхъ случаевъ, которые подлежатъ вѣдѣнію судебной, а не административной власти“¹⁾.

Это установленное Гр. Касс. Д-томъ Пр. Сената различіе, съ точки зрѣнія подсудности ихъ, дѣлъ, имѣющихъ своимъ основаніемъ распоряженія земствъ и городовъ по управленію принадлежащими имъ имуществами, и дѣлъ по осуществленію предоставленной имъ административной власти, находясь въ довольно явномъ противорѣчій съ ст. 119 Пол. Зем. Учр. 1 января 1864 г.²⁾, но отвѣчая истинной юридической природѣ самоуправленія, привело къ тому, что дѣла, имѣющія основаніе гражданско-правовое, оказались подсудными общимъ судамъ, дѣла съ основаніемъ публичнымъ—нѣтъ.

¹⁾ Рѣшеніе Гр. Касс. Д-та, Сборникъ 1875 г. № 276.—Такъ какъ рѣшеніе это является и по настоящее время руководящимъ, то мы и привели съ такою подробностью его мотивы.—Рѣшеніемъ 1875 г. № 385 признаны неподсудными судебнымъ установленіямъ распоряженія думъ по утвержденію или неутвержденію ими торговъ по сдачѣ городской земли въ оброчное содержаніе.—Рѣш. 1876 г. № 216: неподсудность дѣлъ, имѣющихъ основаніемъ служебныя права должностныхъ лицъ органовъ самоуправления.—1876 г. № 391: неподсудность дѣлъ по всякаго рода сборамъ.—1878 г. № 128: по сборамъ и недоимкамъ.—1881 г. № 10: по сборамъ.—1881 г. № 148: по требованіямъ о жалованіи за городскую службу.—1882 г. № 61: по сборамъ.—1884 г. № 21: о служебныхъ правахъ.

²⁾ Какъ мы видѣли, это Пол. Зем. Учр. вообще не допускало административнаго обжалованія частными лицами распоряженій и дѣйствій земскихъ учреждений. Такимъ образомъ всякая жалоба частнаго лица на вошедшее въ законную силу постановленіе земскаго собранія могла быть принесена только въ судебномъ порядкѣ.—Практически изъ этого противорѣчія выходили такъ: частное лицо, признающее свои права (публичныя) нарушенными дѣйствіями земскихъ учреждений, обращалось съ просьбою къ губернатору, а тотъ, не будучи къ тому обязанъ ни по какому постановленію закона, приходилъ на помощь потерпѣвшему и входилъ на основаніи ст. 118 Пол. Зем. Учр. съ рапортомъ въ Сенатъ объ отмѣнѣ состоявшагося неправильнаго постановленія земства.—Такимъ образомъ возможность обжалованія распоряженія земства ставилась въ зависимость отъ личныхъ отношеній съ губернаторомъ или отъ состоянія его духа. Къ тому же этотъ путь стоялъ въ прямомъ противорѣчій съ приведеннымъ выше указомъ самого же 1-го Д-та Пр. Сената (см. выше, стр. 653 вын. 3), съ указомъ, формальное соотвѣтствіе котораго и буквѣ Пол. Зем. Учр. 1 января 1864 г., и духу хозяйственной теоріи самоуправления стоятъ внѣ всякаго сомнѣнія.—И тотъ фактъ, что 1-му Д-ту Пр. Сената пришлось отказать отъ своей же законной практики, установленной этимъ его указомъ, лучше всего доказываетъ жизненную невозможность хозяйственной теоріи самоуправления.

Такъ разрѣшенный вопросъ о подсудности предрѣшилъ собою и вопросъ объ отвѣтственности.

Дѣйствительно, коль скоро признавалось, что вопросъ о правильности или неправильности административныхъ распоряженій, издаваемыхъ земствами и городами, не можетъ быть предметомъ разсмотрѣнія судебныхъ установленій, то и вопросъ объ убыткахъ, причиненныхъ этими распоряженіями, тоже ускользалъ изъ ихъ вѣдѣнія. Правильность или неправильность административнаго распоряженія устанавливалась административнымъ порядкомъ, на основаніи административныхъ законовъ. Этимъ исключалась возможность примѣненія къ дѣлу статей 684 или 687 Зак. Гражд., а наше административное законодательство объ отвѣтственности казны или самоуправляющихся единицъ ничего не говоритъ. Да и самая постановка вопроса при административномъ его разсмотрѣніи, хотя бы и Сенатомъ въ 1-омъ Д-тѣ, такова, что вопроса объ отвѣтственности не можетъ и возникнуть: дѣло идетъ лишь о правильности или неправильности даннаго распоряженія, объ его отмѣнѣ, а не объ исчисленіи причиненныхъ имъ тому или другому лицу убытковъ. По самому складу своего дѣлопроизводства административныя установленія, въ томъ числѣ и Сенатъ, лишены необходимыхъ средствъ для выясненія вопросовъ, возникающихъ по поводу убытковъ: не могутъ допрашивать свидѣтелей, производить осмотровъ на мѣстѣ, допрашивать экспертовъ и т. п.

Вопросъ о правильности даннаго распоряженія органовъ самоуправления ставился въ Сенатѣ такъ же, какъ и вопросъ о правильности распоряженія любого административнаго установленія. Поэтому вопросъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями органовъ самоуправления по осуществленію ими полномочій административной власти, естественно получалъ то же разрѣшеніе, что и вопросъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями органовъ государства по осуществленію ими полномочій власти, т. е. то разрѣшеніе, что самоуправляющаяся единица, какъ и государство, за нихъ не отвѣчаетъ.

Это положеніе, несомнѣнно вытекающее изъ государственнаго характера органовъ самоуправления и изъ признаннаго практикою принципа неотвѣтственности казны за должностныхъ лицъ, осуществляющихъ полномочія власти, столь же несомнѣнно противорѣчитъ и категорическимъ требованіямъ справедливости, и принципу неприкосновенности правъ обывателей.

Поэтому, пока государственный характеръ органовъ самоуправления не укрѣпился въ правосознаніи Сената въ качествѣ незыблагаго принципа, Гр. Касс. Д-тъ по вопросу объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ колебался и иногда признавалъ эту отвѣтственность въ такихъ дѣлахъ, гдѣ бы онъ никогда отвѣтственности казны не призналъ.

Въ томъ же самомъ 1875 г., къ которому относится приведенное выше ¹⁾ рѣшеніе Сената по вопросу о подсудности самоуправляющихся единицъ, косвенно предопредѣлившее и всю дальнѣйшую практику Кассационнаго Сената по вопросу объ ихъ отвѣтственности,—Гр. Касс. Д-ту пришлось разсматривать слѣдующее дѣло, въ которомъ вопросъ объ отвѣтственности былъ поставленъ въ чистомъ видѣ, независимо отъ вопроса о подсудности.

По распоряженію городской управы въ Твери въ 1872 г. былъ закопанъ городской прудъ, забиравшій воду съ нѣкоторыхъ улицъ, и срытъ валь, защищавшій другія улицы отъ напора воды въ городскомъ пруду. Въ ночь съ 12 на 13 августа 1873 г. вслѣдствіе сильнаго дождя произошло потопленіе Чирьевой улицы, которое объясняли именно уничтоженіемъ этого пруда и вала. Этимъ наводненіемъ жителямъ Чирьевой улицы были причинены убытки, и нѣкто Кижевичъ предъявилъ къ городской управѣ искъ о возмѣщеніи ему понесенныхъ имъ убытковъ.

Сенатъ нашелъ, что „никакое присутственное мѣсто не въ правѣ при распоряженіяхъ своихъ нарушать гражданскія права частныхъ лицъ, и такое право не вытекаетъ для городской управы и изъ ст. 1, 2, 43, 103 и 116 Гор. Пол., которыми хотя и возлагаются на нее, между прочимъ, попеченіе о содержаніи въ исправности и чистотѣ улицъ, площадей и разныхъ общественныхъ мѣстъ, но не разрѣшается ей вовсе принимать къ сему такія мѣры, которыя представлялись бы органиченіемъ или нарушеніемъ правъ собственности городскихъ обывателей. Въ настоящемъ случаѣ, какъ то признано мировымъ съѣздомъ, распоряженіемъ тверской городской управы о срытіи вала, слѣдствіемъ котораго былъ подтопъ Чирьевой улицы, нарушены права собственности обывателей этой улицы... По силѣ же ст. 684 т. X ч. I всякій, причинившій кому либо своимъ дѣяніемъ или упущеніемъ убытки, обязанъ вознаградить за оныя, а по ст. 148 Гор. Пол. частныя лица въ случаѣ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ дѣйствіями городского общественнаго управленія имѣютъ права иска на общемъ основаніи“.

Въ виду этихъ соображеній Сенатъ оставилъ въ силѣ состоявшееся рѣшеніе мирового съѣзда, присудившаго городъ къ уплатѣ убытковъ ²⁾.

Съ теченіемъ времени сознаніе правительственнаго характера органовъ земскаго и городского самоуправления все болѣе и болѣе укрѣплялось въ высшихъ правительственныхъ сферахъ, это сознаніе ложилось въ основу и тѣхъ законодательныхъ мѣръ, которыя такъ или иначе касались городского или земскаго „общественнаго управленія“.

¹⁾ См. выше, стр. 655—656.

²⁾ Рѣш. Гр. Касс. Д-ти 1875 г. № 330.

Изъ всѣхъ этихъ законодательныхъ мѣръ разсматриваемой нами эпохи для насъ, пожалуй, наибольшее значеніе имѣлъ законъ 8 декабря 1881 г., ¹⁾ вошедшій въ ст. 1330¹—1330⁶ Уст. Гр. Суд. дѣйствующаго изд. 1892 г.

Согласно этому закону, особый порядокъ подсудности гражданскихъ исковъ, предъявляемыхъ къ чинамъ административныхъ вѣдомствъ объ убыткахъ, причиненныхъ ихъ неправильными должностными дѣйствіями, распространень и на должностныхъ лицъ, служащихъ по выборамъ въ дворянскихъ, городскихъ (сословныхъ и общественныхъ) и земскихъ учрежденіяхъ.

Мы не знаемъ, что именно послужило ближайшимъ поводомъ къ изданію этого закона. По словамъ „Отчета по Государственному Совѣту за 1881 г.“, ²⁾ отсутствіе въ Уставѣ Гражд. Суд. прямыхъ указаній по вопросу, въ какомъ именно порядкѣ должны разсматриваться иски къ выборнымъ должностнымъ лицамъ органовъ дворянскаго, городского и земскаго самоуправленія, порождало сомнѣнія въ томъ, „подлежать ли подобныя иски разсмотрѣнію въ установленномъ означенными (1316 и сл.) статьями особомъ порядкѣ, или же въ общемъ порядкѣ Уст. Гражд. Суд.“, и „сомнѣнія сіи разрѣшались не только Окружными судами, но и Судебными Палатами весьма различно“.

Мы не представляемъ себѣ, какіе „весьма различныя“ отвѣты на этотъ вопросъ могли давать даже Судебныя Палаты, такъ какъ Пр. Сенатомъ давно, еще до 1881 г. было установлено, что, если къ должностнымъ лицамъ земскаго и городского самоуправления предъявленъ гражданскій искъ по поводу ихъ должностныхъ дѣйствій, то искъ этотъ долженъ разсматриваться въ порядкѣ статей 1316 и сл. Уст. Гражд. Суд. ³⁾.

Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію особой практической нужды въ изданіи этого закона не было, но вмѣстѣ съ тѣмъ изданіе его имѣло существенныя практическія послѣдствія, которыя впрочемъ врядъ ли имѣли въ виду его авторы.

Дѣло въ томъ, что по отношенію къ убыткамъ, причиненнымъ дѣятельностью коронной администраціи, въ практикѣ Сената уже точно и опредѣленно установилась слѣдующая альтернатива: эти убытки могутъ быть взыскиваемы или съ самой казны, если они причинены тѣми или иными дѣйствіями по имущественнымъ сдѣлкамъ казны, или же только съ должностныхъ лицъ въ порядкѣ ст. 1316 и сл. Уст. Гр. Суд., если убытки эти причинены при осуществленіи правъ правительственной власти.

¹⁾ П. С. З. № 557.

²⁾ Стр. 193 и сл.

³⁾ Рѣш. Гр. Касс Д-та 1872 г. № 321.

При всегда имѣвшейся у Сената исполнѣ правильной тенденціи, получавшей отъ закона все новыя и новыя подкрѣпленія, тенденція отождествлять условія отвѣтственности казны и самоуправляющихся единицъ, и при томъ условіи, что казна не несетъ отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда ея должностныя лица могутъ отвѣчать въ порядкѣ ст. 1816 и сл. Уст. Гр. Суд.,—установленіе въ самомъ законѣ, что и должностныя лица органовъ самоуправления въ извѣстныхъ случаяхъ отвѣчаютъ въ порядкѣ тѣхъ же статей, очевидно должно было привести Сенатъ къ тому выводу, что въ тѣхъ же случаяхъ отвѣтственность самоуправляющихся единицъ является невозможною.

И черезъ нѣсколько лѣтъ послѣ приведеннаго рѣшенія Сената по дѣлу Тверской городской управы, которая была признана отвѣтственною за дѣйствія при завѣдываніи улицами и площадями, Гр. Касс. Д-тъ Сената по исполнѣ аналогичному иску къ Симбирской уѣздной земской управѣ, основанному на убыткахъ, причиненныхъ дѣйствіями и упущеніями управы по завѣдыванію путями сообщенія, призналъ земство неотвѣтственнымъ за тѣ же убытки.

Въ этомъ рѣшеніи ¹⁾, сославшись на свое рѣшеніе 1878 г. № 162, въ которомъ установлено, что за убытки, причиненные обывателю, отвѣчаетъ или казна, или должностное лицо, смотря по тому, является ли должностное лицо представителемъ у казны по ея имуществамъ, или органомъ правительственной власти, Сенатъ продолжаетъ: „соображенія сіи исполнѣ примѣнимы и къ земскимъ учрежденіямъ, такъ какъ на нихъ также возложено и управленіе общественными дѣлами, и управленіе имуществами, принадлежащими земству. Поэтому дѣятельность ихъ также имѣетъ двойственный характеръ: или какъ органовъ общественнаго управленія, или какъ защитниковъ интересовъ земства по имуществамъ, которыми оно владѣетъ, и только въ послѣднемъ случаѣ — распоряженія и дѣйствія сихъ учреждений, если ими нарушаются права частныхъ лицъ, могутъ быть предметомъ гражданскаго иска, непосредственно къ земству обращеннаго. Если же дѣйствіями и упущеніями должностныхъ лицъ земскихъ учреждений, когда они являются представителями общественнаго по земству управленія, нанесены вредъ и убытки частнымъ лицамъ, то, согласно общему правилу, что каждый отвѣчаетъ только за свои дѣйствія и упущенія, требованіе о вознагражденіи за причиненные симъ вредъ и убытки можетъ быть предъявлено только тѣмъ должностнымъ лицамъ, которыя нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью виновны въ причиненіи убытка ²⁾, и такое требованіе можетъ быть предъявлено,

¹⁾ Рѣш. Гр. Касс. Д-та 1887 г., № 14.

²⁾ Совсѣмъ иное говорилось въ рѣшеніи 1875 г., № 380, по дѣлу Тверской городской управы: тамъ признано, что и при попеченіи о содержаніи улицъ городъ не можетъ принимать мѣръ, „которыя представлялись бы нарушеніемъ правъ собственности городскихъ обывателей“, и за принятіе такихъ мѣръ

какъ то разъяснено въ рѣшеніи Гр. Касс. Д-та 1872 г. № 321, не иначе, какъ въ порядкѣ, указанномъ въ ст. 1070 Уст. Уг. Суд. и 1316 Уст. Гр. Суд.¹⁾

Это отождествленіе условій отвѣтственности городовъ и земствъ съ условіями отвѣтственности казны получило новую точку опоры въ законѣ съ изданіемъ новаго Пол. Зем. Учр. 12 іюня 1890 г. и новаго Гор. Пол. 11 іюня 1892 г., въ которыхъ правительственный характеръ городскихъ и земскихъ учрежденій получилъ гораздо болѣе ясное²⁾ выраженіе, и въ которыхъ между прочимъ тѣ гражданскія дѣла, гдѣ стороною являются земство или городъ, подчинены общимъ правиламъ, установленнымъ для казенныхъ управленій.

Съ тѣхъ поръ Сенатъ систематически даетъ тотъ же самый отвѣтъ какъ на вопросъ объ отвѣтственности земствъ и городовъ, такъ и на вопросъ объ отвѣтственности казны, и, что еще характернѣе, въ своихъ соображеніяхъ совершенно не различаетъ дѣла того и другого рода, безразлично примѣняя къ казнѣ положенія, установленныя имъ относительно самоуправляющихся единицъ, и обратно.

Такой образъ дѣйствій Сената съ точки зрѣнія теории государственнаго права долженъ быть признанъ безусловно правильнымъ. Можно не сочувствовать тѣмъ принципамъ, которыми Сенатъ руководится при разрѣшеніи вопросовъ объ отвѣтственности казны, можно желать, чтобы эти принципы уступили мѣсто другимъ, болѣе справедливымъ, болѣе цѣлесообразнымъ,—но пока этого не случилось, нельзя возражать противъ того, что отвѣтственность земствъ и городовъ поставлена въ практикѣ Сената въ столь узкія рамки.

Практически же, поскольку дѣйствующее русское право по вопросамъ, не получившимъ законодательной нормировки, создается сенатскою практикою, надо признать, что отвѣтственность земствъ и городовъ по общему правилу подчиняется тѣмъ же самымъ матерьяльнымъ и процессуальнымъ правиламъ, какимъ подчиняется и отвѣтственность казны.

управою или ея членомъ признавъ городъ отвѣтственнымъ по ст. 684 (даже не по ст. 687). Точка зрѣнія, прямо противоположная настоящему рѣшенію.—Замѣтимъ, что настоящее рѣшеніе по дѣлу земства состоялось до введенія въ дѣйствіе Земскаго Пол. 1890 г., т. е. въ такое время, когда по земскимъ дѣламъ единственнымъ средствомъ защиты, предоставленнымъ по закону частнымъ лицамъ противъ дѣйствій земства, былъ гражданскій искъ къ земству.

¹⁾ Замѣтимъ, что настоящее рѣшеніе состоялось уже послѣ цитированнаго нами закона 1881 г. о томъ, что должностныя лица органовъ самоуправления могутъ быть привлекаемы къ гражданской отвѣтственности только въ особомъ должностномъ порядкѣ статей 1330¹—1330⁵ Уст. Гр. Суд.—Сенатъ и въ 1887 г. продолжаетъ видѣть юридическое основаніе „особаго“ порядка отвѣтственности должностныхъ лицъ земства въ своемъ рѣшеніи 1872 г., а не въ законѣ 1881 г.

²⁾ Хотя и неправильное.

Разсмотрѣнная практика Сената разрѣшила вопросъ объ отвѣтственности земствъ и городовъ. Но ими не исчерпываются существующія у насъ самоуправляющіяся единицы: къ нимъ надо отнести сельскія общества, волости, сословныя городскія общества, дворянскія общества, совѣты присяжныхъ повѣренныхъ и т. п.

Всѣ эти самоуправляющіяся единицы располагаются на двѣ рѣзко отличающіяся другъ отъ друга категоріи: на самоуправляющіяся единицы дореформеннаго типа (городскія и дворянскія сословныя общества, а также и сельскія и волостныя общества) и на единицы пореформенныя: какъ напр. сословіе присяжныхъ повѣренныхъ.

Вопросъ о подсудности ихъ и объ отвѣтственности разрѣшился на практикѣ одинаковымъ образомъ, но на разныхъ основаніяхъ. Старыя самоуправляющіяся единицы, по существу своему повинностныя общества, представляли нѣчто такое, между чѣмъ и казною въ нашемъ дореформенномъ строѣ лежала цѣлая пропасть. И еслибы кто либо задалъ себѣ вопросъ, къ чему слѣдуетъ приравнивать эти „общества“, къ казнѣ ли, или къ частнымъ лицамъ (никакой третьей категоріи ни въ правосознаніи того времени, ни въ законодательствѣ не существовало), то неустранимо долженъ былъ придти къ отвѣту, что эти общества могутъ быть по своему положенію приравнены только къ частнымъ лицамъ. Такъ оно на дѣлѣ и было, и никто противъ этого не спорилъ. Сохраненіе и впредь такого положенія вещей признавали естественнымъ и авторы Судебныхъ Уставовъ¹⁾.

Какъ мы видѣли, государственный характеръ земства и реформированныхъ городовъ сказывался на столько рѣзко, что сенатская практика, а затѣмъ и законъ приравниали ихъ къ государству. Что же касается остальныхъ старыхъ „обществъ“, то для установленія государственнаго характера ихъ прямыхъ основаній не было: традиціи же прежней практики говорили въ пользу того, что эти общества должны трактоваться, какъ частныя общества и въ смыслѣ подсудности, и въ смыслѣ отвѣтственности.

Что же касается самоуправляющихся нетерриториальныхъ союзовъ новаго образованія, то они всѣ имѣютъ на столько мало выраженную публично-правовую природу, что даже еслибы вопросъ объ ихъ отвѣтственности и подсудности и могъ возникнуть на практикѣ (какъ намъ кажется, вопроса о подсудности и отвѣтственности совѣта присяжныхъ повѣренныхъ округа какой либо палаты до сихъ поръ не возникало, по крайней мѣрѣ въ сенатской практикѣ), то онъ могъ бы получить разрѣшеніе только въ смыслѣ общей гражданской отвѣтственности и подсудности. Развѣ еслибы вообще вопросъ о подсудности и отвѣтственности всякаго рода самоуправляющихся единицъ получилъ общее разрѣшеніе, то послѣдовательности ради можно было

¹⁾ См. выше, стр. 654.

бы надѣяться и на то, что и на совѣты присяжныхъ повѣренныхъ распространится та подсудность, которая требуется ихъ юридической природой органовъ власти ¹⁾).

