25763.

30593

...АМООБРАЗОВАНІЯ

VII.

ЛЕОНЪ ДЮГИ

КОНСТИТУЦІОННОЕ ПРАВО

ОБЩАЯ ТЕОРІЯ ГОСУДАРСТВА

25763

БИБЛІОТЕКА
Ученаго Комитета Мин. Фин.

2573

БИБЛІОТЕКА ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ,

издаваемая подъ редакціей

А. С. Бѣлкина, проф. *В. И. Вернадскаго*, *Н. Д. Виноградова*, *А. Э. Вормса*, *А. А. Кизеветтера*, проф. *А. А. Мануйлова*, *П. Н. Милюкова*, проф. *П. И. Новгородцева*, *В. Д. Соколова* и проф. *Н. А. Умова*.

XXXVII.

Леонъ Дюги.

КОНСТИТУЦІОННОЕ ПРАВО.

Общая теорія государства.

39

Библіотека НКФ СССР

81591

К

БИБЛІОТЕКА ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ,

ИЗДАВАЕМАЯ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

А. С. Бѣлкина, проф. *В. И. Вернадскаго*, *Н. Д. Виноградова*, *А. Э. Вормса*, *А. А. Кизеветтера*, проф. *А. А. Мануйлова*, *П. Н. Милюкова*, проф. *П. И. Новгородцева*, *В. Д. Соколова* и проф. *Н. А. Умова*.

Изданія Т-ва И. Д. Сытина.

ВЫШЛИ ВЪ СВѢТЪ:

I. Проф. **В. Минто.** Дедуктивная и индуктивная логика. Перев. *С. А. Котляревскаго*, подъ редакціей *В. Н. Ивановскаго*. XXIV+542. Ц. 1 р. 75 к. 6-е изданіе (16, 17, 18, 19 и 20 тысяч. экз.).

II. Исторія Греціи со времени Пелопонесской войны. Сборникъ статей. Перев. подъ редакціей *Н. Н. Шамонина* и *Д. М. Петрушевскаго*. Вып. I. XXVII+451+IV. Вып. II. XX+502+VI. Ц. за оба вып. 3 р. 50 к.

III. Римская имперія. Сборникъ статей въ переводѣ *А. С. Милюковой*. XX+667. Ц. 2 р. 50 к.

IV. **И. Ремсенъ.** Введеніе въ изученіе органической химіи. Перев. *Н. С. Дрентельна*, съ измѣненіями и дополненіями проф. *М. И. Коновалова*. XXVII+517. Ц. 1 р. 75 коп. 3-е изданіе.

V. **Г. Шенбергъ.** Положеніе труда въ промышленности. Перев. *М. Соболева*, подъ редакціей проф. *А. И. Чупрова*. XII+391+VI. Ц. 1 р. 60 к.

VI. **Г. Гефдингъ.** Современная философія. Перев. *А. П. Поливановой*, подъ редакціей *Д. В. Викторова*. XXIV+268+XX. Ц. 1 р. 30 к.

VII. **Б. Н. Чичеринъ.** Политическіе мыслители древняго и новаго міра. Вып. I. XIV+469. Вып. II. 433. Ц. за оба вып. 3 р. 50 к. (Распроданы).

VIII. **И. Ремсенъ.** Введеніе въ изученіе химіи (Неорганическая химія). Переводъ подъ редакціей проф. *М. И. Коновалова*. XXIV+537. Ц. 1 р. 75 к. 3-е изданіе, исправленное и дополненное.

IX. **М. Ферворнъ.** Общая физіологія. Перев. проф. *М. А. Мензбира* и *Н. А. Иванцова*. Вып. I. XX+518. Вып. II. VI+574. Ц. за оба вып. 4 р. (Распроданы.)

X. **Ф. Регельсбергеръ.** Общее ученіе о правѣ. Перев. *И. А. Базанова*, подъ редакціей проф. *Ю. С. Гамбарова*. XIV+295. Ц. 1 р. 40 к. (Распродана).

XI. **Макъ-Кендрикъ** и **Снодграсъ.** Физіологія органовъ чувствъ. Перев. *Н. В. Гороновича*. XX+413. Ц. 1 р. 75 к.

XII. **Фридрихъ Паульсенъ.** Историческій очеркъ развитія образованія въ Германіи. Перев. подъ редакціей *Н. В. Сперанскаго*. VI+336. Ц. 1 р. 30 к.

XIII. Русская исторія съ древнѣйшихъ временъ до Смутнаго времени. Сборникъ статей, изд. подъ редакціей *В. Н. Сторожева*. Вып. I. XXVI+658. Ц. 2 р. 75 к.

XIV. **Г. Лоренцъ.** Элементы высшей математики. Основанія аналитической геометріи, дифференціальнаго и интегральнаго исчисленій и ихъ приложеній къ естествознанію. Переводъ съ дополненіями, измѣненіями и историческимъ очеркомъ развитія математическаго анализа *В. П. Шереметевскаго*. Томъ I. XXXVI+751. Ц. 3 р. 2-е изданіе.—Томъ II. XXIV+595. Ц. 2 р. 50 к. 2-е изданіе. Для покупающихъ оба тома вмѣстѣ—5 р.

XV. **А. Р. Уоллэсъ.** Дарвинизмъ. Съ портретомъ автора. Перев. проф. *М. А. Мензбира*, съ приложеніемъ его статьи: *А. Уоллэсъ и его научное значеніе*. XL+753. Ц. 3 руб.

XVI. **Э. Порритъ.** Современная Англія. Права и обязанности ея гражданъ. Перев. *О. В. Полторацкой*. XVI+368+XXII. Ц. 1 р. 60 к.

XVII. **Т. Гексли** и **Г. Мартинъ.** Практическія занятія по зоологіи и ботаникѣ. Съ 342 рис. въ текстѣ. Перев. *И. А. Петровскаго*, *П. П. Сушкина* и *Н. К. Кольцова*. XXIV+762. Ц. 3 р. 50 к.

XVIII. Исторія Римской республики по Моммсену. Перев. *Н. Н. Шамонина*. Вып. I. XXIV+529. Ц. 2 р. (Распродана).

XIX. **Б. Н. Чичеринъ.** О народномъ представительствѣ. XXVI+812. Ц. 3 р.

XX. **Георгъ Майръ.** Закономѣрность въ общественной жизни. Перев. *Н. Н. Романова*, просмотрѣнный и дополненный *В. Э. Деномъ*, подъ редакціей проф. *А. И. Чупрова*. Съ приложеніемъ діаграммъ и картограммы. XVIII+480. Цѣна 2 р. 25 к. (Распродана).

XXI. **Н. Локіеръ.** Спектроскопъ и его примѣненія. Перев. *С. Г. Займовскаго*, подъ редакціей и съ дополненіемъ очерка: „О новѣйшемъ развитіи спектральныхъ изслѣдованій“ проф. *В. А. Михельсона*. Съ 85 рис. въ текстѣ и 3 цвѣтными спектральными таблицами. XX+234. Ц. 1 р. 75 к.

XXII. **М. А. Ганчъ.** Краткое руководство по стереохиміи. Перев. *З. В. Кикиной*, подъ редакціей проф. *М. И. Коновалова*. XXIV+246. Ц. 1 р.

XXIII. **Т. Грантъ.** Грецiя въ вѣкъ Перикла. Перев. подъ редакціей *Н. Н. Шамонина*. Съ рисунками. XXIV+358. Ц. 1 р. 60 к.

XXIV. **М. Фостеръ** и **Л. Шоръ.** Физіологія для начинающихъ. Перев. *Д. Д. Бекарюкова*. Съ 111 рис. въ текстѣ. XXIII+330. Ц. 1 р. 50 к.

XXV. **В. Я. Желѣзновъ.** Очерки политической экономіи. 6-е изданіе, исправленное и дополненное. XXIII+858. Ц. 2 р. 50 к.

XXVI. **А. В. Дайси.** Основы государственнаго права Англіи. Перев. *О. В. Полторацкой*, подъ редакціей проф. *П. Г. Виноградова*. XXXVI+658. Ц. 2 р. 2-е изданіе.

XXVII. **В. Ѳ. Икономовъ.** Наканунѣ реформъ Петра Великаго. Очерки государственнаго, общественнаго и частнаго быта Московской Руси XVII вѣка. XXIII+304. Ц. 1 р. 25 к.

XXVIII. **А. К. Роджерсъ.** Краткое введеніе въ исторію новой философіи. Перев. *С. С. Зелинскаго*. подъ редакціей *Ю. И. Айхенвальда*. XX+224. Ц. 1 р.

XXIX. **Г. Тардъ.** Преступникъ и преступленіе. Перев. *Е. В. Выставкиной* подъ редакціей *М. Н. Гернета*, съ предисловіемъ *Н. Н. Полянскаго*. XX+324. Ц. 1 р. 25 к.

XXX. **А. Берри.** Краткая исторія астрономіи. Перев. *С. Г. Займовскаго*, подъ редакціей проф. *Р. Ф. Фогеля*. Съ 112 рис. и портретами. XXXIX+606. Ц. 2 р. 50 к.

XXXIII. **Д. Романэсъ.** Духовная эволюція человѣка. Перев. *Е. И. Бошнякъ*, подъ редакціей *Н. Д. Виноградова*. XXV+618. Ц. 2 р.

XXXIV. Проф. **Як. Самойловъ.** Введеніе въ кристаллографію. XXIV+209. Ц. 1 р. 25 к.

XXXVII. **Проф. Дюги.** Конституціонное право. Общая теорія государства. Перев. *А. С. Ященко*, *В. А. Краснокутскаго* и *Б. И. Сыромятникова*. Съ предисловіями къ русскому переводу проф. *П. Новгородцева* и автора. XL+957. Ц. 3 р. 25 к.

ПЕЧАТАЮТСЯ:

XXXI. **Анри Мишель.** Идея государства. Перев. *П. А. Рождественскаго*.

XXXII. **Г. Гефдингъ.** Исторія философіи. Въ 2-хъ томахъ. Перев. *Д. В. Викторова*.

XXXV. **Сталло.** Понятія и теоріи современной физики. Перев. *Г. А. Котляра*.

XXXVIII. **У. Рамзай.** Новѣйшая химія. Перев. *Е. Меньшикова* и *С. Северинова*, подъ редакціей проф. *Л. А. Чугаева*, съ предисловіемъ автора къ русскому, портретомъ и съ дополнительной статьей редактора.

ГОТОВЯТСЯ КЪ ПЕЧАТИ:

XIII. Русская исторія съ древнѣйшихъ временъ до Смутнаго времени. Сборникъ статей, подъ редакціей *В. Н. Сторожева*. Вып. II.

XVIII. Исторія Римской республики по Моммсену. Перев. *Н. Н. Шамонина*. Вып. II.

XXXVI. **А. Гейки.** Творцы геологіи. Перев. *С. Г. Займовскаго*.

ИЛЛЮСТРИРОВАННАЯ СЕРІЯ:

I. **Карлъ Федернъ.** Данте. Перев. *В. М. Спасской*, подъ редакціей *М. Н. Розонова*. Съ многочисленными иллюстраціями.

БРОШЮРНАЯ СЕРІЯ:

ВЫШЛИ ВЪ СВѢТЪ:

I. **В. Круксъ.** О происхожденіи химическихъ элементовъ. Перев. *А. В. Генерозова*, подъ редакціей и съ предисловіемъ проф. *М. И. Коновалова*. XVI+49. Ц. 50 к.
II. Проф. **М. И. Коноваловъ.** Практическія занятія по общей химіи. XXIII+98. Ц. 50 к.
III. **Р. Штаммлеръ.** Задачи права и правовѣдѣнія. Перев. *В. А. Краснокутскаго*. XX+144. Ц. 65 к.
IV. **Г. Еллинекъ.** Декларація правъ человѣка и гражданина. Перев. подъ редакц. *А. Э.Вормса*. 3-е. изданіе, дополненное, XX+86. Ц. 40 к.
V. **Ф. Гизель.** О радіоактивныхъ веществахъ и ихъ лучахъ. Перев. *А. Е. Чичибабина*, подъ ред. проф. *М. И. Коновалова*. XVI+48. Ц. 35 к.
VI. **И. Кантъ.** Вѣчный миръ. Перев. студентовъ *С. М. Роговина* и *Б. В. Чредина*, подъ ред. проф. гр. *Л. А. Камаровскаго*. XXIV+73. Ц. 40 к.

Изданія И. А. Баландина.

I. **Е. Вармингъ.** Ойкологическая географія растеній. Перев. подъ ред. прив.-доцентовъ *М. Голенкина* и *В. Арнольди*. Съ дополненіями по русской флорѣ и 100 рис. въ текстѣ. XXII+522. Ц. 3 р. 50 к.
II. **А. Бэнъ.** Психологія. Перев. подъ редакціей и съ предисловіемъ прив.-доцента *А. Бѣлкина*. Томъ I. Съ 13 рис. въ текстѣ. XXII+417. Ц. 2 р.
III. **А. Фишеръ.** Лекціи о бактеріяхъ. Перев. *А. В. Генерозова*, съ предисловіемъ и статьей „Дыханіе и броженіе“ проф. *Н. Н. Худякова*. 29 рис. въ текстѣ. XVI+229+V+20. Ц. 1 р. 60 к.

КОМИССІЯ
ПО ОРГАНИЗАЦІИ ДОМАШНЯГО ЧТЕНІЯ,

состоящая при Учебномъ Отдѣлѣ О. Р. Т. З.

Удостоена серебряной медали на всемірной выставкѣ въ Парижѣ 1900 г.

Москва, Маросейка, М. Успенскій пер., д. № 3. Телеф. № 136—27.

Программы домашняго чтенія на 1-й годъ систематическаго курса.

Изданіе восьмое, исправленное и дополненное.

Содержаніе: Предисловіе. — Правила для сношеній читателей съ Комиссіей.— Составъ Комиссіи и списокъ пожертвованій въ ея пользу.— Планы систематическаго чтенія на четыре года.— Программы на 1-й годъ.

I. **Математика**: 1) Курсъ общеобразовательный (аналитическая геометрія), 1) курсъ спеціальный (элементарная математика). II. **Науки физико-химическія:** 2) физика (механическій отдѣлъ, ученіе о теплотѣ, звукѣ и свѣтѣ), 2) химія (введеніе и неорганическая химія). III. **Науки біологическія**: введеніе, органографія цвѣтковыхъ растеній и ученіе объ устройствѣ человѣческаго тѣла. IV. **Науки философскія**: программа первая (психологія и логика), программа вторая (логика). V. **Науки общественно-юридическія**: 1) исторія и строеніе общества, 2) политическая экономія. VI. **Исторія**: 1) первобытная культура, 2) древній Востокъ, 3) Греція, 4) Римъ. VII. **Исторія литературы**: греческая и римская. **Списокъ книжныхъ магазиновъ и библіотекъ**, вошедшихъ въ соглашеніе съ Комиссіей относительно снабженія ея читателей книгами. Объявленія.

Цѣна **35** к., съ пересылкой—**50** к., наложеннымъ платежомъ—**60** к.

Программы домашняго чтенія на 2-й годъ систематическаго курса.

Изданіе третье, исправленное и дополненное.

Содержаніе: Предисловіе. — Правила для сношеній читателей съ Комиссіей. — Составъ Комиссіи и списокъ пожертвованій въ ея пользу. — Планы систематическаго чтенія на четыре года. — Программы на 2-й годъ.

I. **Математика**: 1) курсъ общеобразовательный (дифференціальное и интегральное счисленія), 2) курсъ спеціальный (аналитическая геометрія). II. **Науки физико-химическія**: 1) физика (ученіе объ электричествѣ и магнетизмѣ), 2) химія органическая, химія теоретическая и физическая. III. **Науки біологическія**: 1) анатомія растеній, 2) споровыя растенія, 3) сравнительная анатомія животныхъ, 4) гистологія и эмбріологія животныхъ. IV. **Науки философскія**: программа первая (исторія философіи), программа вторая (психологія съ педагогикой). V. **Науки общественно-юридическія**: 1) общее ученіе о правѣ, 2) государственное право (общее западныхъ державъ и русское), 3) экономическая исторія Англіи. VI. **Исторія**: 1) всеобщая (Средніе вѣка), 2) русская (до Смутнаго времени). VII. **Исторія литературы**: 1) всеобщая литература (Средніе вѣка и эпоха Возрожденія), 2) русская литература (до XVII вѣка). **Списокъ книжныхъ магазиновъ и библіотекъ**, вошедшихъ въ соглашеніе съ Комиссіей относительно снабженія ея читателей книгами. Объявленія.

Цѣна **45** к., съ пересылкой—**60** к., наложеннымъ платежомъ—**77** к.

Программы домашняго чтенія на 3-й годъ систематическаго курса.

Изданіе третье, исправленное и дополненное.

Содержаніе: Предисловіе. — Правила для сношеній читателей съ Комиссіей. — Составъ Комиссіи и списокъ пожертвованій въ ея пользу. — Планы систематическаго чтенія на четыре года. — Программы на 3-й годъ.

I. **Науки математическія**. II. **Науки о природѣ неорганизованной (физико-химическія)**: А. Астрономія. Б. Метеорологія и климатологія. III. **Науки о природѣ организованной (біологическія)**: А. Общая физіологія. Б. Физіологія растеній. В. Физіологія животныхъ. IV. **Науки философскія**: программа первая (теорія познанія и метафизика), программа вторая (исторія древней и средневѣковой философіи). V. **Науки общественно-юридическія**: 1) экономическая исторія Россіи, 2) экономія сельскаго хозяйства, 3) экономія промышленности, 4) экономія торговли, 5) гражданское право, 6) уголовное право. VI. **Исторія**: 1) всеобщая исторія (XVI, XVII и XVIII вв.). Программа А. Программа Б, 2) русская исторія XVII и XVIII вв.). VII. **Исторія литературы**: 1) всеобщая литература: А. Испанская литература (XVII и XVIII вв.). Б. Англійская литература (XVII и XVIII вв.). В. Итальянская литература (XVII и XVIII вв.). Г. Вѣкъ ложнаго

классицизма во Франціи. Д. Французская литература (XVIII в.). Е. Нѣмецкая литература (XVII в.). Ж. Нѣмецкая литература (XVIII в.); 2) Русская литература XVIII в. **Программы чтенія по отдѣльнымъ наукамъ**. Этнографія. **Чтеніе по отдѣльнымъ вопросамъ (темамъ).** Отдѣльныя темы по общественнымъ наукамъ. **Приложеніе:** Параллельная программа по экономіи сельскаго хозяйства. Дополнительный списокъ пособій. **Списокъ книжныхъ магазиновъ и библіотекъ**, вошедшихъ въ соглашеніе съ Комиссіей относительно снабженія ея читателей книгами. Объявленія.

Цѣна **60** к., съ пересылкой—**85** к., наложеннымъ платежомъ—**95** к.

Программа домашняго чтенія на 4-й годъ систематическаго курса.

Изданіе третье, исправленное и дополненное.

Содержаніе: Предисловіе. — Правила для сношеній читателей съ Комиссіей. — Составъ Комиссіи и списокъ пожертвованій въ ея пользу. — Планы систематическаго чтенія на четыре года. — Программы на 4-й годъ.

I. **Математика** (спеціальный курсъ): Теоретическая механика. II. **Науки физико-химическія**: Динамическая геологія. III. **Науки біологическія**: А. Палеонтологія. Б. Біогеографія. В. Теорія эволюціи и дарвинизмъ. Г. Самостоятельныя научныя работы по ботаникѣ. IV. **Науки философскія**: программа первая (этика), программа вторая (исторія новой философіи). Темы для письменныхъ работъ по исторіи новой философіи. V. **Науки общественно-юридическія**: Международное право. Соціальная политика. Финансовая наука. VI. **Исторія**: 1) Всеобщая исторія (эпоха французской революціи и XIX вѣкъ). Программа А. (полная). Программа Б. (сокращенная), 2) русская исторія (XIX вѣкъ). VII. **Исторія литературы**: Всеобщая литература. А. Нѣмецкая литература XIX в. Б. Французская литература XIX в. В. Англійская литература XIX в. Г. Итальянская литература XIX в. Д. Русская литература XIX вѣка. **Списокъ книжныхъ магазиновъ и библіотекъ**, вошедшихъ въ соглашеніе съ Комиссіей относительно снабженія ея читателей книгами. Объявленія.

Цѣна **60** к., съ пересылкой—**74** к., наложеннымъ платежомъ—**91** к.

Эпизодическія программы.

Серія I. Содержаніе: „Пирамида“ (Древній Египетъ). *М. О. Гершензона.*—„Средневѣковый городъ“. *А. К. Дживелегова.*—„Исторія французской революціи“. *М. Н. Коваленскаго.* — „Смутное время въ Московскомъ государствѣ“. *Н. Н. Алябьева.* — „Исторія кодификаціи гражданскаго права въ Россіи“. *В. А. Краснокутскаго* и *К. К. Нотгафта.* — „Растительныя сообщества“ Средней Россіи“. *А. Ѳ. Флерова.* — „Валленштейнъ“ Шиллера. *А. Ѳ. Лютера.*—„Байронъ и его время“. *П. С. Когана.*—„Новгородскія былины“. *Н. М. Мендельсона.* — „Городское хозяйство и городскіе финансы“. *П. П. Гензеля.*—„Факторы преступности“. *Н. Н. Полянскаго.* — „Основы судебной реформы 1864 г. — Россіи“. *С. В. Позднышева.*—„Вопросъ о смертной казни въ старой и новой литературѣ“. *С. В. Позднышева.* Изданіе 2-е. Цѣна 20 к., съ перес. — 31 к., налож. платежомъ — 41 к.

Серія II. Содержаніе: „Корея“. *А. А. Борзова.* — „Японія“ *М. Н. Коваленскаго* и *С. Г. Григорьева.* — „Право войны“. *С. А. Ященко.*— „Средневѣковая исторія Англіи“. *Д. М. Петру-*

шевскаго. — „Горе отъ ума“ Грибоѣдова. *Ю. И. Айхенвальда.* — „Анна Каренина“, романъ гр. Л. Н. Толстого. *И. Н. Розанова.* — „Дарвинизмъ“. *Н. К. Кольцова.* Цѣна 15 к., съ перес.—19 к.. налож. платежомъ—36 к.

Сборникъ программъ для чтенія по вопросамъ государственнаго строя.

Содержаніе: Предисловіе. Ч. I. Историческія программы—1) Программы по всеобщей исторіи и 2) Программы по русской исторіи. Ч. II. Программы по вопросамъ государственнаго строя—I. Общая часть. 1. Общее ученіе о правѣ. 2. Исторія философіи права. 3. Государственное право: а) Общее государственное право, б) Государственное право западныхъ державъ и в) Русское государственное право. II. Отдѣльныя программы: 1. Общее ученіе о государствѣ. 2. Государственныя формы. 3. Правовое государство. 4. Раздѣленіе властей. 5. Судъ въ правовомъ государствѣ. 6. Земское самоуправленіе. 7. Политика Аристотеля. 8. Средневѣковая исторія Англіи. 9. Старый порядокъ и революція. 10. Земскіе соборы. 11. Планъ государственнаго преобразованія Сперанскаго и 12. Добавочный списокъ пособій къ программамъ №№ 1, 2 и 3. Цѣна 50 к., съ пересылкой—68 к., наложеннымъ платежомъ—85 к

Отчетъ Комиссіи по организаціи домашняго чтенія за 1896 г. съ приложеніемъ **статистическихъ матеріаловъ** объ ея дѣятельности за 1895 и 1896 гг. Ц. **30** к., съ пересылкой—**43** к., налож. платежомъ—**53** к.

А. В. Горбуновъ. Одинъ изъ опытовъ University Extension въ Россіи. Отчетъ о дѣятельности Комиссіи за 1897 г. Цѣна **15** к., съ пересылкой—**17** к.