§ 2. Ответственность избравшихъ общество за растраты.

Согласно ст. 360 Ул. о Нак. изд. 1885 г., „когда виновные въ присвоеніи, въ употребленіи на свои надобности или же въ иной растратѣ ввѣренныхъ имъ по должности денежныхъ суммъ или другого имущества не въ состояніи сами уплатить упдающее на нихъ за сіе взыскаііе, то оное обращается на имѣвшихъ за ними надзоръ и изблнченныхъ въ упущеніяхъ по оному, или же на избравшія ихъ общества ²⁾).

Статья эта, устанавливавшая отвѣтственность самоуправляющихся единицъ въ такихъ дѣлахъ, гдѣ въ то время, къ которому относится эта статья, объ отвѣтственности казны не могло быть и рѣчи, устанавливала эту отвѣтственность въ довольно широкой мѣрѣ: „общество“ могло отвѣчать за человѣка, присвоившаго себѣ ввѣренный ему по службѣ деньги или виновнаго въ иной растратѣ ихъ. Последнее выраженіе безъ особаго насилія надъ его буквальнымъ смысломъ легко могло быть истолковано нашею практикою такимъ образомъ, что „общества“ отвѣчаютъ за всякую несохранность суммъ, ввѣренныхъ его „избранникамъ“ ³⁾.

¹⁾ Но при этомъ надо помнить, что выигрышъ въ послѣдовательности примѣненія тѣхъ или другихъ началъ права знаменовалъ бы малый выигрышъ правоохраны: все таки нельзя забывать, что въ дѣйствующемъ правѣ вопросъ объ отвѣтственности казны получаетъ пока такое разрѣшеніе, что особенно желать распространенія его на новыя категоріи дѣлъ не приходится.

²⁾ Въ Улож. о Нак. Угол. и Испр. 1845 (ст. 389), въ Ул. о Нак. изд. 1857 г. (ст. 402) и въ изд. 1866 г. (ст. 360) рассматриваемая статья была редактирована нѣсколько иначе: послѣ словъ „не въ состояніи сами уплатить упдающее на нихъ за сіе взыскаііе“ стояли слова: „и оное, на основаніи ст. 64 сего Уложенія, не можетъ быть обращено на тѣхъ, которые завѣдомо способствовали имъ въ семъ присвоеніи или растратѣ“.—Слова эти были исключены, согласно Выс. утв. 25 ноября 1885 г. мнѣнію Гос. Совѣта. (Собр. Узак. 1885 г. ст. 992, I).

³⁾ Замѣтимъ, что по той постановкѣ, которую ст. 360-ая даетъ отвѣтственности общества, отвѣтственности этой не можетъ вовсе наступить, коль скоро виновникъ въ растратѣ бѣжалъ и не розыканъ, а на практикѣ это довольно частый случай. По смыслу ст. 360 для отвѣтственности общества надо, чтобы самъ виновникъ оказался не въ состояніи уплатить падающаго на него взыскаііа, поэтому предварительно обращенія требованія къ обществу надо обратить его къ виновнику, и когда онъ окажется несостоятельнымъ (фактически, формальнаго объявленія несостоятельнымъ не требуется,—рѣш. Гр. Касс. Д-та 1890 г. № 84), къ обществу. — Отсутствующаго отвѣтчика согл. ст. 295 Уст. Гр. Суд. можно вызвать черезъ публикацію, и въ случаѣ его неявки можно добиться заочнаго рѣшенія и опубликовать его по ст. 726, 728 и 738 Уст. Гр. Суд.—Но на основаніи этой публикаціи рѣшеніе еще не можетъ войти въ законную силу

Между тѣмъ статья эта, несомнѣнно имѣвшая въ виду установить для отвѣтственности избравшихъ обществъ во всякомъ случаѣ болѣе тяжелыя условія отвѣтственности, чѣмъ для казны, никакой отвѣтственности не несшей, на дѣлѣ обратилась въ источникъ какой то своеобразной привилегіи самоуправляющихся единицъ.

Сенатъ, въ рѣшеніи Гр. Касс. Д-та 1901 г. № 56 ¹⁾ признавшій казну отвѣтственной въ силу ст. 684 Зак. Гр. за сохранность денегъ, внесенныхъ въ казначейство депозитомъ и выданныхъ оттуда по подложной ассигновкѣ, черезъ нѣсколько мѣсяцевъ послѣ того ²⁾, въ Общемъ Собр. I и Касс-ныхъ Д-товъ, по дѣлу, возникшему въ Угол. Касс. Д-тѣ, призналъ, что вообще отвѣтственность за вредъ и убытки, причиненные чѣмъ либо преступленіемъ, лежитъ всегда на самомъ виновникѣ. „Если затѣмъ участіе въ вознагражденіи за вредъ и убытки другихъ, къ преступленію непрічастныхъ лицъ, и допускается закономъ, то лишь въ видѣ исключенія и только въ случаяхъ, точно въ законѣ указанныхъ (рѣш. Уг. Касс. Д-та 1870 г. № 309). Однимъ изъ такихъ отступленій отъ общаго порядка представляется постановленіе ст. 360 Ул. о Нак... Будучи такимъ образомъ закономъ исключительнымъ, 360 ст. Ул. о Нак. не допускаетъ по общему смыслу законовъ распространительнаго толкованія и должна быть примѣняема, согласно буквальному ея смыслу, только при осужденіи должностныхъ лицъ за присвоеніе или растрату ввѣреннаго имъ по службѣ имущества. Употребленные же въ ст. 360 Ул. о Нак. юридическіе термины: присвоеніе и растрата имѣютъ вполнѣ опредѣленное значеніе, соответствующее: первое—понятію самовольнаго и умышленнаго обращенія въ свою собственность ввѣреннаго имущества, а второе—понятію самовольнаго и умышленнаго издержанія или отчужденія такого имущества (рѣш. Уг. Касс. Д-та 1868 г. № 156, 1872 г. № 1243, 1893 г. № 13 и др.). Вслѣдствіе сего не можетъ подлежать сомнѣнію, что дѣйствіе ст. 360 Ул. о Нак. не можетъ распространяться на тотъ случай, когда должностное лицо окажется виновнымъ лишь въ небрежномъ охраненіи ввѣреннаго имущества, т. е. въ самостоятельномъ проступкѣ, не имѣющемъ ничего общаго съ присвоеніемъ или растратою“ ³⁾.

(рѣш. Гр. Касс. Д-та 1883 г. № 61 и 1895 г. № 70), пока отвѣтчику не будетъ вручена повѣстка. А такъ какъ бѣжавшему и не отысканному виновнику ея не вручить, то въ такомъ случаѣ никогда не наступитъ того момента, когда можно будетъ обратиться съ требованіемъ къ обществу.

¹⁾ Опредѣленіе 10 мая 1900 г.—См. выше, стр. 351.

²⁾ 27 ноября 1900 г.

³⁾ Рѣш. Общ. Собр. I и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената 1901 г., № 16.— Рѣшеніе это, состоявшееся по дѣлу сельскаго общества, по мотивамъ своимъ примѣнимо къ любой самоуправляющейся единицѣ, подводимой подъ категорію избирающихъ обществъ.

Такимъ образомъ, изъ того не подлежащаго спору факта, что ст. 360 Ул. о Нак., по сколько она говоритъ объ отвѣтственности „избравшихъ обществъ“, есть законъ исключительный, Сенату пришлось сдѣлать выводъ, прямо противоположный тому, какой несомнѣнно имѣлся въ виду авторами этой статьи, и поставить отвѣтственность самоуправляющихся единицъ сравнительно съ отвѣтственностью казны въ обратное отношеніе: теперь отвѣтственность казны оказалась шире отвѣтственности самоуправляющихся единицъ.

При извѣстномъ уровнѣ правосознанія и при извѣстномъ развитіи правового чувства, при томъ уровнѣ ихъ, какой существовалъ въ Россіи въ серединѣ XIX вѣка, ст. 360 Ул. о Нак. по ея практическому значенію въ системѣ дѣйствующаго права имѣла значеніе основанія къ усиленной отвѣтственности избравшихъ обществъ, къ отвѣтственности ихъ въ такихъ случаяхъ, когда казна не отвѣчала бы, — а въ настоящее время, при ни въ чемъ не измѣнившемся законодательствѣ статья эта получила характеръ привилегіи „избравшихъ обществъ“: въ то время, какъ казна отвѣчаетъ за всякую несохранность имущества, ввѣреннаго ея органамъ, избравшія общества отвѣчаютъ только за ту несохранность, которая имѣетъ своею причиною растрату или присвоеніе, въ строго ограничительномъ, техническомъ смыслѣ этихъ юридическихъ терминовъ ¹⁾).

Эволюція смысла и значенія статьи, не измѣнившей своей редакціи, и при томъ безъ законодательныхъ измѣненій сопредѣльныхъ ей нормъ, во всякомъ случаѣ крайне любопытная.

По отношенію къ отвѣтственности за растраты ст. 360 Ул. о Нак. создаетъ для „обществъ“, по сравненію съ казною, еще и другую льготу.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствующее право признаетъ отвѣтственность казны, или въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтственность самоуправляющихся единицъ имѣетъ своимъ основаніемъ не ст. 360 Ул. о Нак., для закона и Сената безразлично, какъ именно было назначено на должность то лицо, которое своими дѣйствіями причинило убытки: если это должностное лицо казенной администраціи, — было ли оно назначено самимъ Государемъ, губернаторомъ или уѣзднымъ казначеемъ; если это должностное лицо самоуправляющейся единицы — то было ли оно выбрано на должность (членъ управы), или же было

¹⁾ На сколько объ этомъ можно судить по тезису, извлеченному Г. Г. Савичемъ изъ указа 1-го Касс. Д-та Пр. Сената отъ 7 марта 1877 г. № 2418 (см. Сборникъ законовъ объ устройствѣ крестьянъ и поселянъ внутреннихъ губерній Россіи. 1903 г. стр. 43), I Д-тъ въ то время повидимому признавалъ, что въ силу ст. 360 Ул. о Нак. сельскія общества вообще несутъ отвѣтственность за избранныхъ ими должностныхъ лицъ, и при этомъ не входилъ въ тотъ тонкій анализъ этой статьи, который данъ въ приведенномъ выше рѣшеніи Общ. Собр. I и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената.

назначено должностнымъ лицомъ выборной службы (канцелярскій чиновникъ управы).

Различія этого не проводить, на сколько намъ извѣстно, и ни одно изъ западныхъ законодательствъ.

Статья 360 Ул. о Наказ. говоритъ объ отвѣтственности „избравшихъ обществъ“. Это выраженіе исключаетъ возможность примѣненія этой статьи и устанавливаемой ею отвѣтственности обществъ ко всѣмъ тѣмъ убыткамъ, которые причинены должностными лицами не выборной службы, а назначенными въ должность.

Въ практикѣ Сената вопроса объ отвѣтственности обществъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ, повидимому, не возникало. Но на сколько намъ извѣстно, Государственному Совѣту при разсмотрѣніи дѣлъ о пополненіи должностныхъ растратъ приходилось останавливаться на этомъ вопросѣ, и Государственный Совѣтъ соглашался принимать эти растраты на счетъ казны только въ виду того, что по его мнѣнію, по закону, на подлежащемъ обществѣ не лежало обязанности пополнить эту растрату ¹⁾.

Такое положеніе, быть можетъ, весьма удобно съ точки зрѣнія интересовъ отдѣльныхъ самоуправляющихся единицъ, но конечно представляется крайне несправедливымъ по отношенію къ тѣмъ обывателямъ, которымъ по закону приходится ввѣрять свои деньги такого рода должностнымъ лицамъ.

Затѣмъ, само собою разумѣется, что въ пользу такого изъятія для должностныхъ лицъ, назначенныхъ въ должность лицами выборной службы, нѣтъ никакого ни логическаго, ни юридическаго основанія: почему за всѣми другими чиновниками должна стоять платежеспособная казна или самоуправляющаяся единица, къ которой можно было бы обратиться съ требованіемъ о возмѣщеніи растраченнаго, а за этими чиновниками нѣтъ? Это правило могло бы быть оправдано лишь въ томъ случаѣ, еслибы обыватели по желанію своему могли вручать или не вручать свои деньги такимъ должностнымъ лицамъ, еслибы судебному приставу при мировомъ съѣздѣ можно было и не отдавать взыскиваемыхъ имъ денегъ по исполнительному листу. Но врядъ ли отвѣтчику можно предоставить такое право. А если обыватели при случаѣ обязаны вносить свои деньги судебному приставу при мировомъ съѣздѣ, какъ подлежащему органу власти, то они должны быть обезпечены отъ возможности исчезновенія этихъ денегъ въ рукахъ этого органа.

Въ пользу того, чтобы самоуправляющіяся единицы вовсе не несли отвѣтственности за чиновниковъ, назначенныхъ такими должностными

¹⁾ Это соображеніе легло въ основу Выс. утв. 20 апрѣля 1892 г. и 15 ноября 1893 г. мнѣнія Гос. Совѣта о покрытіи растраты на сумму 18374 р. 7 коп., произведенной судебнымъ приставомъ Спб. Столичнаго Мироваго Съѣзда, Дѣтскимъ.

лицами, которыя сами избраны „обществом“, въ тѣхъ случаяхъ, когда это общество отвѣчало бы за своихъ избранниковъ, нельзя привести сколько нибудь убѣдительнаго довода.

Установленная закономъ отвѣтственность избравшаго общества покоится на презумируемой закономъ *culpa in eligendo*; въ силу этой презумируемой вины общество отвѣчаетъ за вину своего избранника. Но если растрата, совершенная чиновникомъ, создаетъ презумпцію вины избравшаго его, то въ случаѣ совершенія растраты чиновникомъ, назначеннымъ общественнымъ избранникомъ, на этомъ послѣднемъ тоже должна лежать презумируемая закономъ вина, та самая, которая въ первомъ случаѣ лежала на обществѣ. Но если этотъ избранникъ такимъ образомъ провинился, то отвѣтственность за его вину, состоящую хотя бы и не въ растратѣ, а лишь въ неправильномъ назначеніи, должна опять таки падать на общество.

Но если оставить область недоказуемыхъ презумпцій и ничего не доказывающихъ фикцій, то все таки надо признать, что самоуправляющаяся единица или должна отвѣчать, или не должна отвѣчать за дѣйствія даннаго чиновника въ зависимости единственно отъ того, ея ли это чиновникъ, у нея ли онъ состоитъ на службѣ, ея ли органомъ онъ является.

Какъ мы уже видѣли, отвѣтственность за того или другого чиновника должна обуславливаться тѣмъ, на комъ лежитъ руководство его дѣятельностью.

Истинная децентрализація даннаго дѣла возможна только при томъ условіи, чтобы государственное казначейство перестало нести денежную отвѣтственность за тѣхъ чиновниковъ, которые это дѣло вѣдаютъ. Съ другой стороны, не маловажнымъ стимуломъ для болѣе активнаго отношенія къ той или другой отрасли управленія со стороны центральныхъ органовъ данной самоуправляющейся единицы, со стороны тѣхъ ея органовъ, которые являются ея представителями, какъ единаго цѣлаго, и которые должны чувствовать ея потребности и нужды опять таки, какъ единаго цѣлаго, является именно возложеніе на эту единицу матерьяльной отвѣтственности за ходъ этой отрасли управленія. Порядокъ назначенія того чиновника, которому поручено непосредственное вѣдѣніе этой отрасли управленія, есть вопросъ цѣлесообразности, вопросъ пракческаго удобства, и для отвѣтственности самоуправляющейся единицы не можетъ имѣть никакого значенія. Выборы должностныхъ лицъ, какъ мы уже видѣли, являются средствомъ, съ одной стороны, порвать фактическую связь даннаго должностнаго лица съ органами коронной администраціи, а съ другой,— фактически установить извѣстную нравственную связь этого должностнаго лица съ данною мѣстностью. Назначеніе должностнаго лица органами самоуправленія (а не выборами) достигаетъ той же цѣли порыванія связи съ коронною администраціею, точно такъ же это долж-

ностное лицо знает, что состоит на службѣ не у казны, а у данной самоуправляющейся единицы. Вопросъ, какъ именно замѣщается данная должность, по выборамъ ли, или по назначенію выборными же лицами, есть вопросъ чисто техническаго удобства: какъ мы видѣли, выборы есть самый лучший способъ обезпечить и независимость органовъ самоуправленія, и связь ихъ съ данною мѣстностью. Но не каждого служащаго можетъ избирать земское собраніе ¹⁾.

Напр. въ томъ же нашемъ земствѣ такая масса служащихъ (включая сюда и каменобойцевъ на земскихъ шоссе), что еслибы избирательное земское собраніе всѣхъ ихъ избирало, то ему приходилось бы годами не расходиться и все производить выборы. Къ тому же, даже еслибы такіе выборы и производились, фактически они были бы совершенно бесполезны: земскіе избиратели въ цѣломъ не имѣютъ никакой возможности судить о качествахъ и служебныхъ достоинствахъ всей массы лицъ, привлекаемыхъ на службу въ управу. Избирательное собраніе можетъ сознательно отнестись къ выбору гласныхъ; въ уѣздѣ всегда найдется нѣсколько лицъ, относительно которыхъ собраніе въ цѣломъ способно составить себѣ то или другое мнѣніе, но никакого самостоятельнаго и сколько нибудь обоснованнаго мнѣнія рабочихъ и нравственныхъ качествахъ всѣхъ вообще лицъ, состоящихъ на службѣ у земства, собраніе фактически составить себѣ не можетъ: оно дѣйствовало бы здѣсь съ чужого голоса, прикрывало бы собою отвѣтственность того, кто на дѣлѣ вербовалъ бы составъ этихъ служащихъ. Наконецъ, выборъ всѣхъ этихъ мелкихъ служащихъ, какихъ либо каменобойцевъ, не такое дѣло, которое представлялось бы въ глазахъ избирательнаго собранія дѣломъ на столько серьезнымъ, чтобы на него стоило тратить время и портить себѣ нервы и отношенія завѣшиваніемъ качествъ кандидатовъ, предлагаемыхъ тѣмъ или другимъ членомъ собранія.

Вотъ тѣ соображенія, которыя заставляютъ по отношенію къ нѣкоторымъ служащимъ органовъ самоуправленія замѣнять выборы назначеніемъ другими органами той же самоуправляющейся единицы.

¹⁾ Замѣтимъ, что еслибы дѣйствительно можно было видѣть основаніе отвѣтственности избравшихъ обществъ именно въ избраніи, въ *culpa in eligendo*, то наши земства и города, вопреки правильной постановкѣ самоуправленія, вообще никогда не могли бы быть признаны отвѣтственными: всѣ ихъ должностныя лица или утверждаются въ должности правительствомъ (члены управъ, предсѣдатели земскихъ управъ, городскіе головы), или же назначаются лицами утвержденными. Относительно первой категоріи роль избирателей ограничивается въ сущности рекомендаціей кандидатовъ. Инвестируемые получаютъ отъ администраціи, а не отъ самоуправляющейся единицы. Да и самыя выборы въ виду предстоящаго утвержденія въ значительной степени оказываются связанными: очень часто избираютъ не тѣхъ, кто наиболѣе самъ по себѣ желателенъ, а тѣхъ, кто наименѣе скверенъ изъ могущихъ быть утвержденными.

Тотъ или другой способъ замѣщенія должностей не приводитъ къ разному по существу своему отношенію между самоуправляющеюся единицею и ея служащимъ. Поэтому нѣтъ никакого юридическаго основанія для установленія различія въ отвѣтственности самоуправляющейся единицы за служащихъ того и другого рода ¹⁾.

Иное дѣло, еслибы вопросъ шелъ объ отвѣтственности членовъ избирательной коллегіи. Тутъ конечно можно было бы установить извѣстное различіе въ отвѣтственности этихъ членовъ въ зависимости отъ того, провинился ли непосредственный избранникъ коллегіи, или лицо, назначенное тѣмъ, кто самъ былъ назначенъ такимъ избранникомъ. Но какъ земское избирательное собраніе есть только органъ самоуправляющейся единицы, такъ и предсѣдатель управы есть тоже органъ ея. И если эта единица должна отвѣчать за лицо, избранное собраніемъ, какъ ея органомъ, то она должна отвѣчать и за лицо, избранное или назначенное предсѣдателемъ управы, какъ ея же органомъ.

Уже упоминавшійся нами проектъ Министерства Юстиціи объ имущественной отвѣтственности за должностныя растраты ²⁾, по разсматриваемому нами вопросу заключалъ слѣдующее постановленіе:

„Когда виновные въ присвоеніи или растратѣ ввѣренныхъ имъ по должности денежныхъ суммъ или другого имущества не въ состояніи сами заплатить упاداющее на нихъ за сіе взысканіе, то оно обращается на имѣвшихъ за ними надзоръ и изобличенныхъ въ упущеніи по оному, а въ случаѣ неизобличенія или несостоятельности послѣдняго—на казну, если виновные занимали должности по опредѣленію отъ правительства, или на подлежащія общества или земство, если виновные занимали должности по выбору или были назначены къ должностямъ лицами, избранными обществами или земствами“.

Такимъ образомъ, разсматриваемое постановленіе этого проекта по отношенію къ затрагиваемому имъ частному случаю отвѣтствен-

¹⁾ Взглядъ этотъ вполне раздѣляется и авторомъ наиболѣе обстоятельнаго изслѣдованія вопроса объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ, Мишу. 1897. стр. 67.

Онъ считаетъ совершенно безразличнымъ для вопроса объ отвѣтственности общинъ (онъ все свое изложеніе ведетъ примѣнительно къ общинѣ—типической самоуправляющейся единицѣ) тотъ порядокъ, въ которомъ былъ назначенъ данный ея органъ, и допускаетъ отвѣтственность общины даже и за такіе ея органы, которые назначаются центральнымъ правительствомъ. Что же касается такихъ органовъ общины, которые служатъ не по выборамъ, а назначаются меромъ, то, на сколько можно судить по словамъ Мишу и по приводимымъ имъ примѣрамъ (назв. статья, стр. 69, вын. 2), отвѣтственность общинъ за нихъ во французской судебной практикѣ никогда сомнѣній и не возбуждала.