„Памяти Ѳ. И. Буслаева“. Съ портретомъ его. Изд. Учебн. Отд. Общ. Распростр. Технич. Знаній. М. 1898 г. Цѣна **75** к.

Ученымъ Комитетомъ Министерства Народнаго Просвѣщенія книга эта **рекомендована** для фундаментальныхъ и ученическихъ, старшаго возраста, библіотекъ среднихъ учебныхъ заведеній, для библіотекъ учительскихъ институтовъ и семинарій, для учительскихъ библіотекъ низшихъ училищъ и для безплатныхъ народныхъ читаленъ.

„Тридцать лѣтъ жизни Учебнаго Отдѣла Общества Распространенія Техническихъ Знаній“. Съ 5 портретами и 15 біографіями. Составилъ **А. Е. Грузинскій.** М. 1902 г. Ц. 1 р.

СКЛАДЪ ИЗДАНІЙ при Учебномъ Отдѣлѣ: Москва, Маросейка, М. Успенскій пер., д. № 3. Телефонъ № 136—27.

Леонъ Дюги,
профессоръ Бордоскаго университета.

БИБЛІОТЕКА
Ученаго Комитета Мин. фин.

КОНСТИТУЦІОННОЕ ПРАВО.

30593.

Общая теорія государства.

Переводъ приватъ-доцентовъ Московскаго университета
А. Ященко, В. Краснокутскаго
и Б. Сыромятникова.

Съ предисловіями къ русскому переводу
проф. П. Новгородцева
и автора.

Типографія Т-ва И. Д. Сытина, Пятницкая улица, свой домъ.
Москва.—1908.

ОТЪ РЕДАКЦІИ «БИБЛІОТЕКИ ДЛЯ САМООБРАЗОВАНІЯ».

За послѣднія десятилѣтія въ русскомъ обществѣ замѣчается несомнѣнное усиленіе интереса къ самообразованію. Оживленіе издательской дѣятельности, устройство въ провинціи курсовъ и публичныхъ лекцій, появленіе кружковъ спеціалистовъ, ставящихъ своей задачей помощь самообразованію,—все это дѣлаетъ очевиднымъ, что потребность въ серьезномъ чтеніи сознается у насъ все болѣе расширяющимися общественными кругами. Къ сожалѣнію, популяризація знаній, необходимыхъ для всякаго образованнаго человѣка, все еще далеко не идетъ вровень съ этимъ быстрымъ усиленіемъ спроса на чтеніе со стороны жаждущей просвѣщенія публики. Оригинальныхъ популяризаторовъ у насъ еще слишкомъ мало, а выборъ переводныхъ произведеній далеко не всегда дѣлается лицами, которыя соединяли бы въ себѣ пониманіе потребностей современнаго русскаго читателя съ хорошимъ знаніемъ иностранной популярной литературы. Отъ этого на нашемъ книжномъ рынкѣ такъ часто появляются книги, нужныя только тѣмъ, кто могъ бы прочесть ихъ и въ иностранномъ подлинникѣ, и, наоборотъ, многихъ книгъ, которыя были бы нужны всякому образованному человѣку, на русскомъ языкѣ не существуетъ. Въ результатѣ одинаково страдаютъ и интересы издателей и интересы читающей публики.

Въ послѣднее время, однако, въ издательское дѣло замѣтно проникла свѣжая струя. Старыя и вновь

возникающія фирмы издаютъ множество популярныхъ книгъ для чтенія и самообразованія. Къ этого рода изданіямъ принадлежитъ и «Библіотека для самообразованія». Но среди другихъ подобныхъ изданій она занимаетъ свое особое мѣсто въ связи съ той спеціальной цѣлью, которую она преслѣдуетъ. Эту цѣль, долженствующую сообщить всѣмъ выпускамъ «Библіотеки для самообразованія» нѣкоторое внутреннее единство, редакція считаетъ нужнымъ особенно подчеркнуть.

«Библіотека для самообразованія» находится въ самой тѣсной связи съ московской «Комиссіей по организаціи домашняго чтенія», начавшей свою дѣятельность при «Учебномъ Отдѣлѣ Общества Распространенія Техническихъ Знаній» въ 1893 году, и редакторы «Библіотеки для самообразованія» обыкновенно состоятъ членами Комиссіи.

Составляя свои «программы» систематическаго чтенія, Комиссія, какъ видно изъ ея проспекта, имѣетъ въ виду соединить общедоступность чтенія съ его серьезностью и основательностью. Съ этой цѣлью въ каждой программѣ указанъ тотъ *необходимый минимумъ* познаній, безъ усвоенія котораго ознакомленіе съ соотвѣтствующимъ отдѣломъ науки нельзя признать сколько-нибудь основательнымъ. *Всѣ* книги, необходимыя для пріобрѣтенія такого минимума познаній, указаны *на русскомъ языкѣ*, и почти всѣ онѣ доставляются читателямъ Комиссіей на льготныхъ условіяхъ (см. «Правила для сношеній съ Комиссіей», перепечатанныя въ концѣ настоящаго тома). Относительно способа усвоенія *необходимыхъ* пособій даны въ программахъ ближайшія указанія. Всѣ указанія Комиссіи дѣлаются такъ, чтобы ими могли воспользоваться лица трехъ категорій: 1) лица, вовсе не имѣвшія возможности пріобрѣсти правильнаго средняго образованія, но болѣе или менѣе привыкшія читать серьезныя книги популярно-научнаго содержанія; 2) лица, окончившія курсъ средней школы и не получившія высшаго образованія, и 3) лица,

окончившія высшую школу, которыя пожелали бы съ помощью Комиссіи освѣжить забытыя знанія, пополнить пробѣлы или пріобрѣсти новыя свѣдѣнія въ незнакомыхъ имъ отдѣлахъ наукъ. При составленіи «программъ» Комиссія имѣла въ виду нѣкоторый средній уровень читателей. Этотъ средній уровень характеризуется въ глазахъ Комиссіи не столько количествомъ пріобрѣтенныхъ свѣдѣній, сколько извѣстной привычкой къ серьезному чтенію. Умѣнье читать серьезную книгу есть необходимое условіе успѣшности самообразованія. Къ сожалѣнію, это умѣнье принадлежитъ къ числу навыковъ, которые трудно передать съ помощью однихъ письменныхъ сношеній. Комиссіи поневолѣ приходится предполагать, что у ея читателей этотъ навыкъ уже пріобрѣтенъ.

Содержаніе книжекъ, издаваемыхъ въ «Библіотекѣ для самообразованія», находится въ прямой зависимости отъ намѣченныхъ Комиссіей цѣлей, какъ онѣ охарактеризованы въ приведенныхъ выдержкахъ изъ ея проспекта. Редакція «Библіотеки для самообразованія» вводитъ въ свою серію только такія книги, изъ которыхъ каждая даетъ необходимый минимумъ познаній, безъ усвоенія котораго ознакомленіе съ соотвѣтствующимъ отдѣломъ науки нельзя признать сколько-нибудь основательнымъ. Другими словами, «Библіотека для самообразованія» состоитъ изъ ряда пособій, признанныхъ Комиссіей «необходимыми» для усвоенія ея «программъ», но не существовавшихъ до сихъ поръ въ русской популярной литературѣ или же вышедшихъ изъ продажи, а также изданныхъ въ неудовлетворительномъ переводѣ. Съ подобными пробѣлами постоянно принуждена считаться всякая программа для самообразованія. Притомъ, чѣмъ она общѣе и энциклопедичнѣе, тѣмъ пробѣловъ оказывается больше, и тѣмъ необходимѣе становится создать литературу, спеціально приспособленную для самообразовательныхъ цѣлей, какъ ихъ ставитъ та или другая программа. Англійскія

и американскія общества содѣйствія самообразованію давно уже стали на этотъ путь — созданія спеціально приспособленныхъ къ программамъ пособій. Подборъ такихъ пособій и представляетъ «Библіотека для самообразованія». Въ тѣхъ случаяхъ, когда въ заграничной популярной литературѣ имѣются вполнѣ подходящія сочиненія, редакція издаетъ переводы ихъ; если же подходящихъ пособій не имѣется, то редакція издаетъ сборники, хрестоматіи, компиляціи или оригинальныя произведенія, приспособленныя къ программамъ Комиссіи. Такимъ образомъ, для руководителей «домашняго чтенія» и ихъ читателей облегчается зависимость отъ случайнаго наличнаго состава популярной литературы, имѣющейся на русскомъ языкѣ; а читающая публика вообще получаетъ рядъ общедоступныхъ руководствъ по всѣмъ отраслямъ общеобразовательныхъ знаній.

Благодаря содѣйствію издательской фирмы Т-ва И. Д. Сытина, редакція имѣетъ возможность придать книжкамъ «Библіотеки для самообразованія» внѣшній видъ, соотвѣтствующій европейскимъ изданіямъ этого рода, не поднимая въ то же время цѣны изданія выше обыкновенной. Соотвѣтствующій форматъ и прочный переплетъ должны отвѣчать назначенію «Библіотеки для самообразованія», цѣль которой — дать рядъ основныхъ пособій, предназначенныхъ для постояннаго употребленія.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Предисловіе проф. П. Новгородцева къ русскому переводу XX
Предисловіе автора къ русскому переводу XXXI

Введеніе.

1. Объективное и субъективное право 1
2. Основаніе права. 3
3. Доктрины индивидуальнаго права 5
4. Критика индивидуалистической доктрины 8
5. Доктрины соціальнаго права. 11
6. Соціальная солидарность. 12
7. Право, основанное на соціальной солидарности . 17
8. Общее понятіе государства. 24
9. Происхожденіе государства 27
10. Теократическія доктрины. 28
11. Демократическія доктрины. 34
12. Критика демократическихъ доктринъ. 41
13. Естественное образованіе государства. 48
14. Цѣль и функціи государства. 55
15. Юридическая конструкція государства. 58
16. Связанность государства правомъ. 64
17. Публичное право. 73
18. Дѣленіе публичнаго права. 77
19. Публичное и частное право 86

Общая теорія государства.

Глава первая.

Элементы государства.

20. Принципъ общей теоріи государства. 98

Стр.

A. Коллективность.

21. Нація. 101
22. Нація, какъ субъективный элементъ государства. 108
23. Положеніе индивидовъ, какъ членовъ націй. Участіе въ выборахъ 115

B. Территорія.

24. Территорія, какъ субъективный элементъ государства. 127
25. Выводы изъ субъективнаго характера территоріи. 132
26. Территорія, какъ граница политической власти. 137
27. Права государства надъ нѣкоторыми частями своей территоріи. 143

C. Суверенитетъ.

28. Общее понятіе суверенитета. 150
29. Анализъ суверенитета, понимаемаго, какъ повелѣвающая власть государства 155
30. Выводы изъ изложенной теоріи суверенитета . . 168
31. Понятіе суверенитета, разсматриваемаго какъ особый характеръ публичной власти. 179
32. Вопросъ о суверенитетѣ въ федеральномъ государствѣ 187

Глава вторая.

Функціи государства.

33. Функціи государства въ юридическомъ смыслѣ . 195

A. Законодательная функція.

34. Законъ въ матеріальномъ смыслѣ 200
35. Законъ, какъ общее предписаніе. 205
36. Законъ, какъ предписаніе повелительнаго характера 218
37. Санкція закона. 235

Стр.

B. Административная функція.

38. Административная функція и административный актъ. 244
39. Нѣкоторыя доктрины относительно природы административной функціи. 251
40. Регламенты не являются административными актами. 258
41. Политическіе акты не являются административными актами. 273
42. Юридическая теорія административнаго акта. . . 282
43. Различные виды административныхъ актовъ. . . 301

C. Юрисдикціонная функція.

44. Сложность юрисдикціонной функціи. 322
45. Субъективная юрисдикція 330
46. Объективная юрисдикція. 338
47. Исполнительная функція не является специфической юридической функціей государства. 355

81591

Глава третья.

Органы государства.

48. Правительство — матеріальная сила. 363
49. Французская теорія органовъ государства. . . . 372
50. Германская теорія юридическаго органа 381

A. Высшій прямой органъ.

51. Прямое правленіе. 393
52. Представительное правительство. 410
53. О нѣкоторыхъ особыхъ теоріяхъ политическаго представительства 425

B. Органы представительства.

54. Раздѣленіе властей въ конституціи 1791 года . . 430
55. Раздѣленіе властей въ дѣйствующемъ правѣ. . . 448
56. Парламенты. Ихъ составъ 458
57. Парламенты. Ихъ назначеніе. 475

Стр.
58. Монархическія правительства 537
59. Республиканскія правительства 549
60. Отношеніе между парламентомъ и правительствомъ. 560
61. Парламентскій режимъ. 568
62. Парламентскій режимъ и конституція 1875 г. . . 585

C. Агенты государства.

63. Различіе агентовъ-чиновниковъ и агентовъ-служащихъ 591
64. Мнимое различіе между чиновниками власти и чиновниками исполненія. 600
65. Назначеніе агентовъ 607
66. Положеніе агентовъ. Компетенція 625
67. Положеніе агентовъ. Дисциплина и отвѣтственность 639
68. Увольненіе агентовъ. 662

Глава четвертая.

Право и государство.

69. Общія понятія 672
70. Право и законъ 674
71. Декларації правъ 678
72. Содержаніе и характеръ декларацій правъ. . . . 687
73. Принципъ равенства. 695
74. Свобода вообще 704
75. Индивидуальная свобода. 711
76. Случаи, при которыхъ индивидуальная свобода подчинена полицейскому режиму 724
77. Неприкосновенность жилища. 746
78. Свобода труда, торговли и промышленности. . . 750
79. Свобода труда. Профессіональные синдикаты. . . 756
80. Монополизированные и подчиненные полицейскому режиму производства и виды торговли. . 763
81. О рабочемъ договорѣ. 772
82. Свобода мнѣнія. 778
83. Свобода собраній. 785

Стр.

84. Свобода преподаванія 792
85. Исторія свободы обученія 801
86. Свобода печати. 813
87. Право петицій. 823
88. Религіозная свобода 832
89. Отдѣленіе церквей и государства 848
90. Свобода союза 875
91. Конгрегаціи 884
92. Право собственности. 895
93. Положительныя обязанности государства. 906
94. Санкція обязанностей государства, какъ законодателя. 915
95. Право и государство, какъ администраторъ и судья 927
96. Отвѣтственность государства. 931
97. О сопротивленіи насилію. 941

Предисловіе г. Дюги и §§ 1—19, 36—37, 52—59, 69—97 (стр. 1—97, 218—244, 410—566, 672—957) переведены *А. Ященко*, §§ 20—32, 38—50, 60—68 (стр. 98—194, 244—393, 560—671)—*В. Краснокутскимъ* и §§ 33—35 и 51 (стр. 195—218, 393—410) — *Б. Сыромятниковымъ*.

ПРЕДИСЛОВІЕ КЪ РУССКОМУ ПЕРЕВОДУ.

Авторъ сочиненія, предлагаемаго русской публикѣ въ настоящемъ выпускѣ «Библіотеки для самообразованія», принадлежитъ къ числу самыхъ выдающихся представителей науки государственнаго права во Франціи. На ряду съ нимъ можетъ быть поставленъ только Эсменъ, главный трудъ котораго по конституціонному праву давно уже появился въ двухъ русскихъ переводахъ и пользуется широкой и вполнѣ заслуженной извѣстностью среди русскихъ читателей. Но въ то время, какъ Эсменъ представляетъ собою типическаго выразителя традиціонной доктрины, совершенно нетронутаго современнымъ критическимъ духомъ, Дюги, напротивъ, всецѣло проникнутъ этимъ духомъ критики, который принимаетъ у него подчасъ крайнія формы, переходитъ въ духъ разрушенія и отрицанія всего, что идетъ отъ прошлаго, что составляетъ принятую догму. И это отрицаніе относится не только къ французской доктринѣ, которую слѣдуетъ признать весьма отсталой въ смыслѣ болѣе глубокой теоретической разработки, оно одинаково распространяется и на нѣмецкую науку. Дюги хочетъ проложить новые пути и построить совершенно новое зданіе.

Такая чрезмѣрная критика и столь смѣлое новаторство нерѣдко сами по себѣ внушаютъ подозрѣніе.

Разрывать совершенно съ прошлымъ и все начинать сызнова—не значитъ ли это отрицать преемственность научнаго развитія, отвергать цѣнные элементы прошлаго и признавать только за своимъ временемъ и за собою монополію истины? Въ защиту Дюги слѣдуетъ сказать, что современная наука государственнаго права, дѣйствительно, представляется шаткою въ своихъ основахъ и требующей коренного пересмотра. Автору этихъ строкъ уже пришлось высказать ту мысль, что нѣмецкая наука, отринувъ старыя свои основанія, не нашла новыхъ и своими исканіями только подтвердила свою недостаточность [1]). Что же касается господствующей французской школы, лучшимъ представителемъ которой является Эсменъ, то у ней эти старыя основанія высказываются въ крайне элементарной формѣ, совершенно непріемлемой для современнаго сознанія. Но еще большимъ оправданіемъ Дюги является то,—съ чѣмъ самъ онъ, впрочемъ, менѣе всего согласится,—что его доктрина, при всемъ своемъ смѣломъ новаторствѣ, въ основѣ своей не столько создаетъ нѣчто безусловно новое, сколько возрождаетъ, — конечно, въ измѣненномъ видѣ, — старое естественное право. Во всякомъ случаѣ, какъ бы ни судили о чрезмѣрномъ критицизмѣ, свойственномъ Дюги, нельзя не признать, что его критическія стремленія дѣйствуютъ освѣжающе: соединяясь съ многосторонней и основательной эрудиціей, они производятъ впечатлѣніе, заставляютъ пересмотрѣть многое изъ того, что кажется общепризнаннымъ, и укрѣпляютъ тотъ духъ анализа, ко-

---

[1]) См. статью мою „Государство и право“ въ журналѣ „Вопросы Фил. и Псих.“ за 1904 г., №№ 74 и 75.

торый составляетъ необходимое условіе плодотворнаго движенія науки.

Я сказалъ, что доктрина Дюги представляетъ собою возрожденіе естественнаго права. Этой стороной своей она примыкаетъ къ широкому и все болѣе растущему движенію современной юриспруденціи. Но для того, чтобы это утвержденіе не показалось произвольнымъ, необходимы разъясненія: мы должны отмѣтить у Дюги такіе элементы, которые роднятъ его съ указаннымъ современнымъ движеніемъ.

Читая книгу Дюги, мы на первыхъ же страницахъ встрѣчаемъ его заявленія, изъ которыхъ видно, какъ онъ понимаетъ задачу современной государственной науки. Говоря о нѣмецкихъ доктринахъ, которыми «вдохновляются наиболѣе извѣстные представители публичнаго права въ Германіи, въ частности Лабандъ и Еллинекъ», онъ замѣчаетъ: «мы отвергаемъ ихъ со всею возможною энергіей; съ такими доктринами невозможно добиться юридическаго ограниченія дѣйствій государства» (стр. 4). Изъ дальнѣйшаго мы узнаемъ, что эта проблема не нова: «она возникла въ умѣ человѣка съ того дня, какъ онъ началъ размышлять о соціальныхъ явленіяхъ». Отъ прошлаго мы имѣемъ опытъ разрѣшенія этой проблемы въ индивидуалистической доктринѣ: «она позволила въ первый разъ точно установить ограниченіе государства правомъ» (стр. 8). Но индивидуалистическая доктрина, о которой говоритъ Дюги, есть не что иное, какъ доктрина естественнаго права, съ которой онъ самъ такимъ образомъ устанавливаетъ свое родство. Проблема, которую ставила она, та же самая, что и проблема, занимающая Дюги. Правда,

признавая проблему, онъ отвергаетъ способъ ея разрѣшенія, данный школою естественнаго права. Однако доводы, которые онъ приводитъ, убѣждаютъ насъ только въ томъ, что подъ индивидуалистической доктриной и школой естественнаго права онъ разумѣетъ нѣкоторыя устарѣлыя формы ихъ выраженія, тѣмъ легче поддающіяся опроверженію, что ихъ никто не возьмется теперь защищать. Индивидуалистическая доктрина въ томъ видѣ, какъ ее излагаетъ и критикуетъ Дюги, не существуетъ болѣе; но взамѣнъ ея возникла и развивается другая,— въ основѣ своей также индивидуалистическая—доктрина, свободная отъ тѣхъ недостатковъ, которые онъ приписываетъ индивидуализму. «Естественный, изолированный человѣкъ, рождающійся свободнымъ и независимымъ отъ другихъ людей» есть дѣйствительно «пустая абстракція». Точно такъ же и «абсолютное равенство всѣхъ людей» — кто съ этимъ не согласится — «противорѣчитъ фактамъ». Но современная индивидуалистическая доктрина, включившая въ свои ученія понятіе соціальной эволюціи, ничего подобнаго не утверждаетъ. А причисляя къ идеальнымъ правамъ личности право на достойное человѣческое существованіе, она открываетъ возможность установить положительныя юридическія обязанности государства, что, по мнѣнію Дюги, является для индивидуализма невозможнымъ (стр. 10). Болѣе того: современная индивидуалистическая доктрина не только не отрицаетъ принципа солидарности, отъ котораго исходитъ Дюги, но включаетъ этотъ принципъ въ число своихъ необходимыхъ постулатовъ Вмѣсто двойства доктринъ индивидуальнаго и соціальнаго

права, о которомъ говоритъ Дюги, возможно ихъ сочетаніе, о которомъ онъ не упоминаетъ [1]).

По мнѣнію почтеннаго ученаго, «индивидуалистическая доктрина не можетъ быть принята, такъ какъ она покоится на апріорномъ и гипотетическомъ утвержденіи». Но, спросимъ мы, на какомъ основаніи покоится доктрина солидаризма? Утвержденіе, что человѣкъ по природѣ существо соціальное, конечно, не можетъ считаться апріорнымъ и гипотетическимъ, ибо оно вытекаетъ изъ фактовъ. Но доктрина солидаризма утверждаетъ, въ качествѣ своего основанія, нѣчто бо̀льшее, чѣмъ указанное фактическое положеніе: она говоритъ о *соціальномъ долгѣ* человѣка, о томъ, что «его права суть лишь *послѣдствія его обязанностей*» (стр. 13). Соціальная солидарность есть *фактъ*, это безспорно; но соціальная солидарность, согласно этой доктринѣ, есть также и *долгъ*, и мы въ правѣ спросить, откуда это вытекаетъ? Вывести долгъ изъ факта—немыслимо; ab esse ad necesse non valet consequentia, таково старинное философское положеніе, и пока намъ не указали иныхъ основаній соціальнаго долга, мы имѣемъ право утверждать, что доктрина солидарности покоится на апріорномъ и недоказанномъ утвержденіи. Дюги не знаетъ другого основанія соціальныхъ обязанностей, кромѣ фактическаго положенія и силы вещей (стр. 18), и потому наше замѣчаніе всецѣло относится къ его построенію.

---

[1]) Болѣе подробныя разъясненія по этому поводу даются въ моемъ трудѣ: „Кризисъ современнаго правосознанія“, глава II.

Мы говоримъ объ этомъ не для того, чтобы отрицать идею солидарности. Напротивъ, мы ее всецѣло принимаемъ. Мы утверждаемъ только, что для нея необходимо найти болѣе твердыя основанія и выяснить ея философское и практическое значеніе. Мы утверждаемъ, съ другой стороны, что роль этой идеи въ построеніи Дюги та же самая, что роль индивидуалистической идеи въ доктринѣ естественнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, какова его главная цѣль?—Показать, что *необходимо принять нѣкоторую объективную норму, стоящую надъ положительнымъ правомъ и одинаково обязательную какъ для подданныхъ, такъ и для государства.* Но вѣдь это и есть самое существенное стремленіе естественнаго права, и если Дюги, въ отличіе отъ нѣмецкаго и русскаго разрѣшенія этой проблемы, стремится утвердить свое построеніе исключительно на фактахъ и на измѣнчивыхъ историческихъ данныхъ (стр. 20), то на этомъ пути онъ создаетъ для себя лишь непреодолимыя затрудненія: релятивизмъ, который онъ отстаиваетъ, не только не даетъ твердыхъ основаній для установленія идеи долга, но совершенно разрушаетъ эту идею и приводитъ къ моральному нигилизму.