²⁾ См. выше, стр. 358—360.

ности устанавливаетъ правильный принципъ ¹⁾ по вопросу объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ за такихъ должностныхъ лицъ, которыя служатъ по найму или назначены на должность какимъ либо избранномъ органомъ этой единицы.

Но эта мысль проекта получила въ немъ весьма неполное и неточное выраженіе: за лицо назначенное общество отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, если это лицо назначено лицомъ, избранномъ обществомъ или земствомъ. Такимъ образомъ отвѣтственность земства или общества возможна только вплоть до акта назначенія: за назначеннаго лицомъ назначеннымъ, а не выборнымъ, общество по точному смыслу проекта не отвѣчаетъ. Между тѣмъ вполне возможны случаи, что въ томъ же земствѣ лицо выборное, предсѣдатель управы, назначаетъ напр. казначея, а тотъ нанимаетъ сторожа или какого либо служителя. Служитель, пользуясь своимъ правомъ входа въ присутственное мѣсто крадетъ деньги, или присваиваетъ ихъ себѣ, перенося ихъ по порученію казначея къ какому либо члену управы. По существу дѣла нѣтъ основанія для сложенія съ земства отвѣтственности, и вопросъ, назначенъ ли этотъ служитель членомъ управы или казначеемъ ея, совершенно безразличенъ.

Проектъ все еще не можетъ отрѣшиться отъ принципа избранія, какъ основанія отвѣтственности, и не можетъ перейти къ принципу службы: отвѣчаетъ тотъ, на чьей службѣ, по выборамъ или по назначенію (лицомъ выборнымъ или въ свою очередь назначеннымъ), состояло данное должностное лицо. Было оно на службѣ у государства,—отвѣчаетъ казна, у земства,—отвѣчаетъ земство, у сельскаго общества,—отвѣчаетъ оно.

Проектъ Гражданскаго Уложенія, въ ст. 1074 книги V устанавливающей отвѣтственность казны за сохранность имущества, принятаго на храненіе или во временное завѣдываніе правительственными мѣстами или должностными лицами, ничего объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ не говоритъ.

¹⁾ Въ этомъ проектѣ не можетъ не остановить на себѣ вниманія противоположеніе „обществъ“ и „земства“. Какъ мы видѣли выше, въ главѣ объ отвѣтственности за сохранность депозитовъ, въ нашихъ высшихъ государственныхъ установленіяхъ никогда не возникало сомнѣній по вопросу о возможности и необходимости примѣненія и къ земству (и къ городу) постановленій ст. 360 Ул. о Нак., говорящей объ отвѣтственности избравшихъ „обществъ“. Подъ это понятіе подводились всѣ самоуправляющіяся единицы. Настоящій проектъ почему то выдѣляетъ земства. Почему земство выдѣлено, въ особенности при томъ условіи, что города не выдѣлены—мы совершенно не въ состояніи себѣ объяснить. Во всякомъ случаѣ утвержденіе проекта въ его настоящемъ видѣ вызвало бы цѣлый рядъ сомнѣній и вопросовъ, которыхъ теперь и предвидѣть всѣхъ нельзя: къ земству въ настоящее время примѣняется рядъ статей закона, говорящихъ объ обществахъ: въ случаѣ утвержденія этого проекта возникнетъ сомнѣніе относительно правильности такого толкованія этихъ статей.

Пробѣль существенный и необъяснимый, по крайней мѣрѣ нигдѣ не объясненный.

Изложенный очеркъ исторіи толкованія и примѣненія ст. 360 Ул. о Нак. Государственнымъ Совѣтомъ и Кассационнымъ Сенатомъ не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что въ ихъ глазахъ статья эта носить характеръ самостоятельнаго юридическаго основанія отвѣтственности „обществъ“, при чемъ статьею этою устанавливаются условія и предѣлы этой отвѣтственности.

Въ этомъ опять таки надо видѣть весьма существенную (и съ практической, и съ принципиальной точки зрѣнія) эволюцію отвѣтственности „избравшихъ обществъ“.

Какъ мы видѣли, первоначально отвѣтственность эта не нуждалась въ глазахъ Сената въ томъ, чтобы она была установлена специальнымъ закономъ, и общества признавались отвѣтственными и до того, какъ въ законахъ появилась статья, соотвѣтствующая нынѣшней ст. 360 Ул. о Нак.

Отвѣтственность избравшихъ обществъ по дореформенному нашему правосознанію непосредственно вытекала изъ того, что исполненіе той или другой функціи возлагалось на самое общество, какъ на извѣстную тяглую единицу. Къ этимъ обществамъ не примѣнялся тотъ принципъ, который выработался на казнѣ, а именно, что за убытки, причиненные при осуществленіи публично-правовыхъ функцій, отвѣчаетъ только само виновное должностное лицо, и что безъ особаго постановленія закона отвѣтственность эта не можетъ быть переносима на казну. Публично-правовой характеръ дѣятельности „обществъ“ какъ то не замѣчался или не признавался.

При своемъ появленіи ст. 360 Ул. о Нак. (ст. 389 Улож. о Нак. Уголовныхъ и Исправит.) была, такъ сказать, юридическимъ плеоназмомъ, она говорила то, что и безъ того было ясно; предѣлы отвѣтственности избравшихъ обществъ врядъ ли могли точно ограничиваться постановленіями этой статьи, которая по духу законодательства того времени несомнѣнно требовала распространительнаго толкованія.

Нынѣ Сенатъ не допускаетъ распространительнаго толкованія этой статьи и настаиваетъ на примѣненіи ея по точному ея смыслу, какъ постановленія, устанавливающаго такое основаніе отвѣтственности, которое идетъ въ разрѣзъ съ общимъ духомъ законодательства, по общему правилу не знающаго отвѣтственности за чужую вину.

Но такой взглядъ на ст. 360 Ул. о Нак. не раздѣляется, или по крайней мѣрѣ недавно еще не раздѣлялся нашею административною и судебно-административною практикою.

31 мая 1878 г. по Общ. Собр. Первыхъ Трехъ Д-товъ и Д-та Герольдіи Пр. Сената состоялся слѣдующій указъ: Сенатъ, разрѣшая дѣло относительно возмѣщенія казнѣ убытковъ, происшедшихъ вслѣдствіе утраты казначеємъ одной городской управы казенныхъ денегъ,

въ томъ числѣ торговыхъ пошлинъ, призналъ, что „общественное учрежденіе, взимающее государственные налоги и пошлины, должно быть разсматриваемо, въ отношеніи сбора казенныхъ суммъ, какъ спеціальная касса или какъ спеціальнѣйшій сборщикъ государственныхъ доходовъ, что за цѣлость и своевременность поступления взыскиваемыхъ городскимъ учрежденіемъ государственныхъ доходовъ отвѣтствуетъ вся городская казна, и что казенная палата, усмотрѣвъ непоступленіе въ срокъ слѣдующихъ въ казну суммъ, имѣетъ не только право, но и обязанность потребовать отъ подлежащаго учрежденія немедленнаго взноса сихъ суммъ, при чемъ растрата оныхъ и признаніе виновныхъ въ растратѣ несостоятельными къ уплатѣ убытковъ не могутъ служить для сказаннаго учрежденія основаніемъ къ неисполненію подобнаго требованія казенной палаты“¹⁾.

Министерство Финансовъ, ссылаясь на ст. 360 Ул. о Нак., циркулярно сообщило этотъ указъ Казеннымъ Палатамъ для руководства.

Циркуляръ этотъ, повидимому не отмѣненный и по настоящее время, и сенатскій указъ, положенный въ его основу, какъ намъ кажется, должны считаться утратившими силу и уже не соответствующими точному смыслу толкуемаго ими закона.

Указъ Сената стоитъ на старой архаической точкѣ зрѣнія, разсматривающей все „общественное учрежденіе, взимающее государственные налоги и пошлины“, какъ „спеціальную кассу или спеціальнаго сборщика государственныхъ доходовъ“, и на этомъ основаніи признаетъ, что „за цѣлость и своевременное поступленіе взимаемыхъ городскимъ учрежденіемъ государственныхъ доходовъ отвѣтствуетъ вся городская казна“.

Такая точка зрѣнія была бы допустима въ то время, когда, согласно духу дѣйствовавшаго законодательства, круговая порука каждаго общества презумировалась закономъ, когда ст. 360 Улож. о Нак. могла считаться частнымъ выраженіемъ этого общаго принципа. Тогда дѣйствительно можно было говорить о томъ, что „за цѣлость и своевременное поступленіе взыскиваемыхъ городскимъ учрежденіемъ государственныхъ доходовъ отвѣтствуетъ вся городская касса“. Теперь, когда круговая порука не только не презумируется тамъ, гдѣ она не была установлена никакимъ закономъ, но отмѣнена и тамъ, гдѣ была прямо установлена, городская касса не можетъ отвѣчать передъ казною ни за своевременное поступленіе государственныхъ налоговъ отъ плательщиковъ, ни, за исключеніемъ точно указанныхъ въ законѣ

¹⁾ Циркуляръ Министерства Финансовъ по Д-ту Торговли и Мануфактуръ отъ 23 октября 1881 г. № 7973; этотъ циркуляръ напечатанъ въ составленномъ Н. А. Дмитриевымъ „Сборникѣ циркуляровъ Министерства Финансовъ Казеннымъ Палатамъ и Казначействамъ за 1865—1894 г.г.“ СПб. 1895 г., стр. 781, № 874.

случаевъ, за сохранность ихъ въ рукахъ городскихъ сборщиковъ. И эти исключительные случаи точно указаны въ ст. 360 Ул. о Нак.

Старое Общее Сената Собрание упустило изъ вида, что смыслъ этой статьи, при неизмѣнившейся ея редакціи, измѣнился на обратный тому, который она первоначально имѣла: изъ статьи, по частному случаю резюмирующей общій духъ законодательства, она мало по малу обратилась въ статью, идущую въ разрѣзъ съ этимъ общимъ духомъ, въ статью, устанавливающую изъятіе, и потому не допускающую распространительнаго толкованія.

Сенатъ говорить, „что казенная палата, усмотрѣвъ непоступленіе въ срокъ слѣдующихъ въ казну суммъ, имѣетъ не только право, но и обязанность потребовать отъ подлежащаго учрежденія немедленнаго вноса сихъ суммъ, при чемъ растрата оныхъ и непризнание виновныхъ несостоятельными къ уплатѣ убытковъ не могутъ служить для сказаннаго учрежденія основаніемъ къ неисполненію подобнаго требованія казенной палаты“.

Разсужденіе невѣрно: городская касса должна пополнить недопоступившее въ казну не немедленно, но лишь по установленіи, во первыхъ, того, что деньги были растрочены или присвоены, во вторыхъ, того, что это было совершено должностнымъ лицомъ выборной службы, а не служащимъ въ управѣ по назначенію, и въ третьихъ, того, что ни сами непосредственные виновники этого преступленія, ни имѣвшіе надъ ними надзоръ и при томъ изобличенные въ упущеніи по оному, не въ состояніи пополнить растраты изъ своихъ средствъ.

Кромѣ разсмотрѣннаго нами случая отвѣтственности избравшихъ обществъ по ст. 360 Ул. о Нак., въ дѣйствующихъ законахъ отвѣтственность обществъ устанавливается также въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

Такъ напр. ст. 180 Пол. Взыск. Гражд. ¹⁾ устанавливаетъ отвѣтственность избравшихъ обществъ за цѣновщиковъ. Статьи 174—176 этого Положенія устанавливають довольно сложныя правила по вопросу объ отвѣтственности цѣновщиковъ, оцѣнивавшихъ недвижимыя имѣнія для пріема въ залогъ по казеннымъ ссудамъ, по подрядамъ и поставкамъ и при (несуществующей уже) оцѣнкѣ для обезпеченія казенныхъ и частныхъ исковъ ²⁾.

¹⁾ Св. Зак. т. XVI, ч. 2, изд. 1892 г. — Ср. Уст. Акц. Сбор. Св. Зак. т. V, изд. 1901 г. Ст. 339, прил. 1, ст. 10, пп. 18 и 20.

²⁾ До нѣкоторой степени спорнымъ является вопросъ объ отвѣтственности цѣновщиковъ, а слѣдовательно и избравшихъ ихъ обществъ, въ случаѣ, если дешевле ихъ оцѣнки будетъ продано движимое имущество, принятое казною въ залогъ. Такіе случаи нынѣ возможны, ибо въ настоящее время нѣкоторыми отдѣльными законами (напр. закономъ о расрочкѣ акциза по нефтянымъ продуктамъ) казнѣ разрѣшено принимать въ залогъ движимыя вещи, напр. мореходныя суда. Какъ намъ кажется, правила ст. 176 Пол. Взыск. Гражд. (въ осо-

По закону цѣновщики несутъ отвѣтственность въ той суммѣ, которая при продажѣ была недоставлена сравнительно съ данною ими оцѣнкою. „Въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ имущества цѣновщиковъ не достанетъ на пополненіе казенныхъ взыскацій, судомъ за неправильную оцѣнку опредѣленныхъ, все недостающее разлагается на общества, которыя ихъ выбирали“.

Во всякомъ случаѣ, согласно буквальному смыслу этой статьи, отвѣтственность общества за цѣновщиковъ даже и въ то время, когда оцѣнка могла производиться и въ обезпеченіе частныхъ исковъ, была возможна только передъ казною, но не передъ частными лицами.

Такимъ образомъ, и здѣсь отвѣтственность избравшихъ обществъ была основана не на какомъ либо общемъ юридическомъ принципѣ, вытекала не изъ существа юридическихъ отношеній между цѣновщикомъ, тѣмъ, для кого онъ производилъ оцѣнку, и тѣмъ, кто его избиралъ, но обуславливалась единственно стремленіемъ нашего дореформеннаго законодательства хотъ съ кого нибудь сорвать тѣ деньги, которыя казна приготовилась было получить.

Наконецъ, въ дѣйствующемъ Сводѣ имѣется постановленіе, съ рѣдкою настойчивостью въ немъ трижды повторенное, но тѣмъ не менѣе, на сколько намъ извѣстно, на практикѣ не примѣняющееся, и по нашему мнѣнію юридически и непримѣнимое: этимъ постановленіемъ устанавливается отвѣтственность обществъ за выдачу паспортовъ лицамъ, которыя не въ состояніи прокормить себя собственными трудами ¹⁾.

бенности въ виду отождествленія условій отвѣтственности за оцѣнку залоговую и за оцѣнку въ обезпеченіе исковъ) объ отвѣтственности за оцѣнку движимыхъ имуществъ въ обезпеченіе исковъ должны быть примѣняемы и къ случаямъ залоговыхъ оцѣнокъ движимостей; статья 174, говорящая объ отвѣтственности цѣновщиковъ при залоговыхъ оцѣнкахъ, потому ограничивается случаями неправильныхъ оцѣнокъ недвижимыхъ имуществъ, что въ то время, къ которому относится эта статья (25 іюня 1832 г. II. С. З. № 5464), въ казну принимались въ залогъ только недвижимыя имущества, и потому тогда въ этой статьѣ не было нужды въ упоминаніи объ залоговыхъ оцѣнкахъ движимостей. Теперь же, при признаваемомъ самимъ же закономъ (ст. 175 Пол. Взыск. Гражд.) тождествѣ условій отвѣтственности оцѣнщиковъ, производящихъ залоговую оцѣнку недвижимыхъ имуществъ или же оцѣнку ихъ въ обезпеченіе исковъ, нѣтъ основанія не отождествлять и условій отвѣтственности цѣновщиковъ, производящихъ залоговую оцѣнку какъ движимостей, такъ и недвижимостей.

¹⁾ Уст. Прес. и Пред. Прест. т. XIV изд. 1890 г. ст. 168: „Общества, отпустившія по паспортамъ или свидѣтельствамъ такихъ людей, которые не въ силахъ снискивать себѣ пропитаніе трудами, подвергаются взысканію на основаніи ст. 985 Ул. о Нак. (изд. 1885 г.), и сверхъ того съ нихъ возмѣщаются издержки, употребленныя на содержаніе сихъ нищихъ въ богоугодныхъ заведеніяхъ“.

Уст. Пасп. и Бѣгл. ст. 113. „Общества, отпустившія по паспортамъ, сви-

Статья эта сохранилась съ того времени, когда паспорта выдавались по приговорамъ общества. Нынѣ они выдаются должностными лицами общества, и такимъ образомъ эта статья устанавливаетъ денежную отвѣтственность общества передъ казною за неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ.

Отвѣтственность эта, какъ то видно изъ мѣста, занимаемаго этою статьею въ системѣ Свѣда, носить карательный уголовный характеръ ¹⁾.

Помимо того курьеза, что такимъ образомъ статьею этою устанавливается уголовное наказаніе для юридическаго лица, статья эта не менѣе курьезна и тѣмъ, что не существуетъ власти, которая могла бы ее примѣнить и наложить установленное ею наказаніе: администрація, за исключеніемъ точно указанныхъ въ законѣ случаевъ ни на кого уголовныхъ наказаній не налагаетъ (а подъ эти случаи разсматриваемая статья не подходитъ); судомъ статья эта тоже примѣнена быть не можетъ, такъ какъ Уст. Уг. Суд. не предусматриваетъ возможности привлеченія на скамью подсудимыхъ юридическихъ лицъ.

§ 3. Отвѣтственность общества по порученнымъ ему дѣламъ государственнаго управленія.

Какъ мы указывали выше, отвѣтственность за тѣ дѣйствія органовъ самоуправленія, которыя носятъ характеръ „препорученныхъ дѣлъ“, должна падать на государство, а не на самоуправляющуюся единицу.

До самаго послѣдняго времени идея эта была совершенно чужда русскому законодательству.

дѣтельствамъ или какимъ либо актамъ для прокормленія себя работою такихъ людей, которые по старости, дряхлости, очевидному изнуренію отъ болѣзни или калѣчеству не въ силахъ исправлять работы и снискивать себѣ пропитаніе трудами, подвергаются взысканію на основаніи ст. 985 Ул. о Нак. (изд. 1885 г.)⁴.

Улож. о Нак. изд. 1885 г. ст. 985: „Общества, отпустившія по паспортамъ, свидѣтельствамъ или другимъ какимъ либо актамъ для прокормленія себя работою такихъ людей, которые по старости, дряхлости, очевидному изнуренію отъ болѣзни или калѣчеству не въ силахъ исправлять работы и снискивать себѣ пропитаніе трудами, если они, по возвращеніи имъ сихъ людей, отпускаютъ ихъ вторично съ такими же паспортами и свидѣтельствами, и если сіи люди опять будутъ пойманы въ испрашиваніи милостыни, подвергаются за сіе: денежному взысканію не свыше пяти рублей за каждаго человѣка“.

Въ отдѣлахъ VI и VII Выс. утв. 3 января 1894 г. мѣвнія Гос. Совѣта объ утвержденіи Положенія о Видахъ на Жительство ст. 113 Устава о Паспортахъ и Бѣглыхъ не показана ни исключенной, ни отмѣненной.

¹⁾ Статья эта входила въ Улож. о Нак. Угол. и Исправит. 1845 г.; ст. 1224.

Въ виду того эмбріональнаго состоянія, въ которомъ у насъ находится вопросъ объ отвѣтственности казны, конечно нечего и думать, чтобы по этимъ „препорученнымъ дѣламъ“ была установлена прямая отвѣтственность казны. Можно только желать, чтобы по этимъ дѣламъ не отвѣчала самоуправляющаяся единица, ибо ея отвѣтственность въ такихъ случаяхъ была бы явною несправедливостью.

Однако, 6 мая 1896 г. состоялся законъ, дополнившій цитированную нами выше ¹⁾ ст. 360 Ул. о Нак. слѣдующимъ постановленіемъ:

„Сельскія общества не подлежатъ денежной отвѣтственности за избранныхъ ими должностныхъ лицъ, когда предметомъ присвоенія или растраты было имущество, ввѣренное виновнымъ по особо возложеннымъ на нихъ обязанностямъ производства почтовыхъ операций, продажи гербовыхъ марокъ, вексельной и гербовой бумаги и вообще по дѣламъ, не входящимъ въ кругъ вѣдомства крестьянскаго общественнаго управленія“.

По этимъ операциямъ растрата, произведенная должностными лицами, не можетъ затрагивать интересовъ частныхъ лицъ: отвѣтственность должностныхъ лицъ крестьянскаго общественнаго управленія мыслима только передъ казною. Приведеннымъ закономъ казна сложила съ избравшихъ общество эту отвѣтственность за ихъ должностныхъ лицъ и тѣмъ приняла убытки на свой счетъ.

Перечень тѣхъ дѣлъ, по которымъ сельское общество не несетъ отвѣтственности, очевидно носить примѣрный характеръ, и принципъ, положенный въ основу демаркаціонной линіи между отвѣтственностью казны и сельскаго общества, намѣченъ въ текстѣ самого закона вполне вѣрно и точно: рѣшающее значеніе имѣетъ то, входитъ или не входитъ данное дѣло въ кругъ вѣдомства крестьянскаго общественнаго управленія ²⁾.

¹⁾ См. стр. 663.

²⁾ Замѣтимъ, что мотивы этого закона, по скольку они отразились въ „Отчетѣ по дѣлопроизводству Государственнаго Совѣта за сессію 1895—1896 гг.“ (стр. 488), исходятъ изъ какой то цѣли, оставшейся намъ совершенно непонятною точки зрѣнія. По словамъ этого отчета, Министръ Внутреннихъ Дѣлъ такъ мотивировалъ установленіе этого изъятія изъ ст. 360 Ул. о Нак.: „Въ настоящее время на волостныя правленія нѣкоторыхъ мѣстностей возложена продажа гербовыхъ марокъ и низшихъ разрядовъ гербовой и вексельной бумаги, а также производство почтовыхъ операций. Эта обязанность не входитъ непосредственно въ кругъ вѣдѣнія названныхъ учреждений, какъ установленій общественныхъ, и исполняется ими исключительно только въ видахъ предоставленія удобствъ мѣстному населенію. При такихъ условіяхъ обязывать сельскія общества нести отвѣтственность въ указанномъ отношеніи за дѣйствія волостныхъ правленій было бы несправедливо“.