Шаткая по своимъ философскимъ основаніямъ, теорія солидаризма, въ томъ видѣ, какъ она высказывается у Дюги, представляется намъ и недостаточно продуманной въ своихъ практическихъ послѣдствіяхъ. Главное послѣдствіе, которое выводитъ изъ нея уважаемый профессоръ, состоитъ въ утвержденіи связанности государства правомъ; но тотъ же самый результатъ, какъ онъ говоритъ, вытекаетъ и изъ теоріи индивидуальныхъ правъ (стр. 70).

Равнымъ образомъ и другія послѣдствія идеи солидарности, о которыхъ мы узнаемъ по разбросаннымъ и — надо сказать — немногочисленнымъ замѣчаніямъ автора, одинаково могутъ быть выведены изъ теоріи индивидуалистической: таковы право на вспоможеніе, на обученіе и т. п. Мы предлагаемъ читателю продѣлать такую задачу: прочесть отъ начала и до конца книгу Дюги и выяснить, въ какой мѣрѣ на его отдѣльныхъ построеніяхъ отразилась идея солидарности. Мы не сомнѣваемся въ результатѣ: трудно было бы не согласиться съ тѣмъ, что отраженіе этой идеи въ доктринѣ Дюги является лишь недостаточнымъ и поверхностнымъ. Мы не ставимъ этого въ вину автору: мы полагаемъ, что это вытекаетъ изъ существа дѣла. Иначе и не могло быть при обработкѣ *современнаго конституціоннаго права*. Рѣчь идетъ вѣдь здѣсь не о тѣхъ спеціальныхъ связяхъ, которыя вытекаютъ изъ соціальной природы человѣка и съ неизбѣжностью отражаются на всемъ содержаніи права, а о тѣхъ соціальныхъ обязанностяхъ, которыя по отношенію къ дѣйствующему праву являются постулатами, а не фактами, такъ какъ они еще не проникли въ него. «Доктрины соціальнаго права въ настоящее время еще лишь вырабатываются, — говоритъ Дюги, — соціалистическое пониманіе права стремится повсюду, въ теоріи, въ юриспруденціи и даже въ положительномъ правѣ, замѣнить собою индивидуалистическое пониманіе. Въ этотъ переходный періодъ трудно съ точностью овладѣть доктринами различныхъ публицистовъ, и мы должны ограничиться попыткою построить собственную послѣдовательную теорію» (стр. 12). Неудивительно, что при обработкѣ дѣйствующаго права

соціалистическое пониманіе, вытекающее изъ принципа солидарности, не могло найти для себя мѣста. Тутъ возможно было одно изъ двухъ: или послѣдовать за Антономъ Менгеромъ въ его попыткѣ построить «Новое ученіе о государствѣ», въ духѣ соціалистическомъ, или же ограничиться простымъ установленіемъ соотвѣтствующихъ постулатовъ, показавъ ихъ частичное осуществленіе въ современной соціальной политикѣ и изобразивъ дѣйствующее конституціонное право такъ, какъ оно есть. Послѣдовательной теоріи современнаго конституціоннаго права на принципѣ солидарности построить невозможно. Въ этомъ отношеніи у Дюги есть очевидная неясность.

Во всякомъ случаѣ, мы должны признать, что его попытка внести понятіе солидарности въ кругъ идей государственной науки есть большая заслуга и несомнѣнный шагъ впередъ. Если не считать Менгера, который не является спеціалистомъ по государственному праву, Дюги — единственный изъ выдающихся представителей своего предмета, вводящій въ область юриспруденціи начала новаго общественнаго сознанія [1]). На этой почвѣ возможна дальнѣйшая плодотворная работа, возможна переоцѣнка старыхъ понятій и еще болѣе рѣшительное преобразованіе традиціонныхъ воззрѣній, чѣмъ то, которое мы находимъ у Дюги. Произведенная имъ критическая работа скорѣе относится къ формальному моменту,

---

[1]) См. отзывъ о Дюги М. М. Ковалевскаго въ сборникѣ „Русская высшая школа общественныхъ наукъ въ Парижѣ“. Спб. 1905 г., стр. 530. (Статья: «Взглядъ на общій ходъ развитія политической мысли во второй половинѣ XIX в.»).

чѣмъ къ существу дѣла. Онъ придаетъ слишкомъ большую цѣну юридическимъ конструкціямъ и употребляетъ слишкомъ много усилій на борьбу съ конструкціями господствующими, между тѣмъ какъ дѣло вовсе не въ этомъ. Намъ представляется, напримѣръ, совершенно ошибочнымъ придавать какое-то роковое значеніе понятію юридической личности государства, какъ это дѣлаетъ Дюги. Если это понятіе имѣетъ только конструктивный смыслъ и ограничивается рамками формально-юридическаго построенія, оно не имѣетъ въ себѣ ничего опаснаго. Точно такъ же намъ кажется безплодной борьба съ терминомъ: субъективное право. Въ другомъ крупномъ произведеніи: «L'État, le droit objectif et la loi positive», впервые выдвинувшимъ Дюги въ ряды выдающихся государственниковъ, почтенный профессоръ старался какъ можно менѣе употреблять выраженіе: субъективное право, называя объективной властью — власть, принадлежащую волѣ, желающей согласно съ нормою права, и юридическимъ субъективнымъ положеніемъ — эффектъ, производимый юридическимъ актомъ. Въ учебникѣ конституціоннаго права онъ, напротивъ, считаетъ «своей обязанностью согласоваться съ ходячей терминологіей и пользоваться выраженіемъ: субъективное право» (стр. 24, прим. 1). Возможно ли было бы такое отступленіе отъ собственныхъ конструкцій, если бы онѣ имѣли дѣйствительно рѣшающее значеніе? Возможно ли, напримѣръ, для Еллинека пользоваться конструкціями Зейделя или наоборотъ? Ясно, что новаторство Дюги въ этомъ направленіи имѣетъ лишь второстепенное значеніе и едва ли можетъ разсчитывать на прочный успѣхъ. Какъ кажется, уважаемый

авторъ не свободенъ отъ того крайняго юридическаго реализма, который придаетъ юридическимъ конструкціямъ несоотвѣтствующее имъ значеніе — быть исчерпывающимъ и точнымъ выраженіемъ дѣйствительныхъ отношеній, а не только искусственнымъ и вспомогательнымъ построеніемъ этихъ отношеній для цѣлей юридической техники [1]).

Но и въ этой области, въ критикѣ господствующихъ юридическихъ конструкцій, мы должны признать талантъ автора и его діалектическія способности. Это не легковѣсная критика поверхностнаго ума, несогласнаго съ другими по недоразумѣнію, по непониманію ихъ взглядовъ; это плодъ серьезной и хорошо продуманной мысли, заслуживающей внимательнаго къ себѣ отношенія. Господствующая наука, въ лицѣ Эсмена, слишкомъ легко отстраняетъ отъ себя новыя идеи, подъ именемъ «нѣмецкихъ отвлеченностей, которыя едва ли проникнутъ во французскіе умы» [2]). Она замыкается и противъ идей солидарности и братства, считая ихъ выходящими за границы права. Тѣмъ съ большимъ признаніемъ мы должны отнестись къ начинаніямъ Дюги, и тѣ замѣчанія, которыя мы сдѣлали, имѣли въ виду лишь показать, что эти начинанія ставятъ рядъ сложныхъ и важныхъ проблемъ, которыя не могутъ быть рѣшены сразу.

Затрудненія современной государственной науки могутъ быть преодолѣны только совокупными усиліями многихъ, только продолжительной и прилеж-

---

1) См. разсужденія Дюги по поводу юридической конструкціи государства, стр. 58—64.

2) См. Droit Constitutionnel. 4-me édition, p. 38 (оцѣнка идей Дюги).

ной работой новыхъ государственниковъ, отрѣшившихся отъ старыхъ предразсудковъ. Дюги дѣлаетъ въ этомъ отношеніи первые шаги.

Въ этомъ смыслѣ мы горячо рекомендуемъ его книгу русскимъ читателямъ, какъ сочиненіе свѣжее, живое и будящее мысль.

П. Новгородцевъ.

Юрьевъ, Лифл. губ.
20 мая 1908 г.

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА КЪ РУССКОМУ ПЕРЕВОДУ.

Прежде всего мы обращаемся съ нашею живѣйшею благодарностью къ компетентнымъ ученымъ, которые пожелали дать русской публикѣ переводъ этой книги. Предпріятіе было не легкимъ. Но мы увѣрены, что они успѣшно довели его до конца и сумѣли вполнѣ точно передать французскій текстъ на свой прекрасный русскій языкъ. По ихъ просьбѣ, мы здѣсь остановимся на нѣкоторыхъ общихъ идеяхъ, которыя руководили нами при составленіи нашей книги.

I.

Первая глава этой книги содержитъ изложеніе юридической теоріи государства, по которой государство является націей, живущей на территоріи осѣдло, *обладающей характеромъ личности*, суверенной и представленной правительствомъ,—однимъ словомъ, коллективнымъ территоріальнымъ, суверенным и организованнымъ въ правительство лицомъ. Мы излагаемъ эту доктрину суверенной личности государства не потому, что мы ее принимаемъ (мы полагаемъ, что по достоинству оцѣнили ее въ нашей книгѣ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, опубликованной въ 1901 г.); нами руководило при этомъ лишь

то соображеніе, что она до сихъ поръ занимаетъ еще значительное мѣсто въ современныхъ доктринахъ публичнаго права, и что лучшее средство показать ничтожество и противорѣчія этой теоріи—изложить ее въ ея подробностяхъ.

Теорія государства, какъ коллективнаго и суверенаго лица, является чисто абстрактнымъ построеніемъ, ведущимъ свое начало отъ *Общественнаго договора* Ж. Ж. Руссо и отъ ложнаго понятія *совокупнаго Я (moi commun)* или коллективнаго сознанія. Ея элементы были точно формулированы во французскихъ декларацiяхъ и конституціяхъ революціонной эпохи. Эта теорія была принята и развита новѣйшей нѣмецкой школой публичнаго права и особенно ученымъ гейдельбергскимъ профессоромъ Еллинекомъ. Во французскихъ декларацiяхъ и конституціяхъ она имѣла, въ качествѣ противовѣса, принципъ индивидуальныхъ естественныхъ правъ, предшествующихъ и возвышающихся надъ государствомъ. Конституція 1791 г. (тит. 1) торжественно подтвердила, что законодатель не можетъ издавать ни одного закона, «который наноситъ ущербъ или препятствуетъ осуществленію естественныхъ и гражданскихъ правъ». Но современные нѣмецкіе авторы отвергли, и не безъ основанія, старую доктрину индивидуальныхъ естественныхъ правъ, сохраняя, однако, въ то же время, теорію государства, какъ территоріальной коллективности, суверенной и обладающей характеромъ личности.

Однако, въ такомъ видѣ эта теорія легко дѣлается орудіемъ деспотизма. Такъ какъ, если государство является самимъ обществомъ, а право есть продуктъ общества, то государство становится единственнымъ

творцомъ права; и все, что ни пожелаетъ государство, есть право. Нѣтъ права, предшествующаго государству; нѣтъ права, возвышающагося надъ государствомъ; нѣтъ права противъ государства; есть лишь право благодаря государству. Нѣмецкими авторами не было найдено другого основанія для ограниченія государственныхъ властей, кромѣ очень хитроумной, но очень искусственной и слабой теоріи *самоограниченія* государства. Государство-суверенъ, говоритъ Іерингъ, а послѣ него Еллинекъ, связано правомъ, которое оно создало и обнародовало, такъ какъ оно добровольно подчиняется ему. Несмотря на это, его суверенитетъ остается при немъ, потому что оно это дѣлаетъ, опредѣляясь лишь самимъ собой, а существенный признакъ суверенитета есть *самоопредѣленіе*. Оно подчиняется изданному имъ праву, такъ какъ оно поняло, что, дѣйствуя согласно праву, оно достигнетъ большаго повиновенія. Оно подчиняется праву въ той мѣрѣ и на то время, которое оно опредѣляетъ. Странное ограниченіе, которое зависитъ отъ воли того, къ кому оно обращается!

Мы отвергаемъ эту теорію: она не согласуется съ фактами, а нашей мыслью было постоянно искать такія теоріи, которыя отвѣчаютъ реальнымъ явленіямъ. Мы отвергаемъ эту теорію, такъ какъ она безсильна установить ограниченіе власти государства, а для насъ задачею юриста прежде всего должно быть установленіе твердаго основанія для ограниченія государственныхъ властей правомъ. Таковы общія идеи, господствующія во всѣхъ нашихъ сочиненіяхъ и которыя особенно руководили нами при составленіи настоящаго руководства.

II.

Мы доказали, полагаемъ, въ нашей книгѣ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, что въ дѣйствительности государство есть не что иное, какъ результатъ диференціаціи между слабыми и сильными, происшедшей въ данномъ обществѣ подъ вліяніемъ очень различныхъ и измѣнчивыхъ причинъ и въ очень различныхъ и измѣнчивыхъ формахъ. Но какова бы ни была политическая конституція страны, индивидъ или группы индивидовъ, обладающія властью, являются не больше, какъ индивидомъ или группой индивидовъ, которые, вслѣдствіе стеченія обстоятельствъ, смогли монополизировать въ свою пользу наибольшую силу, какова бы ни была эта послѣдняя: физическая, моральная, религіозная, экономическая или численная. Это не важно. То, что называютъ политической властью, является лишь фактическою властью, продуктомъ естественной эволюціи обществъ, которую нельзя объявлять законной въ силу ея происхожденія.

Лица, фактически надѣленныя политической властью, съ давнихъ временъ пытались ее оправдать. Для этого они придумали два не имѣющія никакой цѣны объясненія, стоящія другъ друга: теократическую доктрину и доктрину демократическую. О первой не стоитъ даже и говорить. Это историческій фактъ, любопытный для изученія; но это политическое воззрѣніе не имѣетъ позитивной реальности и, слѣдовательно, безплодно. О демократической теоріи достаточно сказать, что мнимая національная воля всегда есть лишь воля большинства, и что это

большинство, какъ бы многочисленно оно ни было, не имѣетъ права навязывать свою волю, какъ таковую, членамъ меньшинства. Изъ этого вытекаетъ слѣдующая идея, для насъ основная, руководящая нами при всѣхъ нашихъ изслѣдованіяхъ въ публичномъ правѣ и проникающая каждую страницу этого руководства: всякій, кто обладаетъ политической властью, будетъ ли это отдѣльный человѣкъ, классъ или численное большинство страны, обладаетъ ею фактически, а не по праву, и дѣйствія, которыя онъ производитъ, приказы, которые онъ формулируетъ, законны и обязательны для повиновенія только въ томъ случаѣ, если они соотвѣтствуютъ верховной нормѣ права, обязательной для всѣхъ управляющихъ и управляемыхъ.

Каково основаніе этой нормы права? Это основаніе можетъ быть лишь соціальнымъ и позитивнымъ. Мы попытались найти его въ общественной солидарности. Развитіе этой идеи мы дали въ I и II главахъ нашей книги *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Для насъ юридическая норма, обязательная для всѣхъ и въ частности для правителей, заключается въ томъ, чтобы отдавать силу, которой они располагаютъ, на служеніе общественной солидарности, т.-е. не только ничего не дѣлать, что противорѣчитъ этой солидарности, но и еще дѣлать все, что находится въ ихъ власти для ея увеличенія и развитія.

Но, въ концѣ-концовъ, вопросъ объ основаніи права—второстепеннаго порядка. Существованіе нормы права, возвышающагося надъ правителями и управляемыми и обязательнаго для нихъ, есть необходимый постулатъ. Подобно тому, какъ вся геометрія покоится на Эвклидовомъ постулатѣ, точно такъ же и

вся жизнь современныхъ народовъ покоится на этомъ постулатѣ нормы права. Такимъ образомъ, право не есть политика силы, какъ говорилъ это Іерингъ, оно не есть дѣло государства: оно предшествуетъ ему и возвышается надъ нимъ; оно является границей государственной силы, и государство есть не что иное, какъ сила, отданная на служеніе праву.

III.

Послѣ всего сказаннаго очевидно, что первымъ долгомъ, возлагаемымъ нормой права на тѣхъ, кто фактически обладаетъ властью, является организовать эту власть въ условіяхъ, какъ можно болѣе охраняющихъ индивидовъ противъ произвола и низводящихъ до минимума опасность нарушенія права со стороны правящихъ лицъ. Наиболѣе дѣйствительное средство, придуманное до сихъ поръ людьми, чтобы достигнуть этой цѣли, заключается въ томъ, чтобы привлечь какъ можно большее число индивидовъ къ осуществленію государственной власти или, по крайней мѣрѣ, къ контролю надъ нею; но такъ какъ въ современныхъ большихъ странахъ народъ самъ не можетъ осуществлять или контролировать этой государственной власти, то ему предоставляютъ назначать представителей, которые отъ его имени вотируютъ законы и надзираютъ за правительствомъ. Дѣйствительно, существованіе парламента, избраннаго всеобщимъ голосованіемъ и имѣющаго преобладающее вліяніе въ странѣ, является политическимъ учрежденіемъ, которое обезпечиваетъ управляемымъ серьезныя гарантіи. Но пусть не поду-

маютъ, что народъ пріобрѣлъ и сдѣлалъ неприкосновенной свою свободу съ того дня, какъ онъ обладаетъ парламентомъ, избраннымъ всеобщимъ голосованіемъ. Избранный народомъ, парламентъ очень легко начинаетъ считать себя всемогущимъ; онъ легко дѣлается тираническимъ, а тиранія коллективности столь же грозна, если не болѣе, какъ и тиранія одного человѣка. Примѣръ французскаго Конвента съ избыткомъ это показалъ. Поэтому должны быть приняты серьезныя гарантіи и противъ всеобщаго избирательнаго права и противъ избраннаго имъ парламента.

Прежде всего, нѣтъ сомнѣнія что всеобщее избирательное право возможно только въ странѣ, гдѣ образованіе широко распространено, и гдѣ каждый имѣетъ ясное сознаніе о своемъ участіи въ общественной солидарности. Кромѣ того, всеобщее избирательное право должно быть дисциплинировано и организовано. Дисциплинировано благодаря образованію и дѣйствію настоящихъ правительственныхъ партій, т.-е. партій, которыя стремятся къ завладѣнію власти ихъ представителями и къ торжеству своихъ политическихъ принциповъ, а не только къ низверженію лицъ, находящихся у власти и къ дѣлежу ихъ добычи. Всеобщее избирательное право должно быть организовано такимъ образомъ, чтобы избранный парламентъ дѣйствительно представлялъ не только индивидовъ, но и партіи и соціальныя группы. Всеобщее избирательное право, не органическое, а чисто матеріалистическое, какимъ оно, къ нашему большому сожалѣнію, существуетъ до сихъ поръ во Франціи, является карикатурою всеобщаго избирательнаго права и часто отдаетъ управленіе страной въ руки настоящей олигархіи.

Кромѣ того, мало дисциплинировать и организовать всеобщее избирательное право — надо также ограничить власть выборнаго парламента. Народъ, который далъ бы парламенту, избираемому имъ, всю власть, принадлежавшую раньше абсолютному монарху, перемѣнилъ бы только господина. Даже избранный всеобщимъ голосованіемъ парламентъ не творитъ права; онъ также долженъ быть слугою права; онъ не можетъ дѣлать ничего противнаго нормѣ права; и онъ долженъ совершать извѣстныя дѣйствія, которыя норма права предписываетъ ему.

Дабы избѣжать опаснаго всемогущества парламента, лучшій способъ, который былъ найденъ, заключается въ такъ называемомъ (не точно) *раздѣленіи властей*, точнѣе сказать въ *сотрудничествѣ властей*. «Необходимо, чтобы власть останавливала власть»,— сказалъ Монтескье; но онъ сказалъ также, что «власти вынуждены итти согласно»... Слѣдуетъ поэтому, чтобы власть осуществлялась въ сотрудничествѣ представителями всѣхъ соціальныхъ силъ, существующихъ въ странѣ, каковые представители будутъ ограничивать другъ друга самымъ своимъ существованіемъ и своимъ сотрудничествомъ. Поэтому, если въ данной странѣ монархическая вѣра и лоялизмъ по отношенію къ династіи составляютъ настоящую соціальную силу, существующую рядомъ съ силой всеобщаго избирательнаго права, то монархъ и избранный парламентъ естественно образуютъ органы государства. Одинъ не будетъ высшимъ, а другой низшимъ. Они будутъ равны; одному не будутъ даны исключительно одни атрибуты, а другому исключительно другіе. Они будутъ сотрудни-

чать во всѣхъ государственныхъ функціяхъ, но будутъ дѣлать это различнымъ образомъ, вслѣдствіе своей различной структуры. Если возникаетъ конфликтъ, апелляція будетъ сдѣлана къ избирательному корпусу путемъ роспуска или референдума.

Такова система въ своихъ существенныхъ элементахъ. Она можетъ подвергнуться многимъ видоизмѣненіямъ, сообразно странамъ, въ которыхъ она должна быть примѣнена; и законодателю-учредителю каждой страны надлежитъ примѣнить ее къ соціальному и политическому состоянію своего народа. Но повсюду, для полезнаго и нормальнаго функціонированія, эта система требуетъ извѣстной степени политическаго воспитанія страны, большой честности и совершенной добросовѣстности лицъ, находящихся у власти,— монарха, министровъ и депутатовъ.

Такимъ образомъ, главное вездѣ въ томъ, чтобы народъ всегда зналъ, а лица у власти никогда не забывали, что въ свободной странѣ нѣтъ raison d'Etat, что никто ни выше ни ниже права; что деспотизмъ одинаково ненавистенъ, проистекаетъ ли онъ отъ монарха, отъ отдѣльнаго класса, отъ избраннаго парламента, или отъ избирательнаго корпуса; что долгъ всѣхъ бороться противъ деспотизма и особенно старательно его предупреждать; что все должно быть дѣлаемо по праву и для права.

Таковы нѣкоторыя общія идеи, которыя вдохновляли автора этой книги. Она есть результатъ двадцатилѣтняго преподаванія, которое, разумѣется, имѣло свои слабости, но которое постоянно было

вдохновляемо страстнымъ культомъ истины и права. Пусть это руководство принесетъ работающей молодежи русскихъ университетовъ отголосокъ французскаго преподаванія публичнаго права и составитъ новую связь между французскою мыслью и русскимъ народомъ!

Protosseur de droit à l'Université de Bordeaux

Léon Duguit.

Bordeaux, 4 octobre 1907.

Введеніе.

1. **Объективное и субъективное право.**—Однимъ и тѣмъ же словомъ *право* обозначаютъ двѣ вещи, которыя, хотя, безъ сомнѣнія, глубоко проникаютъ другъ друга, однако чрезвычайно различаются между собою, именно *право объективное* и *право субъективное*.

Объективное право или *правовая норма* есть правило поведенія, обязательное для индивидовъ, живущихъ въ обществѣ, правило, соблюденіе котораго разсматривается въ данный моментъ обществомъ, какъ гарантія общаго интереса, и нарушеніе котораго вызываетъ коллективную реакцію противъ виновника такого нарушенія.

Субъективное прово есть власть индивида, живущаго въ обществѣ. Это—власть лица получить отъ общества признаніе желаемаго результата, когда мотивъ, опредѣляющій актъ его воли, является цѣлью, признанной объективнымъ правомъ законной.