Казалось бы, что если должностныя лица, избранныя мѣстнымъ населеніемъ, производятъ тѣ или другія операции исключительно въ видахъ доста-

Однако, законъ этотъ носить характеръ совершенно спеціальный: онъ относится къ сельскому общественному управленію. Для земскаго, городского и дворянскаго самоуправленія такого раздѣленія „собственныхъ“ и „препорученныхъ“ дѣлъ вывести изъ дѣйствующаго русскаго права, какъ намъ кажется, нельзя.

А что наше законодательство нуждается въ томъ, чтобы его дополнили этимъ для него новымъ принципомъ противоположенія собственныхъ и препорученныхъ дѣлъ самоуправленія, въ этомъ, какъ намъ кажется, сомнѣнія быть не можетъ.

Въ нашемъ дореформенномъ правѣ подобнаго различія собственныхъ дѣлъ даннаго „общества“ и дѣлъ, ему государствомъ препорученныхъ, не могло развиться, ибо самое существо дореформеннаго общества, имѣвшаго тѣ или другія выборныя должности, сводилось къ исполненію тѣхъ или другихъ государственныхъ повинностей и тяготъ. Ради того, чтобы общество могло исполнить свою службу передъ государствомъ, ему давалась та или другая выборная организація, право самообложенія, чаще право разверстки государственныхъ повинностей.

Установленіе какихъ либо облегченныхъ условій отвѣтственности для препорученныхъ дѣлъ шло бы прямо наперекоръ самому существу, цѣли и задачамъ дореформеннаго податнаго общества, только для этихъ препорученныхъ дѣлъ и созданнаго.

Если различіе этихъ двухъ категорій дѣлъ и существовало, то только въ томъ смыслѣ, что нѣкоторые вопросы были такъ или иначе регулированы закономъ, другіе вовсе оставлены имъ безъ вниманія.

Различіе дѣлъ препорученныхъ и собственныхъ могло образоваться и получить реальный смыслъ только послѣ появленія сельскаго не крѣпостнаго, а затѣмъ земскаго и городского самоуправления. Это единства, имѣющія свои интересы, интересы, которые по вполнѣ понятной метафорѣ могутъ быть признаны собственными, не государственными интересами. На ряду съ ними на городъ, на земство, въ особенности на волость навалена куча такой работы, которая никакого отношенія къ интересамъ собственно данной единицы не имѣетъ, которая исполняется ею только для цѣлаго и его интересовъ.

влениа удобствъ тому же мѣстному населенію, то на него же, а никакъ не на совершенно постороннюю дѣлу казну, должны падать убытки, которые при этихъ операціяхъ могутъ быть произведены должностными растратами. Если эти убытки и могутъ пасть на казну, то только потому, что данныя операціи производятся за ея счетъ, что казна извлекаетъ изъ нихъ матерьяльныя выгоды, что это операціи по доставленію дохода казнѣ, а не по удовлетворенію удобствъ мѣстнаго населенія.

Принципъ, проведенный въ этомъ законѣ, по нашему убѣжденію долженъ получить дальнѣйшую разработку въ нашемъ законодательствѣ, но конечно принципъ, выраженный въ самомъ законѣ, а не въ его мотивахъ.

Тутъ противоположеніе этихъ двухъ круговъ дѣль получаетъ свой смыслъ и несомнѣнно должно быть установлено ¹⁾.

Но если дѣйствующее и дѣйствовавшее русское право не установило различія дѣль собственныхъ для той или другой самоуправляющейся единицы и дѣль, ей лишь препорученныхъ, то за то прежнее наше право довольно ясно различало въ числѣ должностей, замѣщавшихся по выбору тѣхъ или другихъ обществъ, должности „по внутреннему управленію общества“, и должности „по общему государственному управленію“ ²⁾.

Въ этомъ отношеніи за послѣдніе 50 лѣтъ происходитъ непрестанная постепенная порча нашего свода Законовъ.

Старому Своду изданія 1857 г. было ясно противоположеніе должностей по внутреннему управленію сословій и должностей по общему государственному управленію, замѣщаемыхъ по выбору отъ сословій ³⁾.

Въ 1876 г. при переизданіи свода, когда изъ III тома вся его Книга II вовсе была исключена, и соотвѣтствующія ей постановленія были внесены въ IX томъ свода, постановленія, касавшіяся должно-

¹⁾ Различіе это между прочимъ должно быть установлено и для того чтобы можно было сколько нибудь правильно поставить и вопросъ о правительственномъ надзорѣ за органами самоуправления: только въ томъ случаѣ, если изъ круга ихъ вѣдомства будутъ выдѣлены дѣла, по отношенію къ которымъ правительство оставитъ за собою право ближайшаго надзора, можно будетъ разсчитывать на то, что по остальнымъ дѣламъ свобода дѣйствій самоуправляющихся единицъ будетъ существенно расширена.

²⁾ Точки зрѣнія, положенныя въ основу какъ того, такъ и другого различія, другъ съ другомъ не совпадаютъ и даже другъ друга не замѣняютъ: дѣла, препорученныя данной самоуправляющейся единицѣ, оставаясь дѣлами государственнаго управленія, вѣдаются тѣми же самыми органами, что и собственные ея дѣла. Участіе въ общемъ государственномъ управленіи по смыслу нашего законодательства выражается въ избраніи самоуправляющимся обществомъ другихъ должностныхъ лицъ, чѣмъ тѣ, которыя вѣдаютъ его дѣла. Несомнѣнно, что даже и въ томъ случаѣ, еслибы прежнее различіе внутреннихъ дѣль общества и общаго государственнаго управленія и получило дальнѣйшую разработку и дальнѣйшее развитіе, то это все таки не устранило бы для нашего права необходимости проведенія также различія дѣль собственныхъ и препорученныхъ въ компетенціи тѣхъ органовъ самоуправления, которые вѣдаютъ дѣла по внутреннему управленію даннаго общества.

³⁾ Ср. Св. Зак. 1857 г., томъ III. Книга II, Уставъ о Службѣ по Выборамъ. ст. 2, п. 1 должности „по внутреннему управленію дворянскихъ обществъ“, п. II по общему судебному управленію“, п. III „по общему полицейскому управленію“. (Ср. ст. 9 и 10). Ст. 303 „Должности, по выбору всего общества замѣщаемыя суть: 1. по внутреннему управленію городского общества... 2. по судебному управленію... 3. по полицейскому управленію...“ Ст. 329 „Должности, замѣщаемыя по выбору не всего городского общества, а нѣкоторыхъ сословій онаго въ особенности, принадлежать или: 1) къ общему порядку государственнаго управленія, или 2) къ внутреннему управленію самихъ тѣхъ сословій“.

стей, замѣщаемыхъ по выбору отъ дворянства, и устанавливавшія въ нихъ различіе должностей по внутреннему управленію сословія и должностей по общему судебному и полицейскому управленію, исчезли вовсе ¹⁾.

Для городскихъ выборовъ Сводъ 1876 г. сохранилъ различіе должностей по внутреннему управленію сословія и по общему государственному управленію ²⁾, при чемъ не только упоминалъ объ этомъ различіи, но и указывалъ, какія именно должности относятся какъ къ тому, такъ и къ другому роду.

Наконецъ, томъ IX изданія 1899 г., вѣрный своему стремленію замѣнять опредѣленныя постановленія безсодержательными общими или глухими ссылками, замѣнилъ всѣ эти статьи изданія 1876 г. статьею, редактированную слѣдующимъ образомъ: „Сверхъ должностей по общественному управленію, обществамъ городскимъ и сословнымъ предоставляется замѣщать по выбору должности, принадлежащія къ общему порядку государственнаго управленія, на основаніи правилъ, изложенныхъ въ Уставахъ Торговомъ, Путей Сообщенія, Ученыхъ Учрежденій и Учебныхъ Заведеній и другихъ положеніяхъ, уставахъ и узаконеніяхъ“ ³⁾.

Если на основаніи старыхъ изданій Свода еще можно было бы построить то или иное различіе должности общественной и должности по общему государственному управленію, замѣщаемой по выбору какого либо общества, то по дѣйствующему изданію Свода съ его ссылкой на какіе то „другіе“ уставы и узаконенія, это уже невысказано.

Такимъ образомъ, сколь это ни жалко, но различіе между дѣлами „по внутреннему управленію общества“ и по участію выборныхъ обществомъ лицъ въ „общемъ государственномъ управленіи“ постепенно вывѣтривается. А различіе это могло бы служить основаніемъ для цѣлаго ряда весьма содержательныхъ юридическихъ выводовъ, и такъ какъ различіе это не произвольное, не случайное, а соответствующее дѣйствительному различію въ самомъ существѣ дѣла, то тѣ выводы, для которыхъ оно могло бы служить основаніемъ, должны были бы отличаться несомнѣнною жизненностью.

Возьмемъ напр. сиротскій судъ. Онъ состоитъ изъ городского головы (или особо избраннаго думою предсѣдателя) и изъ членовъ по

¹⁾ Врядъ ли это можно было признать вполне правильнымъ: конечно, тѣ должности по общему судебному и полицейскому управленію, которыя нѣкогда замѣщались по выбору отъ дворянства, къ 1876 г. такимъ образомъ уже не замѣщались, но остались (хотя и не имѣющія существеннаго практическаго значенія) должности смотрителя страннопріимнаго дома гр. Шереметева въ Москвѣ, почетные попечители гимназій и нѣк. другія должности, явно не относящіяся къ внутреннему управленію дѣлами сословія. Поэтому для полнаго исключенія изъ Свода этого различія для дворянскихъ выборовъ основанія не было.

²⁾ Томъ IX ст. 587, 592—594.

³⁾ Ст. 585.

выбору сословій купеческаго, ремесленнаго и мѣщанскаго ¹⁾). Можно думать, что это есть органъ сословнаго городского самоуправленія: выборные члены вѣдаютъ дѣла, касающіяся лицъ ихъ же сословія. Но это было бы совершенно обманчивымъ выводомъ: сиротскіе суды вѣдаютъ опекунскія дѣла личныхъ дворянъ, потомственныхъ почетныхъ гражданъ, разночинцевъ, которые въ выборѣ членовъ сиротскаго суда не участвуютъ. Сиротскій судъ по отношенію къ нимъ является учрежденіемъ чуждымъ. Тутъ выборнымъ однихъ сословій поручается вѣдѣніе дѣлъ, касающихся другихъ сословій. Да и опекунскія дѣла купцовъ, мѣщанъ и цеховыхъ не являются, по скольку дѣло касается сиротскаго суда, дѣлами своего „общества“. Купцы даннаго города, его цеховые и мѣщане составляютъ общества, обладающія чѣмъ то вродѣ самоуправленія. Но сиротскій судъ не является органомъ, вѣдающимъ дѣла членовъ именно тѣхъ обществъ, которыя участвовали въ выборѣ членовъ даннаго суда: мѣщанинъ можетъ быть приписанъ къ одному городу, а умереть въ другомъ, оставивъ тамъ движимое имущество, и оно будетъ вѣдаться сиротскимъ судомъ мѣста смерти, а не тѣмъ, въ выборѣ членовъ котораго онъ могъ бы принимать участіе.

Такимъ образомъ сиротскій судъ не можетъ быть признанъ органомъ сословнаго самоуправления: это есть учрежденіе, вѣдающее дѣла извѣстныхъ сословій, при чемъ члены его избираются лишь нѣкоторыми изъ этихъ сословій.

Такой же характеръ носить и дворянская опека: она вѣдаетъ дѣла не только общества, которое избирало ея членовъ, но и всѣхъ вообще дворянъ, оставившихъ недвижимость или движимость въ данномъ уѣздѣ, дворянъ, принадлежащихъ къ какому либо другому дворянскому обществу, или даже вовсе ни къ какому не принадлежащихъ.

Если такимъ образомъ эти опекунскія установленія не могутъ считаться органами самоуправления даннаго избравшаго ихъ общества, то ихъ можно признать учрежденіями общей администраціи или суда, вѣдающими дѣла лицъ опредѣленныхъ сословій, при чемъ члены этихъ учрежденій избираются тѣмъ или другимъ сословнымъ обществомъ. Это сохранившіяся Екатерининскія учрежденія: съ выборнымъ составомъ, но съ положеніемъ коронныхъ чиновниковъ. И какъ земскій исправникъ, избравшійся дворянствомъ, былъ по своему положенію органомъ не дворянскаго самоуправления, а общей (уѣздной) полиціи, хотя бы въ данномъ дѣлѣ къ нему обратился за помощью дворянинъ, такъ и современныя сословныя опекунскія учрежденія сословны только по одному тому, что имѣютъ выборный составъ; по содержанію же своего круга вѣдомства это учрежденія, не могуція быть рассмат-

¹⁾ Общ. Учр. Губ. ст. 1181.

риваемыми, какъ органы самоуправленія опредѣленнаго сословнаго общества.

Представимъ себѣ растрату денегъ, совершенную какимъ либо выборнымъ членомъ такого опекунскаго установленія.

На комъ должна лежать, отвѣтственность за это должностное лицо, на избравшемъ ли его обществѣ, или на казнѣ? Съ точки зрѣнія развитого нами выше понятія самоуправления и вытекающихъ изъ него условій отвѣтственности самоуправляющихся единицъ, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что та самоуправляющаяся единица, которая избирала даннаго проворовавшагося чиновника, не при чемъ: этотъ чиновникъ не ея дѣло дѣлалъ, не для нея самой онъ былъ ею избранъ. Этотъ чиновникъ исполнялъ обязанности въ порядкѣ обще-государственнаго управленія; началами обще-государственнаго управленія должна опредѣляться и отвѣтственность за него.

Возможность растраты въ данномъ учрежденіи всегда зависитъ отъ общей постановки дѣла въ немъ: есть такія условія, въ которыхъ и завязтому мошеннику ничего не удастся украсть; при другихъ условіяхъ постановки дѣла пользованіе казенными деньгами можетъ войти въ столь укоренившуюся привычку, что нужна огромная сила воли не только для того, чтобы самому не подпасть искушенію, но и для того, чтобы перенести враждебное отношеніе сослуживцевъ, которымъ честный человѣкъ въ ихъ средѣ невыносимъ.

Предположимъ, что въ данномъ сиротскомъ судѣ проворовался членъ его по выбору отъ мѣщанъ, охраняя наслѣдство личнаго дворянина. Имѣется ли основаніе, не по закону, а по существу дѣла, для взысканія этой растраты съ мѣщанскаго общества? Въ сиротскомъ судѣ, кромѣ одного члена отъ мѣщанскаго общества, было нѣсколько членовъ отъ купеческаго и ремесленнаго обществъ. Мѣщанское общество съ поконъ вѣку было совершенно безсильно такъ или иначе вліять на постановку дѣла въ судѣ. Возлагать на это общество отвѣтственность за общій ходъ дѣла было бы совершенно несправедливо. Кромѣ того, положеніе въ судѣ члена отъ мѣщанскаго общества могло быть таково, что уважающій себя мѣщанинъ туда и не пошелъ бы. Поэтому и винить общество за выборъ не вполнѣ безупречнаго человѣка тоже нельзя.

Статья 360 Ул. о Нак. стоитъ на обратной точкѣ зрѣнія: для этой статьи существененъ только фактъ выборности даннаго должностнаго лица для того, чтобы за него отвѣчало избравшее общество.

Согласно изложенной нами выше точкѣ зрѣнія на отвѣтственность самоуправляющихся единицъ, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что за тѣхъ должностныхъ лицъ, которыя относятся къ общему порядку государственнаго управленія, по существу дѣла должна была бы отвѣчать казна, хотя бы эти должностныя лица и были избраны какимъ либо обществомъ.

Вопросъ, признается ли это положеніе дѣйствующимъ законодательствомъ, былъ не такъ давно поставленъ на разрѣшеніе Общаго Собр. I-го и Касс-ныхъ Д-товъ Пр. Сената ¹⁾. Обстоятельства дѣла, по которому вопросъ этотъ возникъ, сводились къ слѣдующему: членъ сиротскаго суда растратилъ охранявшееся имъ наслѣдство, былъ осужденъ за растрату и признанъ несостоятельнымъ къ возмѣщенію ея. Потерпѣвшій предъявилъ казнѣ, въ лицѣ сиротскаго суда, искъ о возвращеніи растраченнаго.

Общее Собраніе нашло, что по существу дѣла предстоить разрѣшить вопросъ, „на комъ лежитъ обязанность вознаградить потерпѣвшее лицо въ случаѣ растраты должностными лицами сиротскаго суда принадлежащаго потерпѣвшему имуществу, находившагося въ судѣ, какъ опекуномъ учрежденіи“. Затѣмъ Сенатъ нашелъ: „имѣя въ виду, что городскіе сиротскіе суды, по силѣ статей 1181 — 1185 т. II, Общ. Учр. Губ., принадлежать къ учрежденіямъ не правительственнымъ въ спеціальномъ смыслѣ сего термина, а общественнымъ, и что входящіе въ составъ тѣхъ судовъ гильдейскіе старосты назначаются въ эту должность не по опредѣленію отъ правительства, а по избранію купеческаго общества (ст. 587 и п. I ст. 593 т. IX), нельзя не придти къ тому выводу, что этотъ послѣдній вопросъ подлежитъ разрѣшенію силою и буквальнымъ смысломъ 360 ст. Ул. о Нак.“. Затѣмъ Сенатъ остановился на томъ, что этотъ выводъ не противорѣчитъ рѣшенію Общ. Собр. I и Касс-ныхъ Д-товъ 1892 г. № 52, такъ какъ тамъ казна была признана отвѣтственною, когда растрата была произведена должностнымъ лицомъ, опредѣленнымъ въ должность правительствомъ ²⁾. За него казна отвѣчаетъ, по ст. 687 Зак. Гражд., какъ господа и вѣрители за слугъ своихъ и повѣренныхъ. „Но такого основанія возлагать на казну же отвѣтственность за растраченное нѣтъ, когда виновными въ растратѣ оказываются лица выборныя. Возложеніе на казну отвѣтственности и за этихъ послѣднихъ находилось бы въ прямомъ противорѣчій какъ съ буквальнымъ содержаніемъ совершенно точнаго на сей предметъ опредѣленія ст. 360 Ул. о Нак. (а слѣдовательно и ст. 9 и 12 Уст. Гр. и Уг. Судопр.), такъ и съ ея разумомъ. Въ семъ послѣднемъ отношеніи нельзя не принять въ соображеніе, что хотя выборныя должностныя лица исполняютъ возложенныя на нихъ обязанности, а слѣдовательно и хранятъ ввѣряемое имъ имущество въ силу полномочій, предоставленныхъ избравшимъ ихъ обществамъ государственною властью, но имущественная отвѣтственность за ихъ преступныя дѣйствія должна лежать не на казнѣ, а на означенныхъ обществахъ, такъ какъ государственная власть, предоставляя обществамъ право замѣщать нѣкоторыя должности по сво-

¹⁾ 1898 г. № 10.

²⁾ См. выше, стр. 351—353.

ему избранію, въ то же самое время и тѣмъ самымъ возложила на тѣ общества и отвѣтственность за избранныхъ ими лицъ“.

Тотъ окончательный выводъ, къ которому по этому дѣлу пришелъ Сенатъ, а именно, что отвѣтственность должна падать на общество, избравшее проворовавшагося члена сиротскаго суда, а не на казну, опирается на столь категорическое и ясное постановленіе ст. 360 Ул. о Нак., что ничего возразить противъ этого вывода нельзя. Пока ст. 360 дѣйствуетъ въ современномъ своемъ видѣ, разсматриваемый вопросъ объ отвѣтственности именно за растрату не можетъ получить никакого другого законнаго разрѣшенія.

Но Сенатъ не только сослался на ст. 360 Ул. о Нак. и прикрылся категоричнымъ ея постановленіемъ, онъ высказалъ еще рядъ соображеній, имѣющихъ повидимому цѣлью такъ или иначе оправдать это постановленіе, доказать его справедливость и юридическую обоснованность, при чемъ эти соображенія Сената, еслибы они могли быть признаны правильными, служили бы основаніемъ для отвѣтственности избравшаго общества и въ другихъ случаяхъ, кромѣ растраты.

Но правильными всѣ эти соображенія Сената признаны быть не могутъ.

Прежде всего неправильно признаніе сиротскаго суда учрежденіемъ не правительственнымъ, а общественнымъ. Въ обоснованіе своихъ словъ Сенатъ ссылается на ст. 1181—1185 Общ. Учр. Губ. Но тамъ ничего по этому вопросу не говорится. Настоящее дѣло возникло и разрѣшалось при дѣйствіи Законовъ о Состояніяхъ изданія 1876 г. Въ этомъ изданіи, какъ мы уже указывали выше, точно указано, какія должности, замѣщаемыя по выбору отдѣльныхъ сословій, относятся къ внутреннему ихъ управленію (ст. 593), и какія—къ общему порядку государственнаго управленія (ст. 594). Хотя въ этой послѣдней статьѣ сиротскіе суды прямо и не упомянуты, но въ примѣчаніи 2 именно къ этой статьѣ указанъ порядокъ замѣщенія должностей въ сиротскихъ судахъ. Такимъ образомъ, по Своду 1876 г. сиротскіе суды отнесены были къ учрежденіямъ не внутренняго управленія сословій, а къ общему государственному управленію. По смѣшанному составу этихъ судовъ, члены которыхъ избираются нѣсколькими сословіями, и по самому характеру ихъ дѣятельности, не носящей, какъ мы уже указывали выше, строго сословнаго характера, такое отнесеніе сиротскихъ судовъ не къ учрежденіямъ внутренняго управленія сословій представляется вполне правильнымъ ¹⁾.

¹⁾ Это отнесеніе сиротскихъ судовъ къ учрежденіямъ и ихъ членовъ къ должностямъ по общему государственному управленію не есть лишь результатъ кодификаціоннаго усмотрѣнія: какъ видно изъ Выс. утв. 18 ноября 1873 г. мѣстнаго Гос. Совѣта (Собр. Узак. 1873 г. ст. № 1300), получило Высочайшую санкцію помѣщеніе статьи о сиротскихъ судахъ именно въ томъ мѣстѣ Свода, которое говорило объ учрежденіяхъ по городскому судебному управленію (Св. Зак.

Такимъ образомъ, утвержденіе Сената, что сиротскіе суды являются учрежденіемъ общественнымъ, представляется не только вполнѣ произвольнымъ, но и противорѣчащимъ закону.

Столь же неправильно и то утвержденіе Сената, что должностныя лица сиротскаго суда хранятъ то или другое имущество „въ силу полномочій, предоставленныхъ избравшимъ ихъ обществамъ государственною властью“. Въ этомъ надо видѣть совершенно произвольное утвержденіе, въ корень искажающее существо должностного положенія членовъ сиротскихъ судовъ и вообще всѣхъ лицъ, избранныхъ тѣмъ или другимъ обществомъ и исполняющихъ обязанности по общему государственному управленію.

Право охранять капиталы малолѣтнихъ предоставлено только сиротскому суду (и другимъ опекунскимъ установленіямъ), но никакъ не тѣмъ обществамъ, которыя избираютъ должностныхъ лицъ суда. Закона, предоставляющаго подобныя полномочія самимъ обществамъ, нѣтъ, и видѣть въ выборахъ перенесеніе обществомъ на отдѣльныхъ лицъ тѣхъ полномочій, которыя предоставлены государственною властью самому обществу, нѣтъ ни малѣйшаго основанія. Повидимому, Сенату хотѣлось обратить должностныхъ лицъ сиротскаго суда въ органы избравшаго ихъ общества, въ слугъ и повѣренныхъ этого общества, за нихъ по общимъ началамъ права и отвѣчающаго. Но такой пріемъ Сенату тутъ не удался.

Наконецъ, неправильно и послѣднее соображеніе Сената: „государственная власть, предоставляя обществамъ право замѣщать нѣкоторыя должности по своему избранію, въ то же время и тѣмъ самымъ возложила на тѣ общества и отвѣтственность за избранныхъ ими лицъ“. Откуда взялъ это Сенатъ? Такого законодательнаго акта, которымъ было бы установлено что либо подобное, на сколько намъ извѣстно, не существуетъ. И помимо того, что это утвержденіе Сената является вполнѣ голословнымъ и произвольнымъ, оно неправильно и по существу своему: отвѣтственность избравшихъ обществъ имѣетъ своимъ основаніемъ не то, что правительство предоставило имъ или избраннымъ ими должностнымъ лицамъ тѣ или другія полномочія, а только статью 360 Ул. о Нак. — Еслибы это послѣднее положеніе Сената было правильнымъ, то всякія самоуправляющіяся единицы и общества несли бы во всѣхъ случаяхъ отвѣтственность за своихъ должностныхъ лицъ, и теорія Сената, признающаго, что самоуправляющіяся единицы, кромѣ случая растраты, отвѣчаютъ за своихъ должностныхъ лицъ только въ томъ случаѣ, когда они являются представителями данной единицы по имуществамъ, а не органами власти, не имѣла бы никакого права на существованіе. Но Сенатъ ни по Общему Со-

1857 г., томъ II, часть I, ст. 4509 — 4565), а по ст. 303 Св. Зак. того же 1857 г., тома III, ч. 2, учрежденія по судебному управленію прямо противопоставляются учрежденіямъ по внутреннему управленію сословій.

брацію, ни по Д-тамъ и послѣ разсматриваемаго рѣшенія 1898 г. № 10 отъ этой теоріи не отказался.

Такимъ образомъ, приходится признать попытки Сената такъ или иначе оправдать постановленіе ст. 360 Ул. о Нак. въ примѣненіи къ тѣмъ дѣламъ, которыя не могутъ разсматриваться, какъ дѣла по внутреннему управленію общества, совершенно неудавшимися ¹⁾.

Попытки эти надо признать неправильными и по существу: статья эта въ примѣненіи къ разсматриваемому роду дѣлъ ничѣмъ и не можетъ быть оправдана: она относится по духу своему къ той эпохѣ, съ которою надо поскорѣе разстаться; она исходитъ или изъ идеи презумируемой *culpa in eligendo*, или же изъ еще менѣе допустимой идеи круговой поруки тяглаго общества.

Со статьею 360 Ул. о Нак. надо покончить: законодательство должно разстаться съ выраженнымъ въ ней принципомъ, или, по крайней мѣрѣ, дѣйствіе этой статьи должно быть устранено въ двоякаго рода дѣлахъ: во первыхъ, тамъ, гдѣ должностныя лица, избираемыя обществами, входятъ въ составъ органовъ по общему государственному управленію, а во вторыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда органы самоуправляющейся единицы вѣдаютъ не ея дѣла, а дѣла, этой единицы государствомъ „препорученныя“.

¹⁾ Попытки эти представляются намъ и въ высокой степени излишними: обязательность ст. 360 Ул. о Нак. не измѣнится отъ того, удастся ли Сенату убѣдить кого либо въ резонности постановленія этой статьи.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Отвѣтственность общинъ за убытки, причиненные народными скопищами.

§ 1. Постановленія иностранныхъ законодательствъ.

1. Значительное число западно-европейскихъ законодательствъ содержатъ постановленія, согласно которымъ общины (городскія и сельскія) несутъ отвѣтственность за убытки, причиненные преступленіями народныхъ скопищъ, образовавшихся на территоріи данной общины.

Въ Средніе Вѣка въ Западной Европѣ почти повсемѣстно существовала отвѣтственность общины за преступления, совершенныя на ея территоріи, если только община не могла выдать виновника.

Но повидимому новые законы, устанавливающіе отвѣтственность общинъ за убытки, причиненные именно народными скопищами, почти всѣ относящіеся ко второй половинѣ XIX вѣка, не находятся ни въ какой непосредственной преемственной связи съ дѣйствовавшимъ въ каждомъ данномъ государствѣ средневѣковымъ правомъ. Почти всѣ эти законы представляютъ лишь простое позаимствование изъ Франціи и являются болѣе или менѣе вѣрными копіями французскаго закона 10 вендемыера IV года Республики, т. е. 2 октября 1795 г. ¹⁾

¹⁾ Самъ этотъ законъ тоже не стоитъ въ связи со средневѣковымъ французскимъ правомъ. Обратнаго мнѣнія держится Вель-Дюранъ, стр. 7—8. Онъ повидимому склоненъ ставить дѣйствующее французское право въ связь съ декретомъ Клотара отъ 595 года, согласно которому жители бурговъ отвѣчали за кражи и грабежи (*vois et garines*), совершенные на ихъ территоріи. Но, какъ указываетъ и самъ Вель-Дюранъ (стр. 8), королевская декларация 8 января 1640 г. устанавливала, что *les gentils hommes dans leurs terres, les magistrats et officiers du roi et autres qui avaient charge dans les villes, seraient responsables des soulèvements et considérés comme complices*“

Хотя самъ Вель-Дюранъ какимъ то непонятнымъ образомъ усматриваетъ въ этой деклараціи зачатки коллективной отвѣтственности, но изъ приводимыхъ имъ же самимъ словъ деклараціи Людовика XIII видно, что въ то время существовала только отвѣтственность должностныхъ лицъ (*officiers du roi et gentils hommes*, которые въ своихъ земляхъ обладали правами патримоніальной полиціи и юрисдикціи). — Вообще же французскіе писатели, затрагивающіе вопросъ о происхожденіи закона 10 вендемыера IV года, всегда всецѣло при-

Въ самой Франціи законъ 10 вендемьера явился не сразу. Уже декретъ 23—26 Февраля 1790 г. возложилъ на общины отвѣтственность за убытки, причиненные народными сборищами ¹⁾; затѣмъ декретъ 2—3 Іюня того же 1790 г. установилъ, что каждый гражданинъ каждой общины, который могъ помѣшать убыткамъ, причиненнымъ насиліями, несетъ отвѣтственность за эти убытки ²⁾. Наконецъ послѣ нѣсколькихъ законовъ въ томъ же смыслѣ, все еще устанавливавшихъ общій принципъ этой отвѣтственности, но оставлявшихъ открытымъ вопросъ о порядкѣ ея осуществленія ³⁾, Конвентъ, видя невозможность обычными мѣрами охранять въ странѣ спокойствіе и безопасность, за нѣсколько дней до окончанія своихъ полномочій, почти наканунѣ одного изъ кровопролитнѣйшихъ парижскихъ возстаній (13 Вендемьера) вотировалъ ⁴⁾ законъ, съ нѣкоторыми измѣненіями сохранившій свою силу во Франціи до настоящаго времени.

Основное положеніе, высказанное въ единственной статьѣ перваго титула этого закона, исполнѣ ясно: „всѣ граждане, живущіе въ той же общинѣ, несутъ гражданскую отвѣтственность за преступленія, совершенныя на территоріи общины, какъ противъ лицъ, такъ и противъ имущества“ ⁵⁾.

Власть не чувствовала себя въ силахъ охранять спокойствіе и безопасность, не внушали довѣрія и тогдашнія мѣстныя, кантональныя

писываютъ его эпохѣ Великой Революціи и не ставятъ въ связь съ ранѣе дѣйствовавшимъ правомъ. Ми шу. 1897 г. Стр. 77—80. Вертэлеми. Стр. 517.

Что же касается другихъ государствъ, главнымъ образомъ германскихъ, то ко времени введенія специальными законами гражданской отвѣтственности общинъ за убытки, причиненные скопищами, всякіе слѣды солидарной денежной отвѣтственности общинъ (нѣкогда носившей скорѣе уголовный характеръ) исчезли уже безслѣдно, и сами нѣмцы связываютъ дѣйствующіе свои законы не со средневѣковымъ правомъ, а съ французскимъ законодательствомъ революціонной эпохи.—Ленинъ, стр. 91—92. — D e r n b u r g, Bürgerliches Recht II, ч. 2 (1901), стр. 660, вын. 2. — Хотя Дербургъ въ Preussisches Privatrecht, II, 1890, стр. 930, вын. 10, и ставитъ эту отвѣтственность общинъ за безпорядки въ связь со средневѣковой отвѣтственностью общинъ за своихъ членовъ, но говоритъ, что дѣйствующій прусскій законъ „wurde erlassen nach Vorbilde“ закона 10 вендемьера IV года.

¹⁾ „Если община могла помѣшать сборищу“. Ст. 5 этого декрета.

²⁾ Ст. 11.

³⁾ Законы эти приведены у Вель-Дюрана, стр. 12—15.

⁴⁾ Стоитъ отмѣтить, что и подготовительныя работы по составленію этого закона (декретомъ 11 февраля III г. онъ были поручены законодательному комитету Конвента), и сужденія, высказанныя по поводу законопроекта въ самомъ Конвентѣ, до сихъ поръ остаются неизвѣстными. Вель-Дюранъ, стр. 19.

⁵⁾ Titre I. „Principes de la responsabilité des habitants. Art. unique. Tous citoyens habitant la même commune sont garants civilement des attentats commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes, soit envers les propriétés“.

выборныя ¹⁾ власти, и вотъ Конвентъ обращается ко всѣмъ гражданамъ, возлагая на нихъ отвѣтственность, и какъ мы увидимъ ниже, не только гражданскую, по охраненію личной и имущественной безопасности обывателей. Самая идея этого непосредственнаго обращенія къ населенію, какъ мы видѣли, не была нова: въ 1790 г. въ этомъ смыслѣ уже состоялось два декрета; тотъ же принципъ былъ положенъ и въ основаніе незадолго передъ тѣмъ учрежденной національной гвардіи ²⁾.

Обращаясь къ отдѣльнымъ гражданамъ, какъ къ единственной возможной охранѣ общественной тишины и спокойствія, законодательство возлагало имущественную отвѣтственность за убытки, причиненные народными скопищами, не на общины, какъ на особыя юридическія лица, а именно на отдѣльныхъ гражданъ. Въ разбираемомъ законѣ 10 вендемьера IV года, равно какъ и въ нѣкоторыхъ предшествующихъ актахъ говорится также и объ отвѣтственности общинъ, *des communes, des municipalités*, и эти выраженія наводятъ современнаго читателя на ту мысль, будто этими законами устанавливается отвѣтственность общинъ, какъ особыхъ юридическихъ лицъ. Но такое пониманіе самымъ грубымъ образомъ грѣшило бы противъ исторической перспективы: когда французскій законъ того времени говоритъ о *municipalité*, то онъ разумѣетъ или должностныхъ лицъ общины, или совокупность всѣхъ ея гражданъ, *ut singuli*: идеи общины, какъ публично-правового юридического лица, въ то время безусловно еще не существовало.

Эта странность законодательства того времени, устанавливавшего отвѣтственность отдѣльныхъ обывателей, отчасти объясняется также и общими политическими возрѣніями того времени, объявившаго войну сохранившимся средневѣковымъ союзамъ, всякаго рода цехамъ и т. п., и только что покончившаго съ ними: для того времени всякаго рода промежуточные союзы между государствомъ и индивидуомъ казались навсегда упраздненными, ненужными, и то, относительно чего государство считало себя самого и свои органы безсильными, оно могло передать только отдѣльнымъ гражданамъ.

Въ случаѣ, если въ данной общинѣ дѣйствительно были причинены безпорядками какіе либо убытки, законъ 10 вендемьера считалъ истинными виновниками того, что образованіе этого скопища не было предупреждено, или того, что образовавшееся не было разсѣяно, не столько должностныхъ лицъ общины, которымъ ввѣрено охраненіе общественной тишины и спокойствія, сколько именно самихъ обывателей общины ³⁾.

¹⁾ Конституція 5 фрюктидора III года, титуль VП, и законъ 21 фрюктидора III года, ст. 18, 19 и 29.

²⁾ Законъ 29 сентября 1791 г.

³⁾ Вель-Дюранъ, стр. 10, приводитъ слова одного изъ членовъ Учредительнаго Собранія, сказанныя во время обсужденія декрета 23 — 26 февраля 1790 г.: „эта гарантія справедлива, такъ какъ если большинство жителей общины

Закономъ 10 вѣндемьера IV года устанавливалась двоякаго рода отвѣтственность: гражданская и уголовная. Уголовная отвѣтственность состояла въ штрафѣ въ пользу казны, по своему размѣру равномъ причиненнымъ убыткамъ. Штрафъ этотъ налагался на общину въ томъ случаѣ, если народное сборище, произведшее безпорядки и причинившее убытки, состояло изъ ея гражданъ. Такимъ образомъ, для уголовной отвѣтственности необходимо было со стороны по крайней мѣрѣ части гражданъ общины преступное содѣяніе ¹⁾).

Что касается гражданской отвѣтственности, то она состояла въ уплатѣ потерпѣвшимъ двойной суммы убытковъ, причиненныхъ имъ скопищемъ. Убытки эти, равно какъ и упомянутый выше штрафъ, должны падать на виновниковъ, и таковыми въ глазахъ закона были прежде всего всѣ граждане общины, *ses habitants domiciliés*.

Но чтобы потерпѣвшіе убытки не были вынуждены имѣть дѣло съ каждымъ поровнѣ, законъ устанавливалъ то правило, что искъ объ убыткахъ предъявляется къ самой общинѣ, которая изъ общественныхъ суммъ уплачиваетъ присужденные убытки, и затѣмъ разверстываетъ уплоченное между отдѣльными гражданами; впрочемъ, вмѣсто того, чтобы уплачивать присужденную сумму изъ общинныхъ средствъ, должностныя лица общины могли возложить уплату этой суммы на 20 гражданъ общины, платящихъ наибольшее количество налоговъ, *les plus forts contribuables* ²⁾).

Вознагражденіе должно было быть внесено въ казначейство департамента черезъ 10 дней послѣ того, какъ состоялось судебное рѣшеніе. По уплатѣ вознагражденія, общинною ли кассою, или 20-ю наиболѣе крупными плательщиками, это вознагражденіе, хотя бы община и могла совершенно свободно уплатить его изъ своихъ свободныхъ средствъ, обязательно разверстывалось административнымъ порядкомъ между всѣми гражданами общины, сообразно средствамъ каждаго, *d'après les facultés de chacun* ³⁾, при чемъ разверстка эта производилась не между всѣмъ наличнымъ населеніемъ общины, но между ея домицилированными гражданами, безъ отношенія къ тому, жило ли данное лицо въ общинѣ въ моментъ безпорядковъ, причинившихъ отыскиваемые убытки, или не жило ⁴⁾).

приняло участіе въ безпорядкахъ, то и должно за нихъ вознаградить; если же безпорядки производило меньшинство, то большинство отвѣчаетъ за то, что имъ не помѣшало“.

¹⁾ Законъ 10 вѣнд. IV г., титулъ IV, ст. 2: „Если лица, составлявшія преступное скопище въ данной общинѣ, были гражданами другой общины, или другихъ общинъ, то уголовной отвѣтственности подлежала эта послѣдняя или эти послѣднія“. Ст. 3 того же титула этого закона. Ср. Вель-Дюранъ, стр. 23.

²⁾ Законъ 10 вѣндемьера IV года, титулъ V, ст. 8.

³⁾ Тотъ же законъ титулъ V, ст. 9.

⁴⁾ Прямого постановленія объ этомъ въ самомъ законѣ нѣтъ, но правило это установлено рѣшеніями государственнаго совѣта, повидимому вполне со-

Если эти домицилированные граждане общины, уплатившіе убытки, сами не принимали участія въ безпорядкахъ, то каждый изъ нихъ,—но не община отъ ихъ имени или въ качествѣ уплатившей это вознагражденіе авансомъ,—могъ взыскивать съ извѣстнаго ему участника безпорядковъ то, что ему пришлось уплатить ¹⁾).

Эта своеобразная постановка личной отвѣтственности отдѣльныхъ гражданъ общины за убытки, причиненные на ея территоріи народными скопищами, приводила къ послѣдствіямъ, для современнаго намъ юриста совершенно непонятнымъ. Такъ, отвѣтственность не устранялась, хотя бы можно было доказать, что власти приняли всѣ имѣвшіяся по закону въ ихъ распоряженіи мѣры предупрежденія образованія скопища, и что мѣры эти оказались безсильными. Жители несли отвѣтственность и въ тѣхъ общинахъ, гдѣ общинныя власти не были избранными, а назначались правительствомъ; не устранялась отвѣтственность и въ тѣхъ случаяхъ, когда въ данной общинѣ завѣдываніе мѣстной полиціей было изъято изъ обязанностей общинныхъ властей, и онѣ не имѣли права требовать помощи войскъ ²⁾).

Основной принципъ этого закона, конечно, не нуждается въ опроверженіяхъ. Крайняя его несостоятельность очевидна: мѣры охраненія общественной тишины и спокойствія не находятся въ распоряженіи отдѣльныхъ обывателей. Мысль, высказанная въ Учредительномъ Со-

гласными съ дѣйствительнымъ смысломъ закона. Рѣшенія эти (относящіяся къ 1823 и 1839 гг.) приведены у Вель-Дюрана, стр. 45—46.

¹⁾ Тотъ же законъ, титулъ IV, ст. 4.

Право регресса къ непосредственнымъ виновникамъ безпорядковъ, предоставленное закономъ 10 вендемьера IV года тѣмъ гражданамъ общины, которые эти убытки возмѣстили, представляется чѣмъ то юридически крайне невразумительнымъ. Громилы, предположительно, босяки А, Б, В, Г..., уплатили, каждый по мѣрѣ своихъ средствъ и по усмотрѣнію администраціи, болѣе или менѣе состоятельные граждане а, б, в, г, ... Кто съ кого по праву регресса будетъ взыскивать? Всѣ ли а, б, в, г и т. д. съ А. или же а будетъ взыскивать съ А, б съ Б, в съ В и т. д.? Все это еще сравнительно просто, если А, Б, В... могутъ разсматриваться, какъ солидарные отвѣтчики. Но легко представить себѣ, что А, Б, В, Г... громилы въ разныхъ мѣстахъ, въ разныхъ скопищахъ, не только безъ предварительнаго согласія, но и совершенно независимо одно скопище отъ другого. Въ общей суммѣ убытковъ, уплоченныхъ общиною и потомъ разверстанныхъ между гражданами, отдѣльныя вредоносныя дѣйствія, даже отдѣльныя скопища, теряются, обращаются въ голыя суммы денегъ, лишенная всякой связи съ отдѣльными дѣйствіями, съ отдѣльными личностями. По Шлиссельбургскому тракту произошелъ погромъ; въ то же время, быть можетъ, подъ вліяніемъ тѣхъ же слуховъ или событій, но внѣ непосредственной связи съ первымъ, произошелъ погромъ на Выборгской сторонѣ. По этимъ погромамъ на обывателей Петербурга по этому французскому закону было наложено взысканіе въ 10.000 р. и въ 40.000 р. По разверсткѣ на 1.000.000 населенія это составитъ 5 коп. съ души. Я эти 5 коп. уплатилъ. Съ кого теперь мнѣ ихъ взыскивать, съ Выборгскаго или со Шлиссельбургскаго громилы?

²⁾ М и ш у, 1897 г., стр. 77—80.

браніи Дюпонъ-де-Намуромъ, а именно, что если большинство жителей общины приняло участіе въ безпорядкахъ, то оно уже по тому самому виновно, а если безпорядки произведены меньшинствомъ, то большинство виновно въ томъ, что не помѣшало меньшинству, — не спасаетъ положенія. Представимъ себѣ, что 100 хулигановъ по Петербургской Сторонѣ разгромляютъ какія либо строенія или лавки. При чемъ здѣсь всѣ вообще домовладѣльцы Петербурга (напр. Песковъ), за что ихъ можно заставлять платить? Никакой непосредственной вины, ни даже вины *in eligendo* тѣхъ чиновъ полиціи, которые должны были бы разсѣять толпу, на нихъ не лежитъ: домовладѣльцы и сами не могли идти походомъ разсѣивать толпу громами, не могли и вліять вообще ни на образъ дѣйствій, ни на общій составъ полиціи.