Эти выраженія *объективное право* и *субъективное право* являются господствующими въ современной юридической терминологіи. Уже давно они постоянно употребляются нѣмецкими юристами, а за послѣдніе годы получили право гражданства и во французской юридической литературѣ. Нѣкоторые изъ французовъ съ сожалѣніемъ и критически смотрятъ на эти, презрительно ими называемыя, нѣмецкія заимствованія. Дѣло не въ названіяхъ; для насъ важно выражаемое ими различіе, котораго напрасно французскіе юристы

въ теченіе долгаго времени не проводили ясно. Вообще же говоря, выраженія *объективное право* и *право субъективное*—удобны, ясны и точны, и поэтому пользованіе ими вполнѣ законно.

Относительно природы объективнаго права, понимаемаго какъ правило соціальнаго поведенія обязательнаго для человѣка въ силу соціальной санкціи, мнѣнія сходятся. Разногласія возникаютъ по поводу опредѣленія субъективнаго права, но они болѣе кажущіяся, чѣмъ дѣйствительныя. Опредѣленію, данному выше, часто противополагаютъ формулу Іеринга: „права суть юридически защищаемые интересы“ [1]). Противоположеніе лишь кажущееся; если основаніе субъективнаго права заключается единственно въ интересѣ носителя этого права, то соціальная его цѣнность проявляется лишь въ тотъ моментъ, когда этотъ интересъ утверждается вовнѣ проявленіемъ воли носителя права или какого-нибудь другого лица, такъ что соціальное субъективное право сводится къ *власти хотѣть (pouvoir de vouloir)* [2]).

Нѣкоторые авторы различаютъ субъективныя права и *рефлексы объективнаго права;* подъ этимъ послѣднимъ выраженіемъ они разумѣютъ правомочія, которыя даетъ законъ волѣ отдѣльныхъ лицъ, но для защиты которыхъ не существуетъ соціальной организаціи [3]). Въ настоящемъ руководствѣ не мѣсто обсуждать по существу такое положеніе; достаточно упомянуть, что, во-первыхъ, признанная самимъ Еллинекомъ фактическая невозможность опредѣлить случаи, когда имѣется *субъективное право* и когда только *рефлексъ объективнаго права,* составляетъ важное возраженіе противъ этой доктрины, и что, во-вторыхъ, понятіе *субъективнаго права* требуетъ лишь признанія со стороны общества власти хотѣть, и потому для субъективнаго права нѣтъ необходимости, чтобы для защиты этой *власти хотѣть* существовала положительная организація [4]).

---

[1]) Ihering, *„Esprit du droit romain“*, французское изданіе, 1878, IV, стр. 326.

[2]) Ср. въ этомъ смыслѣ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 изд., 1905, стр. 44.

[3]) См. особ. Jellinek, *System*, стр. 67—81.

[4]) Ср. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 140 и сл.

2. **Основаніе права.**—Для правильной постановки и вѣрнаго пониманія вопроса, представимъ себѣ идеальное общество, гдѣ не было бы ни политической власти, ни писанныхъ законовъ. Существовало ли бы право въ подобномъ обществѣ, и каково было бы основаніе этого права?

Что право въ такомъ обществѣ существовало бы, намъ кажется безспорнымъ. Мы даже .скажемъ: нужно, чтобы право существовало. Мы прекрасно знаемъ, что, подъ вліяніемъ Гегеля и Іеринга, цѣлая школа, главнымъ образомъ въ Германіи, учитъ, что право понимается лишь какъ созданіе государства и можетъ существовать лишь съ того дня, когда государство его формулировало или, по крайней мѣрѣ, его санкціонировало. По нашему мнѣнію, надо энергично отвергнуть такое пониманіе права. Если бы нельзя было установить основанія права, помимо созданія его государствомъ, то слѣдовало бы утверждать, *какъ постулатъ*, существованіе права, предшествующаго государству и стоящаго надъ нимъ. Современное сознаніе чувствуетъ властную нужду въ правовой нормѣ, съ одинаковой непоколебимостью обязательной какъ для государства, обладателя силы, такъ и для его подданныхъ. Впрочемъ, вполнѣ возможно доказать, что и помимо своего созданія государствомъ, право имѣетъ прочное основаніе, предшествуетъ государству, возвышается надъ послѣднимъ и, какъ таковое, обязательно и для него.

Іерингъ писалъ: „Признаніе, что право обусловлено государствомъ, было большимъ прогрессомъ современной философіи права по сравненію съ доктринами естественнаго права. Но заходятъ слишкомъ далеко, когда говорятъ вмѣ-

стѣ съ Гегелемъ, что періодъ, предшествовавшій образованію государства, лишенъ всякаго научнаго интереса“ [1]). Въ другомъ мѣстѣ Іерингъ говоритъ: „Право есть сумма принудительныхъ нормъ, примѣняемыхъ въ государствѣ; такъ какъ государство имѣетъ монополію принужденія, то только нормы, надѣленныя государствомъ этимъ свойствомъ, являются правовыми; государство есть единственный источникъ права“ [2]). Этими доктринами вдохновляются наиболѣе извѣстные представители публичнаго права въ Германіи, въ частности Лабандъ и Еллинекъ; онѣ имѣютъ нѣкоторое вліяніе и на молодую французскую школу. Мы отвергаемъ ихъ со всею возможною энергіей: съ такими доктринами невозможно добиться юридическаго ограниченія дѣйствій государства. И болѣе того, невозможно даже, если принять эти доктрины, дать истинное обоснованіе публичному праву; дѣйствительно, далѣе (§ 17) будетъ показано, какъ шатка основа *самоограниченія* государства, на которой много авторовъ, вслѣдъ за Іерингомъ, хотятъ обосновать все публичное право.

Необходимо сказать нѣсколько словъ о доктринѣ Гирке и примыкающихъ къ нему юристовъ. По мнѣнію этихъ послѣднихъ, нѣтъ вопроса о томъ, существуетъ ли право до государства и независимо отъ него: государство не рождаетъ права, какъ право не рождаетъ государства; ни то ни другое не могутъ существовать другъ безъ друга. Но самъ Гирке приходитъ къ заключеніямъ, которыя чрезвычайно приближаются къ указаннымъ и отвергнутымъ выше. Въ самомъ дѣлѣ, онъ пишетъ: „Хотя соціальныя функціи государства и права различны по природѣ, однако онѣ устанавливаются одна другою и могутъ найти свое полное осуществленіе лишь одна посредствомъ другой. Безъ помощи государственной власти, право не можетъ вполнѣ выполнить своей миссіи..., право находитъ свою законченность лишь тогда, когда государство представляетъ въ его распоряженіе свою мощь“. Такимъ образомъ, для Гирке идея права независима отъ идеи государства; но если онъ, повидимому, и допускаетъ, что право запрещаетъ государству производить извѣст-

---

[1]) Ihering, *Der Zweck im Rechte*, 1877, I, стр. 241.
[2]) Ibid., стр. 318.

ныя дѣйствія, то онъ не утверждаетъ (а для насъ это существенно), что государство, въ силу стоящей надъ нимъ правовой нормы, обязано производить извѣстныя дѣйствія [1]).

Человѣческій разумъ чувствуетъ властную нужду такъ опредѣлить основаніе права, понимаемаго какъ соціальная норма, чтобы эта норма была обязательна не только для индивидовъ, но и для самого государства, каково бы при этомъ ни было пониманіе государства и несмотря на то, что современное государство является предъ нами прежде всего, какъ создатель нормъ, повиновеніе которымъ оно санкціонируетъ матеріальной силою, находящейся въ его распоряженіи.

Проблема не нова, она возникла въ умѣ человѣка съ того дня, какъ онъ началъ размышлять о соціальныхъ явленіяхъ. Доктрины, предложенныя для рѣшенія проблемы, безконечны, и толстыхъ книгъ не хватило бы, чтобы изложить ихъ возникновеніе и ихъ выводы. Однако намъ кажется, что эти доктрины, какъ онѣ ни многочисленны, сводятся къ двумъ различнымъ и основнымъ тенденціямъ и, слѣдовательно, могутъ быть раздѣлены на двѣ группы: 1) доктрины *индивидуальнаго* и 2) доктрины *соціальнаго* права.

3. **Доктрины индивидуальнаго права.**—Какъ ни разнообразны эти доктрины, всѣ онѣ сводятся къ слѣдующимъ основнымъ идеямъ.

Являясь въ міръ, человѣкъ, какъ таковой, обладаетъ извѣстной властью, извѣстными субъективными

---

[1]) Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* въ *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, Tübingen, *XXX*, стр. 160, 1874; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, 1889, въ частности стр. 205 и 206. Критику этихъ различныхъ доктринъ см. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, гл. II. — Ср. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, 1906; Seidler, *Das juristische Kriterium des Staats*, 1905.

правами, которыя составляютъ его *естественныя индивидуальныя права.* Онъ рождается *свободнымъ*, т.-е. съ правомъ свободно развивать свою физическую, умственную и нравственную дѣятельность, и въ то же время онъ имѣетъ право на результаты этой дѣятельности. Онъ имѣетъ право заставить всѣхъ уважать эту физическую, умственную и нравственную свободу; такимъ образомъ для всѣхъ возникаетъ обязанность уважать свободное развитіе физической, умственной и нравственной дѣятельности каждаго, и эта обязанность есть первооснова права, соціальная норма.

Но силою самихъ вещей, охрана индивидуальныхъ правъ всѣхъ дѣлаетъ необходимымъ соотвѣтствующее ограниченіе индивидуальныхъ правъ каждаго. Отсюда слѣдуетъ, что въ индивидуалистической доктринѣ правовая норма, съ одной стороны, заставляетъ всѣхъ уважать индивидуальныя права каждаго, а съ другой стороны, ограничиваетъ индивидуальныя права каждаго, чтобы обезпечить охрану индивидуальныхъ правъ всѣхъ. Такимъ образомъ отправляются отъ субъективнаго права, чтобы подняться до объективнаго права; право объективное обосновываютъ на субъективномъ правѣ.

Эта доктрина заключаетъ въ себѣ идею равенства людей, такъ какъ всѣ люди рождаются съ одинаковыми правами и должны сохранить одинаковыя права. Ограниченія правъ каждаго, сдѣлавшіяся необходимыми благодаря соціальной жизни, должны быть одинаковыми для всѣхъ; ибо если бы они были различными, люди одной и той же соціальной группы не имѣли бы всѣ одинаковыхъ правъ. Равенство, въ сущности, не есть право, но тѣмъ не менѣе ува-

жать это равенство государство обязано, ибо если бы государство посягнуло на него, то тѣмъ самымъ оно неизбѣжно нарушило бы чьи-либо права.

Съ другой стороны, эта доктрина заключаетъ въ себѣ ту идею, что норма права должна быть всегда одинаковой для всѣхъ временъ, странъ и народовъ; въ самомъ дѣлѣ, она основывается на естественныхъ индивидуальныхъ правахъ человѣка, которыя были, есть и будутъ всегда и повсюду, для всѣхъ людей, одинаковыми правами. Несомнѣнно, народы имѣютъ болѣе ясное или менѣе ясное сознаніе о существованіи и объемѣ этихъ правъ и соціальной нормы, изъ нихъ вытекающей; но тѣмъ не менѣе, идеальное, абсолютное, естественное право существуетъ; человѣческія общества съ каждымъ днемъ все болѣе къ нему приближаются; одни еще очень отъ него удалены, другіе болѣе близки; это восхожденіе къ чистому праву имѣетъ моменты остановки, даже попятнаго движенія, но оно постоянно; и всѣ народы земли движутся къ этому общему идеалу. Задача юристовъ трудиться надъ отысканіемъ этого юридическаго идеала; задача законодателя реализовать его и санкціонировать.