Вины тѣхъ, на комъ по закону 10 вендемьера IV года лежала бы обязанность нести отвѣтственность, нѣтъ. Нѣтъ и ни малѣйшаго намека на какое либо юридическое основаніе, которое заставляло бы возложить на нихъ отвѣтственность, помимо вины. Въ предложенномъ нами примѣрѣ между домовладѣльцами Петербурга и громилами, быть можетъ, въ главной своей массѣ пришлымъ населеніемъ, не существуетъ ни малѣйшей ни экономической, ни нравственной связи, которая позволяла бы перенести на этихъ домовладѣльцевъ денежную отвѣтственность, да еще вдвое, за убытки, причиненные этими громилами ¹⁾.

Но даже если и стать на недопустимую точку зрѣнія гражданской отвѣтственности однихъ членовъ общины за преступленія, совершенныя другими членами общины, или даже посторонними лицами, но скопомъ и на ея территоріи, то все таки нельзя не признать нерезонности этого закона 10 вендемьера IV года: почему причиняемые убытки должны быть возмѣщены вдвое? Почему купецъ, членъ данной общины, у котораго разграблено на 1000 р. товару, долженъ получить съ остальныхъ членовъ общины, столько же виновныхъ или невиновныхъ въ безпорядкахъ, какъ и онъ самъ, не только 1000 руб., составляющихъ стоимость разграбленнаго товара, но и еще 1000 р.?

Сколь ни былъ несправедливъ и страненъ этотъ законъ, вотиrowанный, очевидно, на спѣхъ нервнымъ, возбужденнымъ собраніемъ, не имѣвшимъ ни времени, ни охоты вдаваться въ юридическія тонкости и гнавшимся не за тѣмъ, чтобы установить раціональные принципы разложенія вреда, а за тѣмъ, чтобы хоть какъ нибудь положить конецъ массовымъ преступленіямъ, — законъ этотъ не только фор-

¹⁾ Замѣтимъ, что для гражданской отвѣтственности *in duplum* разбираемый законъ вовсе не требуетъ, чтобы убытки были причинены гражданами общины, жители которой привлекаются къ отвѣтственности: это требуется только для уголовной отвѣтственности.

мально сохранилъ во Франціи свою силу до 1884 г., когда онъ подвергся нѣкоторымъ измѣненіямъ, но нерѣдко и примѣнялся на практикѣ.

Мало того, законъ этотъ, въ старой, только что разсмотрѣнной нами формѣ дѣйствуетъ и по настоящее время въ Бельгіи ¹⁾ и послужилъ образцомъ для болѣе или менѣе аналогичныхъ законовъ во многихъ государствахъ западной Европы.

Но, не подвергаясь формально никакимъ измѣненіямъ, законъ 10 вендемера въ своемъ примѣненіи на практикѣ подвергся за время до 1884 г. одной существенной метаморфозѣ.

Въ 1832 г. въ Парижѣ какая то буйствующая толпа разграбила оружейный магазинъ. Собственникъ предъявилъ къ городу искъ объ убыткахъ. Парижскій судъ (la cour de Paris) призналъ за нимъ право на полученіе отъ города двойной суммы понесенныхъ имъ убытковъ. Это рѣшеніе было отмѣнено въ кассационномъ порядкѣ, и дѣло было передано для новаго разсмотрѣнія въ Орлеанъ.

La cour d'Orléans 8 февраля 1838 г., вопреки мнѣнію кассационнаго суда, постановила рѣшеніе, согласное съ прежнимъ. Послѣ этого кассационный судъ, въ соединенномъ присутствіи всѣхъ палатъ, призналъ 15 мая 1841 г., что въ виду исключительнаго положенія города Парижа, не позволяющаго городу ни предупреждать, ни подавлять такія преступленія, къ Парижу законъ 10 вендемера IV года не примѣнимъ ²⁾.

Та особенность въ положеніи города Парижа, которую имѣлъ въ виду кассационный судъ, заключалась въ томъ, что въ Парижѣ завѣдываніе мѣстной полиціей сосредоточено не въ рукахъ избираемаго населеніемъ мэра, какъ въ другихъ общинахъ Франціи, а въ рукахъ назначаемаго правительствомъ „префекта полиціи“ ³⁾. Такимъ образомъ, въ 1841 г. кассационный судъ, примѣняя законъ 10 вендемера, сталъ на ту точку зрѣнія, что городъ (община) только въ томъ случаѣ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, если въ допущеніи безпорядковъ могутъ быть виновны должностныя лица, избранныя городомъ. Между тѣмъ, смыслъ этого закона,—и въ этомъ никто никогда, ни до 1841 г., ни послѣ того, не сомнѣвался,—состоялъ въ установленіи непосредственной отвѣтственности обывателей самихъ за себя, а отнюдь не за избранныхъ ими должностныхъ лицъ. Конечно, примѣненіе этого закона къ Парижу съ его назначенною администраціею могло казаться уже слишкомъ несправедливымъ: по отношенію къ другимъ общинамъ несправедливость закона какъ то менѣе была видна,

¹⁾ Мишу, 1897 г., стр. 84.

²⁾ Подробную исторію этого рѣшенія и критику его см. у Вель-Дюранъ, стр. 75 — 84.—Самое рѣшеніе напечатано у Dalloz, Recueil Général за 1841 г. часть 1, стр. 252.—Ср. также Мишу, 1897 г., стр. 80.

³⁾ Оріу, стр. 475.—Бертэлемі, стр. 218—224.

именно благодаря тому, что вообще могли считать, что отвѣтственность общины есть отвѣтственность за дѣйствія и упущенія избранныхъ ею должностныхъ лицъ, а отвѣтственность юридическаго лица за дѣйствія его органа ничего шокирующаго наши представленія не заключаетъ. Но несомнѣнный смыслъ закона былъ таковъ, что этотъ законъ къ Парижу примѣнять слѣдовало, и рассматриваемое рѣшеніе кассационнаго суда представляется явнымъ и повидимому сознательнымъ противозаконіемъ ¹⁾.

Какъ бы то ни было, но, хотя и съ задняго хода, во французское право прокрался тотъ взглядъ, что отвѣтственность общинъ за убытки, причиненные народными скопищами, должна носить характеръ отвѣтственности избирателей за неправильности, допущенныя ихъ избранными, т. е. должностными лицами общины, не сумѣвшими управиться съ народными безпорядками. Такимъ образомъ въ данномъ случаѣ получилась отвѣтственность, какъ бы аналогичная отвѣтственности господъ и вѣрителей за слугъ и повѣренныхъ.

Когда въ 1883 и 1884 гг. во французскихъ законодательныхъ учрежденіяхъ разрабатывался новый общій законъ объ общинномъ управленіи, то былъ поставленъ вопросъ и о томъ, сохранять ли въ силѣ прежнее начало отвѣтственности общинъ за убытки, причиненныя народными скопищами. Не смотря на то, что самый принципъ этой отвѣтственности нашелъ противъ себя серьезныя возраженія, новый законъ сохранилъ эту отвѣтственность, лишь нѣсколько ее видоизмѣнивъ ²⁾.

Особенности новаго закона сводятся къ слѣдующему: во первыхъ, имъ отмѣнена уголовная отвѣтственность общинъ, т. е. штрафъ въ пользу государства въ размѣрѣ убытковъ. На дѣль штрафъ этотъ никогда не взыскивался и до 1884 г., такъ что формальная отмѣна его никакого новшества собственно не представляетъ.

Второю, пожалуй наиболѣе существенною еособенностью новаго закона является то, что согласно новому закону, отвѣтственность падаетъ на общину, какъ на юридическое лицо, тогда какъ раньше она падала на отдѣльныхъ обывателей, за которыхъ община платила только авансомъ. Конечно и теперь расходъ, производимый общиною по уплатѣ присужденнаго вознагражденія, въ концѣ концовъ падетъ на пла-

¹⁾ Рѣшеніе это противорѣчитъ не только буквальному и общему духу закона, но и его ближайшей цѣли: при изданіи этого закона ближайшимъ образомъ имѣлся въ виду именно Парижъ, въ которомъ и тогда распоряженіе полиціей и военной силой было предоставлено, какъ и въ 1841 г., органамъ, не избраннымъ населеніемъ, а назначеннымъ правительствомъ. — Ср. М и ш у, 1897 г. стр. 80.

²⁾ Законъ 5 апр. 1884 г., ст. 106—108.

тельщиковъ общинныхъ налоговъ. Но разница въ юридической конструкции отношеній, возникавшихъ по старому закону и возникающихъ по новому, очевидна.

Въ третьихъ, по старому закону, если въ скопищѣ принимали участіе жители данной общины, то никакія доказательства того, что общинными властями были приняты бывшія по закону въ ихъ распоряженіи мѣры по прекращенію безпорядковъ, не устраняли отвѣтственности и тѣхъ гражданъ общины, которые сами въ безпорядкахъ участія не принимали. По новому закону отсутствіе вины со стороны общинныхъ властей исключаетъ отвѣтственность общины. Согласно этому новому принципу, тѣ общины, въ которыхъ завѣдываніе мѣстной полиціею и распоряженіе военною силою не предоставлено общиннымъ властямъ, — вовсе не отвѣчаютъ за убытки, причиненные народными скопищами ¹⁾.

II. Народныя движенія, которыми въ Германіи были столь богаты 1848 и 1849 гг., заставили правительства отдѣльныхъ германскихъ государствъ искать спасенія общественной тишины и спокойствія въ установленіи отвѣтственности общинъ на подобіе той, какая была установлена во Франціи закономъ 10 вендемера IV года.

Еще въ 1848 г. были изданы законы этого содержанія въ Гессенъ-Гомбургѣ ²⁾ и въ Нассау ³⁾, затѣмъ въ 1849 г. послѣдовалъ подобный же законъ въ Шварцбургѣ-Рудольштадтѣ ⁴⁾. Но особенно богаты законами этого рода мартъ 1850 г., когда общественное спокойствіе могло считаться уже повсемѣстно возстановленнымъ. Въ этомъ

¹⁾ Но новый законъ далеко не былъ послѣдователенъ въ тѣхъ измѣненіяхъ, которыя онъ внесъ въ дѣйствовавшее до того право. Съ точки зрѣнія французскаго права самая рѣкая непослѣдовательность новаго закона состоитъ въ томъ, что онъ сохранилъ подсудность этихъ исковъ гражданскимъ судамъ. Съ точки зрѣнія основныхъ началъ французскаго права эта гражданская подсудность была вполне естественна, пока основаніемъ отвѣтственности была преаумптивная вина отдѣльныхъ гражданъ общины. Но при новомъ законѣ самое основаніе отвѣтственности измѣнилось: основаніе это нынѣ заключается въ упущеніяхъ или неправильныхъ дѣйствіяхъ органовъ общиннаго управленія; такимъ образомъ, въ этихъ дѣлахъ гражданскимъ судамъ приходится разсматривать вопросъ о законности и цѣлесообразности административныхъ актовъ. Между тѣмъ по основнымъ началамъ французскаго права этого рода вопросы изъяты изъ вѣдѣнія общихъ гражданскихъ судовъ и могутъ разрѣшаться только административными судами. Тотъ фактъ, что къ числу немногихъ случаевъ предоставленія подобнаго рода вопросовъ вѣдѣнію гражданскихъ судовъ относится и разсматриваемый случай, объясняется единственно пережиткомъ стараго порядка. Ср. по этому поводу Мишу, 1897 г., стр. 81—82.—Вертелемини, стр. 516—518.—Вель-Дюранъ, стр. 137—139.

²⁾ 13 апрѣля.

³⁾ 15 іюля.

⁴⁾ 5 января.

мѣсяцѣ подобныя законы были изданы въ Пруссіи ¹⁾, въ Гессенъ-Гомбургѣ ²⁾, въ Баваріи ³⁾, въ Ангальтъ-Бернбургѣ ⁴⁾ и въ Брауншвейгѣ ⁵⁾. За ними послѣдовалъ рядъ другихъ государствъ: Баденъ ⁶⁾, Саксенъ-Альтенбургъ ⁷⁾, Гессенъ-Дармштадтъ ⁸⁾.

Законъ о введеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія по вопросу объ отвѣтственности за убытки, причиненныя народными скопищами, оставилъ въ силѣ постановленія отдѣльныхъ государствъ ⁹⁾.

Нѣкоторыя мелкія германскія государства (Саксенъ-Кобургъ-Гота и оба Шварцбурга), законодательства которыхъ до того не заключали постановленій по вопросу объ отвѣтственности общинъ, восполнили этотъ пробѣлъ при введеніи въ нихъ въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія ¹⁰⁾.

Всѣ эти отдѣльныя, дѣйствующія въ отдѣльныхъ государствахъ Германіи законы объ отвѣтственности общинъ за безпорядки, произведенныя народными скопищами, стоятъ, какъ это можно предположить уже на основаніи одного того факта, что законы эти относятся къ совершенно разнымъ эпохамъ, на совершенно разныхъ точкахъ зрѣнія.

Нѣкоторыя законодательства, изъ нихъ между прочимъ прусское, стоятъ на точкѣ зрѣнія французскаго закона 10 вейдемьера IV года, т. е. на точкѣ зрѣнія презумптивной виновности самого населенія той общины, гдѣ образовалось преступное скопище ¹¹⁾, и потому не устраняютъ отвѣтственности общины даже и въ томъ случаѣ, если доказано, что общинныя власти не были въ состояніи прѣкратить безпорядки ¹²⁾.

1) 11 марта, *Gesetzsammlung*. 1850, стр. 169.

2) 13 марта.

3) 12 марта, Art. 1, Abs. 2.

4) 19 марта.

5) 24 марта.

6) Законъ 13 февраля 1851 г.

7) Законъ 25 марта 1857 г.

8) Законъ 3 марта 1859 г.

9) *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*. Art. 108.—Ср. германское уголовное уложеніе ст. 115, 116, 124 и 125.

10) Въ законахъ о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія, *Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, въ Шварцбургъ-Рудольштадтѣ законъ 11 іюля 1899 г., ст. 53—56; въ Шварцбургъ-Зондерсгаузенѣ законъ 19 іюля 1899 г., ст. 20, § 1—4; въ Саксенъ-Кобургъ-Готѣ законъ 20 октября 1899 г., ст. 21, § 1—6.

11) *Ленингъ*, стр. 92.

12) *Deenburg. Bürgerliches Recht*, томъ II, часть 2 (изд. 1901 г.) стр. 660—661, § 40), вын. 3.—Его же *Preussisches Privatrecht II* (изд. 1889 г.) стр. 230.

Вѣрность французскому образцу простирается до того, что прусскій законъ повторяетъ и то, во всякомъ случаѣ непослѣдовательное, постановленіе, (титуль IV, ст. 5), что община освобождается отъ отвѣтственности, если убытки произведены скопищемъ, образовавшимся на территоріи другой общины, и дан-

Лишь нѣкоторые изъ законовъ, относящихся къ пятидесятымъ годамъ, какъ напр. Саксенъ-альтенбургскій законъ 25 Марта 1857 г. ¹⁾, уже становятся на ту точку зрѣнія, на которую французское законодательство стало только въ 1884 г., и, идя нѣсколько дальше его, прямо обусловливаютъ отвѣтственность общины за совершенныя толпою преступленія виною или грубою неосторожностью общинныхъ властей.

Во всякомъ случаѣ законы 40-хъ и 50-хъ годовъ носятъ по преимуществу карательный характеръ: въ нихъ все еще виднѣе *odium* къ общинѣ, допустившей безпорядки, чѣмъ *favor* къ потерпѣвшимъ отъ нихъ. Эти законы, допуская въ томъ или другомъ случаѣ освобожденіе общины отъ отвѣтственности, не думаютъ о томъ, на комъ же въ такихъ случаяхъ будетъ лежать обязанность возмѣстить убытки лицамъ, потерпѣвшимъ отъ безпорядковъ.

Нѣкоторые изъ новѣйшихъ законовъ становятся на болѣе рациональную точку зрѣнія. Законы Шварцбурга-Рудольштадта и Саксенъ-Кобургъ-Готы постановляютъ ²⁾, что въ тѣхъ случаяхъ, когда общинныя власти докажутъ, что ими были употреблены всѣ находящіяся въ ихъ распоряженіи средства къ предотвращенію получившагося вреда (а не самого скопища), то уплаченное общиною вознагражденіе возмѣщается ей изъ казны ³⁾

ная община не могла имъ у себя помѣшать. См. Дербургъ, *Bürgerliches Recht*, томъ II, часть 2, § 400, III.

Аналогичная отвѣтственность общинъ существуетъ и въ Англии. См. Поритъ. Современная Англія, русскій переводъ 1897 г., стр. 97.

¹⁾ Ср. *Stobbe-Lehman. Handbuch des deutschen Privatrechts*. Томъ III, изд. 1898 г., стр. 560, вын. 51.

²⁾ Шварцб.-Руд., законъ 11 июля 1899 г. Art. 55. „Weist eine zum Schadensersatz herangezogene Gemeinde nach, dass sie alle ihr zu Gebote stehenden Mittel aufgewandt hat, um den Schaden abzuwenden, so kann sie Ersatz der von ihr gezahlten Beträge aus der Staatskasse verlangen“.—Законъ Сакс.-Коб.-Готы 20 окт. 1899 г., ст. 21, § 4 буква въ букву совпадаетъ съ только что приведеннымъ закономъ Шварцб.-Руд.

³⁾ Самое требованіе о вознагражденіи во всякомъ случаѣ должно быть заявлено и той общинѣ, въ которой произошли убытки. Отъ нея зависитъ признать правильность заявленной цифры убытковъ или отвергнуть эту цифру; въ послѣднемъ случаѣ потерпѣвшимъ предоставляется предъявить искъ къ общинѣ въ гражданскомъ судѣ. Этотъ порядокъ принять всѣми извѣстными намъ германскими законами.—Отъ общины, уплатившей убытки, зависитъ уже обратиться съ обратнымъ требованіемъ къ непосредственнымъ виновникамъ безпорядковъ или къ тѣмъ общинамъ, на которыя тоже можетъ падать отвѣтственность.—Существеннымъ улучшеніемъ, внесеннымъ германскими законами въ эту отвѣтственность общинъ, является также установленіе болѣе краткихъ сроковъ для заявленія претензій потерпѣвшими. Согласно французскому праву, искъ объ убыткахъ можетъ быть предъявленъ къ общинѣ въ теченіи трехъ лѣтъ, если убытки причинены такими дѣйствіями, которыя подлежатъ исправительнымъ наказаніямъ, и въ теченіе десяти лѣтъ, если дѣйствія эти подлежатъ

Такимъ образомъ въ новыхъ германскихъ законахъ отвѣтственность общинъ за убытки, причиненные народными скопищами, конструируется, какъ отвѣтственность общинъ за убытки, причиненные упущеніями или должностными преступленіями должностныхъ лицъ общины, и если на нихъ вины нѣтъ, если они приняли всѣ мѣры, которыя предоставлены имъ закономъ, то отвѣтственность падаетъ на самое государство, что и правильно, ибо государство установило такой порядокъ, при которомъ личная и имущественная безопасность гражданъ оказывается недостаточно обезпеченною. Отвѣтственность общинъ потеряла свой специфическій карательный характеръ. Цѣль этой отвѣтственности—не устрашить, *intimider*, общину, а доставить справедливое (не удвоенное, какъ по французскому праву) вознагражденіе потерпѣвшимъ.

III. Старый французскій законъ (но не отступившая, какъ мы видѣли, отъ закона судебная практика) устанавливалъ отвѣтственность для всѣхъ вообще общинъ, не различая ихъ устройства. Новый законъ по точному своему смыслу не распространяется на тѣ города, гдѣ завѣдываніе мѣстной полиціей и военной силою не предоставлено общиннымъ властямъ.

Отвергая для этихъ городовъ ¹⁾ отвѣтственность самихъ общинъ законъ 1884 г. не замѣнилъ этой отвѣтственности никакою другою. Такимъ образомъ по территоріи Франціи были созданы, по выраженію Вель-Дюрана, нѣкоторыя *Zones d'irresponsabilité*. Вопросъ объ этихъ мѣстностяхъ безъ отвѣтственности имѣетъ тѣмъ большее практическое

уголовнымъ наказаніямъ (ст. 638 Code d'instruction criminelle).—Легко представить себѣ, на сколько общинъ удобно будетъ черезъ 10 лѣтъ разыскивать для предъявленія къ нимъ обратнаго требованія непосредственныхъ виновниковъ безпорядковъ и доказывать, что ею нѣкогда были приняты всѣ мѣры, находившіяся тогда въ ея распоряженіи.—Большинство германскихъ законовъ требуютъ, чтобы потерпѣвшій заявилъ свое требованіе подлежащей общинѣ въ теченіе 14 дней съ того времени, когда ему стали извѣстны убытки (срокъ этотъ установленъ въ законахъ Пруссіи, Шварцбургъ-Рудольштадта ст. 57; Шварцбургъ-Зондерсгаузена ст. 4; Саксенъ-Кобургъ-Готы § 6).—Если община признала заявленное ей требованіе не подлежащимъ удовлетворенію, то потерпѣвшій можетъ обратиться въ судъ съ искомъ къ общинѣ лишь въ теченіе одного мѣсяца со дня полученія отказа общины (Пруссія, Шварц-Зонд. ст. 20, § 4; Сакс.-Коб.-Гота ст. 21, § 6; въ Шварцб.-Руд. этотъ срокъ установленъ въ 3 мѣсяца, ст. 57). Въ законѣ Шварц-Зонд. оговорено, что неполученіе пропителемъ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ отвѣта отъ общины разсматривается, какъ отказъ ея, и даетъ право на предъявленіе къ ней иска судебнымъ порядкомъ (ст. 20, § 4).

¹⁾ Парижъ, нѣкоторыя его пригороды (*banlieues*), нѣкоторыя общины департамента Сены и нѣкоторыя общины департамента Сены и Уазы, прилегающія къ Парижу, Ліонъ и нѣкоторыя общины департамента Роны и департамента Энъ (*Ain*), прилегающія къ Ліону. Вель-Дюранъ, стр. 126—127.

значеніе, что случаи причиненія убытковъ народными скопищами на дѣлѣ возникаютъ чаще всего именно въ Парижѣ и Ліонѣ ¹⁾.

Въ Франціи неоднократно ставился вопросъ о томъ, чтобы въ подобныхъ мѣстностяхъ убытки уплачивались изъ казны.

Вопросъ этотъ возникалъ еще при обсужденіи въ Сенатѣ закона 1884 г. ²⁾. Сенаторъ, извѣстный профессоръ административнаго права *Batbie*, рассматривая передачу мѣстной полиціи въ завѣдываніе общинныхъ властей, какъ делегацію со стороны правительства, отказывался признать допустимымъ такое положеніе вещей, при которомъ тотъ, кто возлагаетъ на другого извѣстное порученіе, говоритъ ему: „если ты не сумѣешь сдѣлать этого при помощи тѣхъ незначительныхъ средствъ, которыя я тебѣ предоставляю, то будешь отвѣчать передъ третьими лицами; если же я не сумѣю сдѣлать того же при тѣхъ несравненно большихъ средствахъ, которыми я располагаю, то я передъ третьими лицами не отвѣчаю“ ³⁾.

Въ виду этихъ соображеній *Batbie* и нѣкоторые другіе сенаторы настаивали на томъ, чтобы въ тѣхъ общинахъ, гдѣ полиціей завѣдуетъ органъ, назначаемый правительствомъ, отвѣтственность за убытки, причиненные народными волненіями, падала на казну. Но министерство рѣшительнымъ образомъ возстало противъ этой поправки, при чемъ *Вальдекъ-Руссо*, министръ внутреннихъ дѣлъ, говорилъ, что „сопоставленіе государства съ общиною невозможно. Почему? Потому что государство—это всё, это совокупность всѣхъ гражданъ, его составляющихъ. Вообще вполнѣ понятно, чтобы государство сказало общинѣ: я поручаю тебѣ принимать извѣстныя мѣры въ общемъ интересѣ, и если ты, особая личность, ты, частное лицо, этихъ мѣръ не приняло, то ты и должно отвѣчать передъ совокупностью всѣхъ. Но совершенно недопустимо, чтобы государство было признано отвѣтственнымъ передъ всѣми, въ то время какъ само государство есть именно представитель общаго интереса“.

Этими словами министра внутреннихъ дѣлъ, словами во всякомъ случаѣ болѣе краснорѣчивыми, чѣмъ убѣдительными, Сенатъ удовлетворился и отвергъ поправку, на которой настаивали *Batbie* и другіе сенаторы ⁴⁾.

¹⁾ За послѣднее время вопросъ о вознагражденіи потерпѣвшихъ отъ народныхъ беспорядковъ возникалъ съ особенною рѣзкостью во Франціи въ 1893 г. по поводу беспорядковъ въ Латинскомъ кварталѣ въ Парижѣ и въ 1894 г. по поводу беспорядковъ, послѣдовавшихъ въ Ліонѣ за убійствомъ президента Карно.

²⁾ См. выше, стр. 693.

³⁾ *Вель-Дюранъ*, стр. 147—148.

⁴⁾ Подробности см. у *Вель-Дюрана*, стр. 152. Затѣмъ во французской палатѣ депутатовъ тотъ же вопросъ былъ возбужденъ еще дважды въ 1896 г. по поводу тѣхъ же беспорядковъ въ Латинскомъ кварталѣ и въ Ліонѣ, и на-

Во французской литературѣ въ послѣднее время вопросъ объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные народными волненіями въ тѣхъ общинахъ, гдѣ завѣдываніе полиціей находится въ рукахъ органовъ правительства, а не самоуправленія, разсматривался Вель-Дюраномъ, Бертэлами и Бэльби. Двое первыхъ, разрѣшая этотъ вопросъ, несомнѣнно строго въ духъ современнаго дѣйствующаго французскаго права, приходятъ къ отрицательному отвѣту.

Вель-Дюранъ ¹⁾ исходитъ изъ того, что государство преслѣдуетъ въ своей дѣятельности общіе интересы, а община группу своихъ частныхъ интересовъ; поэтому ее можно разсматривать, какъ частное лицо, и примѣнять къ ней тѣ же правила отвѣтственности. Затѣмъ, по его мнѣнію, эта отвѣтственность можетъ лечь на государственный бюджетъ такимъ бременемъ, котораго заранѣе и исчислить нельзя. Наконецъ, если отвѣчаетъ община, то эта отвѣтственность ложится на незначительную группу людей, которые непосредственно заинтересованы въ томъ, чтобы сумма присуждаемыхъ убытковъ была по возможности уменьшена; если же эти убытки будутъ падать на всю массу населенія, то никто не будетъ въ достаточной мѣрѣ заинтересованъ въ контролѣ надъ тѣмъ, какія суммы присуждаются. Наконецъ, равенство передъ закономъ было бы нарушено, еслибы въ нѣкоторыхъ общинахъ отвѣтственнымъ оказалось государство: такія общины оказались бы въ привилегированномъ положеніи.

Сображенія эти не особенно убѣдительны: фраза, что государство преслѣдуетъ общіе интересы, а община частные, есть фраза, которая въ данномъ случаѣ ничего не доказываетъ. Бремя, которое могло бы пасть на государственный бюджетъ, даже въ случаѣ одновременныхъ безпорядковъ въ нѣсколькихъ общинахъ, конечно было бы удобоносимѣе для государства, чѣмъ для каждой общины. То замѣчаніе, что въ случаѣ возложенія отвѣтственности на государство отдѣльные граждане не будутъ заинтересованы въ томъ, чтобы сумма убытковъ не была присуждена въ преувеличенномъ размѣрѣ, тоже не доказываетъ невозможности отвѣтственности именно государства: хотя отдѣльные граждане и являются въ большей степени заинтересованными въ случаѣ, если данные убытки разверстываются между гражданами одной общины, чѣмъ когда тѣ же убытки разверстываются между гражданами цѣлаго государства, но степень этой заинтересованности для дѣла абсолютно безразлична, такъ какъ и въ случаѣ

конецъ въ 1900 г.—Успѣха эти попытки не имѣли.—См. Вель-Дюранъ, стр. 152 и сл.—Бэльби, стр. 154—155.

Въ австрійскую палату представителей весною 1890 г. депутатомъ Розеромъ былъ внесенъ законопроектъ объ отвѣтственности казны за убытки, причиненные народными волненіями. Но повидимому проектъ этотъ успѣха не имѣлъ. Ср. Клевицъ, стр. 110, вын. 3.

¹⁾ Стр. 156 и сл.

предъявленія иска къ казнѣ, и въ случаѣ предъявленія иска къ общинѣ отдѣльныя лица лишены всякой юридической и фактической возможности вліять на размѣръ присуждаемаго вознагражденія.

Послѣдній доводъ Вель-Дюрана о невозможности отвѣтственности казны потому, что эта отвѣтственность создала бы неравенство передъ закономъ, въ нѣсколько другой формѣ повторяется Бертэлем и, который находитъ, что установленіе отвѣтственности казны въ Парижѣ и Ліонѣ было бы вполнѣ нелогичнымъ, коль скоро казна не платитъ за убытки, причиненные народными беспорядками въ другихъ мѣстахъ ¹⁾.

По нашему мнѣнію, это кажущееся неравенство и эта кажущаяся нелогичность имѣютъ полное и достаточное оправданіе въ различіи того, на комъ лежитъ охрана порядка: если на общинныхъ властяхъ, и онѣ не доглядѣли, то за свои органы община и отвѣчаетъ; если это были органы государства, то логично, послѣдовательно и сообразно съ требованіемъ равенства передъ закономъ, чтобы денежную отвѣтственность несло государство ²⁾.

Несерьезность доводовъ, приводимыхъ въ пользу того, что казна не можетъ нести той отвѣтственности, которая по французскому праву лежитъ на общинахъ, и гл. образомъ тотъ фактъ, что французская наука этими доводами удовлетворяется, какъ намъ кажется, доказываетъ лишь то, что эти доводы излишни, что вопросъ о неотвѣтственности казны уже предрѣшенъ: и по сейчасъ во Франціи въ отвѣтственности общинъ видятъ не столько средство возмѣщенія или разложенія вреда, сколько именно средство устрашенія: „l'intimidation que la loi municipale a pour but...“ ³⁾. А казну устрашать признается излишнимъ.

§ 2. Русское законодательство.

За послѣднее время, уже въ XX вѣкѣ, вопросъ объ отвѣтственности общинъ за убытки, причиненные народными скопищами, приобрѣлъ практическое значеніе и для Россіи.

¹⁾ Бертэлем и, стр. 517, вын. 2.

²⁾ Бертэлем и приводитъ еще и другое соображеніе: если въ тѣхъ или другихъ городахъ государство беретъ завѣдываніе полиціей на себя, то потому, что это дѣло тамъ представляетъ особыя трудности, и въ уваженіе къ нимъ къ государству надо относиться болѣе снисходительно, если оно и не успѣетъ въ пресѣченіи и предупрежденіи беспорядковъ. На это Бэльби, резонно замѣчаетъ, что если въ этихъ городахъ поддержаніе порядка и представляетъ сравнительно большія трудности, то во сколько же разъ тѣ средства поддержанія его, которыми располагаетъ государство, сильнѣе тѣхъ, которыми располагаетъ община. Бэльби, стр. 172.

³⁾ Бертэлем и, стр. 517, вын. 2.

Послѣ извѣстныхъ „разборовъ“ помѣщичьихъ усадебъ въ Харьковской и Полтавской губ. въ апрѣлѣ 1902 г. послѣдовала Именной указъ Пр. Сенату ¹⁾, гласившій:

„Происходившіе въ послѣднее время въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Полтавской и Харьковской губерній безпорядки сопровождались рядомъ нападеній крестьянъ на сосѣднія усадьбы, причинившихъ ихъ владѣльцамъ значительные убытки.

Возлагая отвѣтственность за эти убытки не только на лицъ, непосредственно виновныхъ въ означенныхъ преступныхъ дѣйствіяхъ, но и на сельскія общества, кои своимъ преступнымъ попустительствомъ способствовали развитію безпорядковъ, Мы повелѣваемъ:

1. Отпустить изъ Государственнаго Казначейства сверхсмытнымъ кредитомъ по отдѣлу чрезвычайныхъ расходовъ сего 1902 г. 800.000 р. на вознагражденіе потерпѣвшихъ землевладѣльцевъ Константиноградскаго, Полтавскаго, Валковскаго и Богодуховскаго уѣздовъ за убытки, непосредственно причиненные имъ означенными безпорядками.

2. Возложить исчисленіе таковыхъ убытковъ и назначеніе лицамъ, заявившимъ о томъ ходатайство, соразмѣрно по соображенію съ указанною суммою вознагражденія на особія временныя комиссіи, образуемая, подъ предсѣдательствомъ харьковскаго и полтавскаго губернаторовъ, при участіи губерскихъ предводителей дворянства и другихъ должностныхъ лицъ мѣстнаго финансоваго и по крестьянскимъ дѣламъ управленія;

3. Предоставить министрамъ внутреннихъ дѣлъ и финансовъ по взаимному соглашенію опредѣлить составъ и порядокъ дѣйствій означенныхъ комиссій и свои по сему предмету предположенія внести на Наше утвержденіе черезъ Комитетъ Министровъ;

4. Для возмѣщенія Государственному Казначейству указанной въ п. 1 суммы, установить съ сельскихъ обществъ и селеній, крестьяне коихъ принимали участіе въ безпорядкахъ, дополнительный къ существующимъ окладной сборъ съ тѣмъ, чтобы ежегодный размѣръ онаго и срокъ его взысканія были опредѣлены, для отдѣльныхъ обществъ и селеній, порядкомъ, указаннымъ выше, въ п. 2, и чтобы взиманіе этого сбора, на общемъ съ прочими окладными платежами основаніи, было начато не позже второй половины текущаго года“...

Обращаясь къ анализу отвѣтственности, установленной этимъ указомъ, нельзя прежде всего не отмѣтить по преимуществу карательнаго, уголовнаго характера ея: отвѣтственность эта возлагается „на сельскія общества, кои своимъ преступнымъ попустительствомъ способствовали развитію безпорядковъ“.

¹⁾ 11 мая 1902 г.

При этомъ карались не отдѣльныя сельскія общества, а крестьянство каждой данной губерніи, какъ какое то цѣлое: согласно ст. 7 Выс. утв. 31 мая 1902 г. положенія Комитета Министровъ ¹⁾, изданнаго въ развитіе Именнаго указа 11 мая, „общая сумма исчисленныхъ временною комиссіею по губерніи вознагражденій... разверстывается предварительно комиссіею между тѣми находящимися въ предѣлахъ губерніи сельскими обществами и селеніями, обыватели коихъ производили безпорядки, по соображеніи съ числомъ участвовавшихъ въ нихъ жителей селеній и обществъ, размѣромъ причиненнаго при ихъ участіи матерьяльнаго ущерба и другими мѣстными условіями. При этомъ принимаются въ расчетъ не только убытки, которымъ была произведена оцѣнка, но и вообще весь матерьяльный ущербъ, причиненный непосредственно безпорядками въ предѣлахъ губерніи“...

Такимъ образомъ, сумма убытковъ по данной губерніи разверстывается между отдѣльными обществами по соображеніи съ числомъ участвовавшихъ въ безпорядкахъ жителей даннаго общества, размѣромъ причиненнаго при ихъ участіи вреда „и другими мѣстными условіями“. Размѣръ причиненнаго вреда поставленъ на второе мѣсто. Это уже довольно характерно. При чемъ же тутъ могутъ быть „другія мѣстныя условія“, и каковы условія, имѣющіяся въ виду этимъ постановленіемъ, мы рѣшительно не представляемъ себѣ.

Если разверстка убытковъ производилась между жителями данной общины, согласно старому французскому закону, то это имѣло извѣстное основаніе: жители одной общины представляютъ нѣкоторое, хотя на дѣлѣ и весьма проблематичное единство, община есть по крайней мѣрѣ юридическое лицо. Крестьянство же цѣлой губерніи ни формально, ни по существу никакого единства не представляетъ. Для того, чтобы возложить на крестьянъ цѣлой губерніи круговую другъ за друга отвѣтственность, нѣтъ ни малѣйшаго юридическаго или житейскаго основанія. Этотъ законъ караетъ такого рода единицу, которой въ глазахъ дѣйствующаго законодательства не существуетъ. Грѣша такимъ образомъ противъ *elegantia juris*, этотъ указъ не можетъ оправдываться и практическими соображеніями: въ концѣ концовъ всякій карательный законъ издается не *rescetur*. Французскій законъ объ отвѣтственности общинъ тѣмъ и объясняютъ, что перспектива грозящей денежной отвѣтственности должна устрашать отдѣльныхъ лицъ, которыя будутъ употреблять свое вліяніе, убѣждая другихъ не скандалить. Но въ виду малоподвижности крестьянства, въ смыслѣ отсутствія постоянныхъ и оживленныхъ сношеній между отдѣльными селеніями, отдаленными другъ отъ друга на десятки верстъ, нельзя говорить объ идейномъ взаимодействіи населенія цѣлой губерніи: если

¹⁾ Собр. Узак. 1902 г., № 56, ст. 597, стр. 822—824.

даже крестьянъ даннаго селенія и испугаетъ возможность денежной отвѣтственности, то это никакъ не можетъ сказаться на селеніяхъ другого конца губерніи. Предположить возможность какого бы то ни было воздѣйствія однихъ на другихъ рѣшительно невозможно: невозможно поэтому и дѣлать ихъ соотвѣтчиками. Они не соучастники.

Въ этомъ отношеніи рассматриваемый указъ стоитъ гораздо ниже своихъ, въ настоящее время во всякомъ случаѣ отжившихъ образцовъ.

Затѣмъ, нельзя не обратить вниманія на то, что это есть карательный законъ, изданный ad hoc, къ спеціальному случаю, и при томъ карательный законъ, которому придано обратное дѣйствіе, который примѣняется къ дѣяніямъ, имѣвшимъ мѣсто до его изданія.

Дальнѣйшею своеобразностью этого указа является предварительное, до какого бы то ни было разслѣдованія отдѣльныхъ случаевъ понесенныхъ убытковъ, огульное, на-глазъ, установленіе общей ихъ цифры для двухъ губерній (пунктъ 1 указа). Судя по точнымъ словамъ указа, назначеніе въ немъ этой суммы (800,000 р.) не имѣетъ характера предварительнаго открытія кредита на приблизительно устанавливаемую сумму. Вторымъ пунктомъ указа повелѣвается: „возложить исчисленіе таковыхъ убытковъ и назначеніе лицамъ, соразмѣрно по соображеніи съ указанною суммою, вознагражденія на особія временныя комиссіи“... Эти слова не могутъ быть поняты иначе, какъ въ видѣ повелѣнія разверстать указанную сумму, по соразмѣрности, между всѣми лицами, заявившими ходатайство о вознагражденіи. Въ виду того, что самая эта сумма назначена на глазъ, получается, что соотвѣтствіе присуждаемой данному лицу суммы размѣру понесенныхъ имъ убытковъ есть не болѣе, какъ вопросъ случая.

Не меньшія возраженія вызываетъ и самый способъ установленія размѣра убытковъ. Исчисленіе убытковъ по каждому данному случаю возложено на особія административныя комиссіи¹⁾. Въ составъ ихъ бросается въ глаза подавляющее большинство, состоящее изъ предводителей дворянства и земскихъ начальниковъ, т. е. изъ представителей того именно класса, который получаетъ вознагражденіе на счетъ крестьянъ, и полное отсутствіе тѣхъ, кто будетъ это вознагражденіе уплачивать, т. е. крестьянъ и какихъ бы то ни было ихъ представителей.

¹⁾ Согласно п. 1 Выс. утв. 31 мая 1902 г. Пол. Ком. М-ровъ, составъ этихъ комиссій былъ слѣдующій: губернаторъ, губ. предв. двор., вице-губ., управляющій Каз. Пал., одинъ изъ непрем. членовъ Губернскаго Прис., уѣздные предводители дворянства, податные инспектора тѣхъ уѣздовъ и земскіе начальники тѣхъ участковъ, въ которыхъ происходили безпорядки.

Еще одностороннѣе поставлено производство выясненія фактической обстановки каждаго даннаго дѣла. Согласно п. 4 того же Выс. утв. Пол. Ком-товъ М-ровъ, „по каждой просьбѣ... временная комиссія поручаетъ мѣстному земскому начальнику или податному инспектору, или же обомъ этимъ лицамъ совмѣстно, подъ руководствомъ уѣзднаго предводителя дворянства, произвести разслѣдованіе на мѣстѣ и оцѣнку непосредственно безпорядками причиненныхъ просителю убытковъ“. Согласно п. 5, это разслѣдованіе представлялось уѣзднему предводителю дворянства и съ его заключеніемъ—временной комиссіи. Податной инспекторъ до нѣкоторой степени можетъ считаться въ дѣлѣ третьимъ, не заинтересованнымъ лицомъ, но его участіе въ разслѣдованіи на мѣстѣ не обязательно. Два же другихъ лица являлись очевидными представителями одной изъ сторонъ, той, которая будетъ получать деньги. Положеніе Комитета Министровъ не требовало даже и того, чтобы показанія просителей были сколько нибудь провѣрены допросомъ тѣхъ, на кого ляжетъ уплата убытковъ,—крестьянъ.

Помѣщичій классъ являлся и стороною, и судьей, и единственнымъ свидѣтелемъ и экспертомъ.

Положеніе тѣмъ болѣе удобное, что и производство дѣла, и постановляемыя рѣшенія оберегались покровомъ канцелярской тайны.

Полученная такимъ образомъ сумма убытковъ по губерніи разверстывалась временною комиссіею между находящимися въ предѣлахъ ея сельскими обществами и селеніями, „обыватели коихъ производили безпорядки, по соображенію съ числомъ участвовавшихъ въ нихъ жителей селеній и обществъ, размѣромъ причиненнаго при ихъ участіи матерьяльнаго ущерба и другими мѣстными условіями, при этомъ принимаются въ расчетъ не только убытки, которымъ была произведена оцѣнка, но и вообще весь матерьяльный ущербъ, причиненный непосредственно безпорядками въ предѣлахъ губерніи“. Эти правила о разверсткѣ присужденной суммы убытковъ поражаютъ прежде всего своею полною неопредѣленностью. Размѣръ причиненнаго вреда при участіи жителей даннаго селенія, по словамъ закона, играетъ только второстепенную роль при установленіи той суммы, которая возлагается на данное селеніе. Числу участниковъ безпорядковъ придается повидимому большее значеніе. На чемъ основано такое постановленіе, изъ этого Положенія Комитета М-ровъ не видно. Но число ли участниковъ въ безпорядкахъ, или размѣръ убытковъ, ими причиненныхъ, это данныя, болѣе или менѣе объективныя, опредѣленныя, или по крайней мѣрѣ опредѣлимыя. Того же нельзя сказать про „другія мѣстныя условія“. Въ законѣ это понятіе рѣшительно ничѣмъ не пояснено, и чѣмъ руководились временныя комиссіи, примѣняя это постановленіе, мы рѣшительно себѣ не представляемъ. Ясно только, что, благодаря этому постановленію, изъ закона была изгнана всякая опредѣленность, и нѣтъ такой неравномѣрности въ рас-

кладкѣ, которая не могла бы быть оправдана и прилично мотивирована. Наибольшее усмотрѣніе въ дѣло разверстки платежей между отдѣльными обществами и въ самое опредѣленіе той суммы, которая должна быть уплачена крестьянами данной губерніи, вносить то постановленіе, что въ расчетъ должны быть приняты „не только убытки, которымъ была произведена оцѣнка, но и весь вообще матерьяльный ущербъ, причиненный непосредственно беспорядками въ предѣлахъ губерніи“. Само собою разумѣется, что возложеніе на крестьянъ уплаты и тѣхъ убытковъ, которымъ никакой оцѣнки произведено не было, вносить въ дѣло такую неопредѣленность, что на поясненіи ея особо останавливаться не стоитъ.

Тотъ фактъ, что согласно тому же Положенію Комитета М-ровъ постановленія мѣстныхъ временныхъ комиссій представляются на утвержденіе Министровъ Внутреннихъ Дѣлъ и Финансовъ ¹⁾, отнюдь положенія дѣла не улучшаетъ, ибо, съ одной стороны, неудовлетворительность положенія дѣла обуславливается неопредѣленностью самого закона, оставляющаго почти безграничное поле для произвола и усмотрѣнія тѣхъ властей, отъ которыхъ зависитъ разрѣшеніе каждаго дѣла, а во вторыхъ, разсмотрѣніе дѣла въ департаментахъ министровъ отнюдь не можетъ исправить недостатковъ той постановки дѣла, которая получилась, благодаря неполному и одностороннему освѣщенію его при первоначальномъ установленіи фактическихъ данныхъ.

Сравнительно съ западно-европейскими законами объ отвѣтственности общинъ за беспорядки, причиненные народными скопищами разсматриваемый указъ представляетъ еще и то существенное, и при томъ невыгодное для него отличіе, что тамъ, на Западѣ, отвѣтственность возлагается на такія самоуправляющіяся единицы, органамъ которыхъ подчинена мѣстная полиція, при чемъ тѣ имѣютъ право требовать, въ случаѣ признаваемой ими нужды, помощи военной силы. Въ Харьковской и Полтавской губ. убытки были причинены на земляхъ, не входящихъ въ составъ волостей, на земляхъ помѣщичьихъ. Сельскія власти вообще были не компетентны въ предѣлахъ разграбляемыхъ земель. Но и тамъ, гдѣ полицейская власть принадлежитъ органамъ сельскаго управленія, она фактически и юридически поставлена такъ, что органы сельскаго общества, сотскіе и десятскіе подчинены органамъ общей полиціи. И если вообще можно говорить о какихъ либо дѣлахъ управленія, что они препоручены сельскимъ обществамъ, то это конечно о дѣлахъ полицейскихъ ²⁾.

¹⁾ Ст. 5, 6 и 8.

²⁾ Согласно ст. 681 Зак. Сост., томъ IX, изд. 1899 г., „Сверхъ должностей, относящихся къ сельскому управленію, по выбору сельскихъ обществъ замѣщаются также должности Сотскихъ и Десятскихъ уѣздной полиціи, принадлежащія къ порядку уѣднаго управленія“.

Поэтому, придя къ тому выводу, что въ дѣлахъ подобнаго рода должно отвѣчать государство, а не самоуправляющаяся единица, мы должны признать, что въ сельскихъ мѣстностяхъ (не говоря уже о городахъ, гдѣ завѣдываніе полиціей всецѣло отдѣлено отъ городского общественнаго управленія) отвѣтственность за безпорядки, причиненныя народными волненіями, должна падать на государство, конечно съ правомъ регресса къ непосредственнымъ виновникамъ этихъ безпорядковъ ¹⁾.

Окладной сборъ, установленный Именнымъ указомъ 11 Мая 1902 г., сложенъ Всемилоствѣйшимъ манифестомъ 11 Августа 1904 г.

Въ этомъ да позволено будетъ видѣть знаменованіе того, что несправедливость этого сбора признана правительствомъ, и на этомъ основаніи позволимъ себѣ надѣяться, что если когда либо, гдѣ либо подобныя безпорядки и повторятся, то они не будутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ установленіе подобнаго сбора, главною тяжестью неминуемо падающаго на лицъ, ни въ чемъ не повинныхъ.

§ 3. На какихъ началахъ должна быть построена отвѣтственность за убытки, причиненные народными скопищами.

Французскій законъ 10 вендемьера IV года относится къ эпохѣ когда идея отвѣтственности казны (и самоуправляющихся единицъ), какъ средства болѣе равномѣрнаго распредѣленія невыгодныхъ сторонъ совмѣстной государственной жизни людей, еще не народилась.

Этотъ законъ есть законъ по существу своему карательнаго характера; и какъ карательный законъ, устанавливающій отвѣтственность юридическихъ лицъ, этотъ законъ долженъ быть признанъ противорѣчающимъ основнымъ началамъ современнаго законодательства. Эта же карательная точка зрѣнія лежитъ въ основѣ и германскихъ законовъ объ отвѣтственности общинъ; она же повидимому возродилась и въ Именномъ указѣ 11 мая 1902 г.

Но стремленіе устрашить всѣхъ жителей общины и такимъ образомъ направить ихъ умы и дѣятельность на предотвращеніе безпорядковъ врядъ ли цѣлесообразно.

Платить всегда будутъ не тѣ, кто грабилъ, и не тѣ, отъ кого зависѣло усмиреніе громилъ. По общимъ правиламъ разверстки всѣхъ налоговъ заплатятъ львиную долю спеціальнаго налога лица, срав-

¹⁾ Съ этой точки зрѣнія долженъ быть разрѣшенъ *de lege ferenda* и вопросъ объ отвѣтственности такихъ безпорядковъ, какъ напр. кишиневскій еврейскій погромъ: такъ какъ въ Кишиневѣ, какъ и во всякомъ городѣ, охраненіе общественной тишины и спокойствія есть дѣло органовъ центральнаго правительства, т. е. общей администраціи, то и отвѣтственность за неправильныя ея дѣйствія, выразившіяся въ неумѣннѣ предупредить и подавить безпорядки должна была бы по закону быть возложена на государство: оно могло бы считаться какъ съ должностными лицами, эти безпорядки попустившими, такъ и съ громилами, ихъ производившими.

нительно достаточныя. Они по общему правилу никогда не принимаютъ участія въ грабежахъ. Это не ихъ дѣло, это дѣло сравнительно и даже абсолютно бѣдной части населенія.

Если же дѣло дошло до того, что лица достаточныхъ классовъ начали принимать участіе въ данномъ движеніи и въ разгромѣ тѣхъ или другихъ зданій, то это показываетъ, что общественное настроеніе дошло до такой точки, что его никакими угрозами о вознагражденіи за вредъ не расхолодить.

Къ тому же и независимо отъ перспективы уплатить какую то часть вознагражденія, имѣющаго быть присужденнымъ съ общины, представители достаточныхъ, „руководящихъ“ классовъ общества и общины, въ виду тѣхъ опасностей, которымъ имущіе классы всегда подвергаются во время общественныхъ беспорядковъ, изъ опасенія, чтобы разгромъ сосѣда не перешелъ въ разгромъ ихъ же имущества, заинтересованы въ охраненіи порядка всѣми зависящими отъ нихъ мѣрами на столько, что если они изъ чувства самосохраненія не смогли сдержатъ беспорядковъ, то конечно не удержатъ ихъ изъ опасенія того, что имъ придется уплатить по разверсткѣ въ видѣ вознагражденія.

Къ тому же не слѣдуетъ и преувеличивать роли „руководящихъ“ классовъ. Мѣстные нотабли врядъ ли имѣютъ что либо общее съ тою толпою громилъ, которая разноситъ лавки и бьетъ стекла. Трудно и представить себѣ, въ чемъ могло бы состоять воздѣйствіе на эту толпу со стороны „буржуа“. Добро бы это были ихъ „клиенты“ въ римскомъ смыслѣ слова. А то это сплошь да рядомъ всякаго рода босяки, зимогоры, люди, которые сегодня здѣсь, завтра тамъ. Регулярные граждане въ роли громилъ какъ то мало представляются возможными. А какое бы то ни было воздѣйствіе на этотъ приливающий и отливающий элементъ, предупреждающее всякія съ его стороны покушенія, представляется невозможнымъ со стороны элементовъ, которымъ придется уплачивать убытки.

Наконецъ, нельзя не замѣтить, что вопросъ объ отвѣтственности кого либо, кромѣ непосредственныхъ виновниковъ беспорядковъ, можетъ получить сколько нибудь существенное практическое значеніе только въ болѣе крупныхъ центрахъ: въ мелкой сельской общинѣ трудно и собрать толпу, которая могла бы произвести серьезные беспорядки, а самое главное, еслибы тамъ такая толпа и собралась, то каждый зналъ бы ея участниковъ, и привлеченіе именно ихъ къ отвѣтственности затрудненій не могло бы представить. Другое дѣло крупные городскіе и фабричныя центры: тамъ и толпѣ образоваться легче, и толпа эта состоитъ изъ лицъ, никому не извѣстныхъ, чужихъ. Какъ только толпу эту удастся разсѣять, участниковъ ея, или большинства ихъ, уже не найти. Тутъ обязанность общины нести отвѣтственность можетъ остаться дѣйствительно обязанностью общины: на непосредствен-

ныхъ виновниковъ по общему правилу этой отвѣтственности тутъ переложить не удается.

Но за то въ сколько нибудь крупномъ центрѣ убытки, даже довольно значительные, по разверсткѣ на каждого жителя даютъ такія сравнительно ничтожныя цифры, что серьезнымъ образомъ говорить объ ихъ устрашающемъ вліяніи, о томъ, чтобы именно ради нихъ лица, принадлежащія къ числу „регулярныхъ гражданъ“, начали предупреждать и пресѣкать беспорядки, невозможно. Если какая либо толпа начнетъ грабить лавки по Шлиссельбургскому тракту, то, пока ея не разгоняютъ, въ день она напортитъ добра тысячъ на сто. По разверсткѣ на миллионное населеніе Петербурга это составитъ на душу одинъ гривенникъ. Такъ неужели для того, чтобы предупредить возможность взысканія съ меня этого гривенника я стану ѣздить по Шлиссельбургскому или иному тракту и вести тамъ умиротворяющую пропаганду для предупрежденія беспорядковъ? Не говоря уже о тѣхъ непріятностяхъ, которымъ я могу подвергнуться за это со стороны одной полиціи,—я не одинъ гривенникъ изведу на извозчика.

Перспектива уплаты этого гривенника никого не обратитъ въ агента-миротворца. И намъ кажется, что законъ объ отвѣтственности общинъ за убытки, причиненные народными беспорядками, ни при какихъ условіяхъ не можетъ имѣть значенія способа непосредственно предупреждать и пресѣкать эти беспорядки. Что же касается тѣхъ элементовъ, которые создаютъ подобныя движенія, или которые въ нихъ принимаютъ участіе, то тѣ, если и будутъ платить, такъ думать объ этомъ не будутъ, если они идутъ на то, чтобы подвергнуться, быть можетъ, тяжелымъ уголовнымъ наказаніямъ, или даже быть убитыми, и если это ихъ не удерживаетъ, то не удержитъ и угроза рублевымъ штрафомъ.

Какъ всякій законъ, устанавливающій отвѣтственность казны или самоуправляющейся единицы, законъ объ отвѣтственности за убытки, причиненные народными беспорядками, обязанъ своимъ появленіемъ не столько юридическимъ соображеніямъ, сколько извѣстному движенію общественнаго мнѣнія, имѣющему корни скорѣе въ политической психологіи.

Франція, утомленная беспорядками 1789—1795 г., издаетъ законъ объ отвѣтственности общинъ. Законъ, какъ мы видѣли, по существу своему самый странный. Никто никогда не могъ усматривать причину послѣдующаго умиротворенія Франціи въ законѣ 10 вентерьера IV г.,—2 октября 1795 г.—Если нужно было отвѣтственностью общинъ подавлять народныя движенія, то законъ этотъ опоздалъ, беспорядки устранились въ силу другихъ, болѣе сильно дѣйствующихъ причинъ.

Въ Германіи 1848 годъ былъ богатъ движеніями и беспорядками; но вѣмцы волновались не долго. И вотъ въ пятидесятыхъ годахъ из-

дается рядъ аналогичныхъ законовъ объ отвѣтственности общинъ, благо французскій образецъ подъ рукою. Законы опоздали и въ Германіи.

Тотъ вредъ, который причиняютъ народныя движенія, почти всегда поражаетъ общественное вниманіе и производитъ огромное впечатлѣніе на общественное мнѣніе. Тутъ выступаетъ на сцену такая сила, которая поражаетъ своимъ стихійнымъ характеромъ. Жертвамъ этого движенія какъ нибудь надо помочь, и вотъ останавливаются на денежной отвѣтственности населенія данной общины, потомъ переходятъ къ отвѣтственности самой общины. Указать какія либо другія основанія для этой отвѣтственности, кромѣ психологическаго эффекта, производимаго народными движеніями, мы не можемъ.

Но этого основанія самого по себѣ вполнѣ достаточно для того, чтобы эта отвѣтственность на дѣлѣ устанавливалась.

Какъ способъ покрытія убытковъ, причиненныхъ беспорядками, отвѣтственность казны или самоуправляющейся единицы представляется конечно единственнымъ справедливымъ выходомъ. Самая возможность беспорядковъ, или по крайней мѣрѣ тотъ фактъ, что они приняли сколько нибудь значительные размѣры, несомнѣнно свидѣтельствуетъ о томъ, что дѣло охраненія общественнаго спокойствія было поставлено неправильно. Кромѣ того, самые народные беспорядки всегда свидѣтельствуютъ о существенныхъ неправильностяхъ всего общественнаго организма. Нѣтъ основанія оставлять послѣдствія этихъ неправильностей на плечахъ случайныхъ жертвъ.

Словомъ, мы тутъ имѣемъ случай отвѣтственности казны или самоуправляющейся единицы за неправильности въ дѣйствіяхъ или организаціи ¹⁾ ея органовъ, ни въ чемъ по существу не отличающійся

¹⁾ Особое юридическое основаніе для отвѣтственности казны и самоуправляющихся единицъ за убытки, причиненные народными волненіями, усматриваетъ К л е в и ц ъ, стр. 110—111, въ государственной обязанности давать защиту.

Но врядъ ли можно утверждать, чтобы въ этомъ специальномъ видѣ отвѣтственности казны, и главнымъ образомъ общинъ, проявлялась какая то особая обязанность государства. Врядъ ли, говоря строго юридически, можно утверждать существованіе такой особой юридической обязанности государства. Никакого особаго юридическаго ея основанія указать нельзя. Конечно, мы ждемъ отъ государства, что оно доставитъ намъ условія безопасности. Но мы ждемъ отъ него, чтобы оно доставило безопасность не только внутреннюю, но и внѣшнюю. Это такая же основная задача государства. Но за неудачно веденную войну обыватели не могутъ предъявлять исковъ къ казнѣ. Да, наконецъ, еслибы обязанность государства давать безопасность гражданамъ дѣйствительно существовала, и еслибы эта обязанность являлась основаніемъ отвѣтственности за убытки, причиненные народными движеніями, то являлось бы совершенно непонятнымъ, почему, во первыхъ, за неисполненіе этой обязанности государства отвѣчаютъ общины, а не само государство, а во вторыхъ, почему изъ всѣхъ преступленій противъ личности и имущества гражданъ установлена отвѣтственность только за массовыя преступленія: не было бы резона слагать

отъ любого другого случая отвѣтственности ¹⁾. Этимъ послѣднимъ соображеніемъ разрѣшается и вопросъ о томъ, кому надо нести отвѣтственность за безпорядки, общинѣ ли или государству.

Не говоря уже о Россіи, гдѣ, въ виду того, что уѣздная и городская полиція не предоставлены органамъ самоуправленія, и гдѣ поэтому общины, земство и города въ случаѣ безпорядковъ рѣшительно не при чемъ,—и въ западныхъ государствахъ безпорядки должны быть въ значительно большей степени приписываемы общему положенію государства, общей его внутренней политикѣ, чѣмъ неправильнымъ дѣйствіямъ общинныхъ властей, завѣдующихъ мѣстными городскими.

Поэтому даже тамъ, гдѣ полиція поручена органамъ самоуправленія, и при томъ даже условіи, чтобы полномочія этихъ органовъ носили такой характеръ, что полиція принимаетъ характеръ „собственныхъ“, а не „рекомендованныхъ“ дѣлъ данной самоуправляющейся единицы, даже и тамъ мы высказывались бы въ пользу прямой отвѣтственности казны.

При этомъ мы находили бы, что отвѣтственность эта во всякомъ случаѣ должна регулироваться общимъ закономъ, который ставилъ бы требованія къ казнѣ на почву права, и что установленіе этой отвѣтственности казны особыми законами ²⁾ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано цѣлесообразнымъ: это придаетъ отвѣтственности казны характеръ милости, чего то невѣрнаго, произвольнаго. Что не менѣе существенно,—это вносить въ уплату вознагражденія элементъ случайности, принимающій характеръ весьма нежелательный. А какъ въ хорошей семьѣ не можетъ быть дѣленія дѣтей на „любимыхъ“ и „постылыхъ“, такъ и въ государствѣ подобное дѣленіе обывателей недопустимо: передъ закономъ и верховною властью всѣ равны.

отвѣтственность съ казны или съ самоуправляющейся единицы за дѣйствія организованной шайки карманниковъ. Изъ старыхъ писателей подобную же обязанность государства по охраненію общественнаго спокойствія усматривалъ Гефтеръ (см. выше, стр. 228—230), но онъ былъ послѣдователенъ и говорилъ о прямой отвѣтственности казны, а не самоуправляющихся единицъ.

¹⁾ Такъ какъ организація однихъ органовъ есть дѣло другихъ, то и отвѣтственность за организацію есть отвѣтственность за дѣйствія.

²⁾ Какъ это напр. имѣло мѣсто во Франціи по поводу безпорядковъ въ 1898 г. въ Латинскомъ кварталѣ или въ Ліонѣ, см. выше, стр. 698.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

I. Такимъ образомъ, господствующія конструкціи самоуправленія не могутъ служить основаніемъ для разрѣшенія вопроса объ отвѣтственности самоуправляющихся единицъ и ихъ органовъ за убытки, причиненные неправильными (или преступными) дѣйствіями должностныхъ лицъ самоуправляющейся единицы.

Вопросъ объ этой отвѣтственности получаетъ твердую опору въ той теоріи, что органы самоуправляющейся единицы суть органы государственной власти, пользующіеся всѣми ея прерогативами и несущіе по существу такія же обязанности, какъ и „непосредственные“ органы государства.

Поэтому отвѣтственность должностныхъ лицъ самоуправленія должна быть, какъ въ порядкѣ ея осуществленія, такъ и по тѣмъ условіямъ, въ какихъ эта отвѣтственность возникаетъ или слагается, та же самая, что и у должностныхъ лицъ коронной службы.

Засимъ, такъ какъ существо самоуправленія въ томъ, что это есть управленіе дѣйствительно децентрализованное, при чемъ децентрализація эта заключается между прочимъ въ полной кассовой обособленности отъ казны, то во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бы мы на основаніи общихъ правилъ признали казну отвѣтственною за дѣйствія должностнаго лица коронной службы, — мы должны признать и кассу самоуправляющейся единицы отвѣтственною за дѣйствія ея органовъ.

Исключеніе изъ этого правила слѣдуетъ сдѣлать лишь для тѣхъ дѣлъ, изъ числа предоставленныхъ самоуправляющимся единицамъ, въ которыхъ ихъ должностныя лица поставлены въ положеніе, подчиненное органамъ казенной администраціи. Въ такихъ дѣлахъ, независимо отъ выборности даннаго должностнаго лица, отвѣтственность за его дѣйствія должна падать не на самоуправляющуюся единицу, а на казну.

II. Совершенно особое положеніе занимаетъ въ законодательствѣ нѣкоторыхъ западныхъ государствъ отвѣтственность сельскихъ и городскихъ общинъ за убытки, причиненные на ихъ территоріи народными скопищами.

Отвѣтственность эта, первоначально имѣвшая цѣлью устроить все населеніе данной общины, мало по малу, въ силу вещей, обрати-

лась въ отвѣтственность общины за упущенія ея должностныхъ лицъ, не сумѣвшихъ предупредить безпорядковъ или помѣшать ихъ развитію.

Первоначальная цѣль этой отвѣтственности, очевидно, никогда достигнута быть не можетъ. Въ современной же своей постановкѣ эта отвѣтственность приобретаетъ характеръ болѣе рациональный; но вполне обоснованною считать эту отвѣтственность общинъ все таки нельзя, такъ какъ дѣйствительною причиною народныхъ волненій всегда являются условія общія, а не мѣстныя, зависящія отъ общинныхъ властей. Во всякомъ случаѣ отвѣтственность общинъ юридически возможна только при томъ условіи, чтобы завѣдываніе полиціею и распоряженіе военною силою принадлежали общиннымъ властямъ.

У насъ, послѣ безпорядковъ въ Харьковской и Полтавской губ. въ 1902 г., была сдѣлана попытка установить эту отвѣтственность общинъ.

Въ виду того, что въ Россіи полиція является органомъ коронной администраціи, и что только коронной администраціи принадлежитъ право требовать содѣйствія военной силы, это подражаніе Западу въ нашихъ русскихъ условіяхъ является совершенно недопустимымъ.

Несправедливость возложенной такимъ образомъ на сельскія общества отвѣтственности признана отмѣною Манифестомъ 11 августа 1904 г. сбора, взимавашагося съ сельскихъ обществъ на покрытіе убытковъ, причиненныхъ движеніями 1902 г.

Въ отмѣнѣ манифестомъ 11 августа 1904 г. сбора, взимавашагося съ сельскихъ обществъ Харьковской и Полтавской губерній на покрытіе убытковъ, причиненныхъ движеніями 1902 г., слѣдуетъ видѣть отказъ русскаго законодательства отъ установленія этой дѣйствительно несправедливой и нераціональной отвѣтственности.