Въ слѣдующемъ параграфѣ мы попытаемся показать, насколько искусственна эта доктрина индивидуальнаго права. Но тѣмъ не менѣе она представляетъ первостепенный фактъ въ исторіи юридической мысли. Ея начало коренится въ отдаленномъ прошломъ; окончательно она выработана въ XVIII вѣкѣ и свое точное выраженіе нашла въ *Декларації правъ 1789 г.* „Люди рождаются и остаются свободными и равными въ правахъ. Цѣль всякаго политическаго соединенія есть сохраненіе естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ человѣка. Осуществленіе естественныхъ правъ человѣка не имѣетъ другихъ границъ, кромѣ тѣхъ, которыя обезпе-

чиваютъ другимъ членамъ общества поль ованіе тѣми же правами“ (ст. 1, 2, 4).

Наши законы и наши кодексы въ большинствѣ случаевъ проникнуты духомъ этой доктрины. Хотя индивидуалистическая доктрина покоится на неправильныхъ идеяхъ, тѣмъ не менѣе она сослужила громадную службу и была значительнымъ шагомъ впередъ: она позволила въ первый разъ точно установить ограниченіе государства правомъ [1]).

4. **Критика индивидуалистической доктрины.**—По нашему мнѣнію, индивидуалистическая доктрина не можетъ быть принята, такъ какъ она покоится на апріорномъ и гипотетическомъ утвержденіи. Въ самомъ дѣлѣ, утверждаютъ, что естественный человѣкъ, т.-е. человѣкъ, взятый, какъ изолированное существо, отдѣльное отъ другихъ людей, облеченъ извѣстными прерогативами, извѣстными правами, принадлежащими ему потому, что онъ человѣкъ, «въ силу высокаго достоинства человѣческой личности», по выраженію Анри Мишеля. Однако такое утвержденіе совершенно произвольно. Естественный, изолированный человѣкъ, рождающійся свободнымъ и независимымъ отъ другихъ людей и имѣющій право въ силу этой свободы, этой независимости, есть пустая абстракція. Въ дѣйствительности, человѣкъ рождается членомъ коллективнаго цѣлаго; онъ всегда жилъ въ обществѣ и не можетъ жить иначе, какъ въ обществѣ. Отправнымъ пунктомъ всякой доктрины объ основаніи права, несомнѣнно, долженъ быть естественный человѣкъ; но естественный человѣкъ не является изолированнымъ и свободнымъ существомъ философовъ XVIII вѣка; это—индивидъ, взятый въ узахъ

---

[1]) Ср. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891; Henri Michel, *L' idée de l' Etat*, 1896.

соціальной солидарности. Такимъ образомъ слѣдуетъ утверждать не то, что люди рождаются свободными по праву, а то, что они рождаются членами коллективнаго цѣлаго и въ силу этого факта подлежатъ всѣмъ обязательствамъ, которыя требуются поддержаніемъ и развитіемъ коллективной жизни.

Съ другой стороны, абсолютное равенство всѣхъ людей,—логическое завершеніе индивидуалистическаго принципа,—противорѣчитъ фактамъ. Люди, далекіе отъ равенства, въ дѣйствительности существенно отличаются другъ отъ друга, и эти отличія растутъ съ успѣхами общественной цивилизаціи. Отношеніе къ людямъ должно быть различно, такъ какъ люди различны; ихъ юридическое состояніе, будучи лишь выраженіемъ ихъ отношенія къ себѣ подобнымъ, должно быть различно для каждаго изъ нихъ, такъ какъ глубоко различна роль каждаго по отношенію ко всѣмъ. Доктрина, логически приводящая къ абсолютному, математическому равенству людей, тѣмъ самымъ противорѣчитъ дѣйствительности и должна быть отвергнута.

Индивидуалистическая доктрина приводитъ также къ понятію идеальнаго, абсолютнаго права, одинаковаго для всѣхъ временъ, во всѣхъ странахъ, къ которому люди постоянно все болѣе приближаются, несмотря на нѣкоторые моменты частичнаго регресса. Такой выводъ также говоритъ противъ индивидуалистической доктрины, ибо понятіе идеальнаго, абсолютнаго права противонаучно. Право есть продуктъ человѣческой эволюціи, соціальный феноменъ, разумѣется, порядка, отличнаго отъ феноменовъ физическихъ, но подобно имъ не приближающійся къ идеалу, къ абсолютному. Можно сказать, что право

извѣстнаго народа выше права какого-нибудь другого, но это будетъ вполнѣ относительное сравненіе; изъ него слѣдуетъ не то, что право одного болѣе приближается къ абсолютному юридическому идеалу, чѣмъ право другого, а лишь то, что право одного лучше приспособлено, въ данный моментъ, къ нуждамъ и стремленіямъ этого народа, чѣмъ право другого.

Индивидуалистическая доктрина должна быть отвергнута также и потому, что она не отвѣчаетъ требованію, которому должна удовлетворять всякая доктрина объ основаніи права: установить принципъ положительнаго и отрицательнаго юридическаго ограниченія государственной власти. Если индивидуалистическая доктрина и въ состояніи опредѣлить, чего государство не можетъ дѣлать, то она не въ силахъ установить для него положительныхъ юридическихъ обязанностей и обосновать, напримѣръ, его обязанность общественнаго вспоможенія (см. ниже § 93).

Съ другой стороны, индивидуалистическая доктрина, исходя изъ той идеи, что естественный человѣкъ изолированъ, свободенъ и независимъ отъ другихъ людей, должна объяснить, какимъ образомъ люди, по самой своей природѣ независимые одни отъ другихъ, живутъ въ обществѣ; она находится въ данномъ случаѣ предъ неразрѣшимой проблемой, и ея сторонники нашли лишь одно, подразумѣваемое или явно высказываемое, рѣшеніе этой проблемы, именно теорію общественнаго договора. Люди, говорятъ они, образуютъ общество потому, что они договоромъ отказались отъ нѣкоторой доли своей естественной независимости, чтобы взамѣнъ получить безопасность [1]). Въ настоящее время всѣ согласны въ несостоятельности гипотезы общественнаго договора. Это легко доказать. Для того, чтобы человѣкъ заключилъ договоръ съ другими людьми, и при томъ обязательный договоръ, необходимо, чтобы у него была идея договора и

---

1) Ср. Locke, *Du gouvernement civil*, франц. изд., 1691, гл. VII, стр. 122;—J. J. Rousseau, *Contrat social*, liv. II, ch. VIII.

идея возможности ограничить свою независимость договоромъ, заключеннымъ съ другими людьми. Между тѣмъ эта идея могла возникнуть лишь при наличности отношеній къ другимъ людямъ. Но если онъ стоялъ въ отношеніяхъ къ другимъ, то какъ бы ни были слабы и неопредѣленны эти отношенія, они образовали бы соціальную связь, и люди могли подумать о заключеніи договора лишь тогда, когда они уже жили въ обществѣ; такимъ образомъ не договоръ далъ начало человѣческимъ обществамъ, ибо идея договора могла родиться въ человѣческомъ умѣ лишь тогда, когда люди уже жили въ обществѣ. Но этимъ разрушается доктрина общественнаго договора и въ то же время индивидуалистическая теорія, такъ какъ послѣдняя, безъ гипотезы общественнаго договора, безсильна объяснить образованіе человѣческихъ обществъ.

5. **Доктрины соціальнаго права.**—Мы называемъ такъ всѣ доктрины, которыя отправляются отъ общества, чтобы прійти къ индивиду, отъ объективнаго права, чтобы прійти къ субъективному праву, отъ соціальной нормы, чтобы прійти къ индивидуальному праву;—всѣ доктрины, которыя утверждаютъ существованіе нормы, обязательной для человѣка, живущаго въ обществѣ, и выводятъ его субъективныя права изъ его соціальныхъ обязанностей;—всѣ доктрины, которыя утверждаютъ, что человѣкъ, по природѣ существо соціальное, тѣмъ самымъ подчиненъ соціальной нормѣ, возлагающей на него обязанности по отношенію къ другимъ людямъ, и что его права суть лишь послѣдствія его обязанностей,—власть, которою онъ обладаетъ для свободнаго и цѣлостнаго выполненія своего соціальнаго долга.

Эти доктрины, которыя мы назвали доктринами *соціальнаго права*, должны были бы точнѣе называться *соціалистическими* доктринами, въ противоположность ранѣе изложеннымъ доктринамъ *индивидуалистическимъ*. Мы, однако, не употребляемъ этого выраженіи, потому что оно одновременно

и слишкомъ широко и слишкомъ узко: слишкомъ широко потому, что соціалистическими называютъ доктрины, безконечно разнообразныя по своимъ принципамъ и тенденціямъ, слишкомъ узко потому, что это слово обозначаетъ теперь во Франціи исключительно политическую партію, стремящуюся различными средствами,— эволюціонными, по мнѣнію однихъ, революціонными, по мнѣнію другихъ, — уничтожить индивидуальную собственность. Само собой разумѣется, что если въ послѣдующемъ изложеніи мы противополагаемъ индивидуалистической доктринѣ соціалистическую, то подъ этимъ выраженіемъ мы разумѣемъ лишь такую доктрину, которая обосновываетъ право на соціальномъ характерѣ и на соціальныхъ обязанностяхъ человѣка.

Доктрины соціальнаго права въ настоящее время еще лишь вырабатываются; соціалистическое пониманіе права стремится повсюду, въ теоріи, въ юриспруденціи и даже въ положительномъ законѣ, замѣнить собою индивидуалистическое пониманіе. Въ этотъ переходный періодъ трудно съ точностью овладѣть доктринами различныхъ публицистовъ, и мы должны ограничиться попыткою построить собственную послѣдовательную теорію.

6. **Соціальная солидарность.**—Мы исходимъ изъ того безспорнаго факта, что человѣкъ живетъ въ обществѣ, что онъ всегда жилъ въ обществѣ и можетъ жить лишь въ обществѣ себѣ подобныхъ, что человѣческое общество есть первичный и естественный фактъ, а не продуктъ человѣческой воли. Слѣдовательно, всякій человѣкъ является, являлся и всегда будетъ являться лишь частью какой-нибудь человѣческой группы. Но въ то же время человѣкъ всегда имѣлъ болѣе или менѣе ясное сознаніе своей индивидуальности; человѣкъ сознаетъ себя какъ индивидуальную личность, имѣющую нужды, стремленія, желанія. Онъ понимаетъ также, что онъ можетъ удовлетворить эти

нужды, можетъ реализовать эти стремленія, эти желанія лишь при условіи совмѣстной жизни съ другими людьми. Однимъ словомъ, человѣкъ имѣетъ болѣе или менѣе точное, глядя по эпохамъ, сознаніе своей *соціальной природы* (*sociabilité*), т.-е. своей зависимости отъ человѣческой среды и своей *индивидуальности*. Это не апріорное, а позитивное утвержденіе.

Слѣдовательно всегда существовали и существуютъ соціальныя группы, и люди, составляющіе ихъ, одновременно имѣютъ сознаніе и своей собственной индивидуальности и связей, которыя соединяютъ ихъ съ другими людьми. Каковы эти связи? Ихъ обозначаютъ словомъ, которымъ въ настоящее время сильно злоупотребляютъ, но которое, хотя немного дискредитированное, является наиболѣе точнымъ и наиболѣе удобнымъ. Человѣкъ, скажемъ мы, соединенъ съ другими людьми узами *соціальной солидарности*.

Охватываетъ ли эта соціальная солидарность всѣхъ членовъ человѣчества? Разумѣется, да. Но эти связи еще очень слабы и очень неопредѣленны. Человѣчество еще раздѣлено въ настоящее время на нѣкоторое число болѣе или менѣе обширныхъ соціальныхъ группъ, и человѣкъ считаетъ себя солидарнымъ съ другими людьми, принадлежащими къ той же группѣ, что и онъ самъ. Придетъ ли нѣкогда день, когда человѣческая солидарность охватитъ мѣстныя, областныя и національныя солидарности, и человѣкъ станетъ смотрѣть на себя, какъ на гражданина міра? Прекрасная ли это мечта или приближающаяся дѣйствительность? Никто этого не знаетъ. Какъ бы то ни было, человѣкъ разсматривался до настоящаго времени и еще и теперь разсматривается,

какъ солидарный преимущественно съ членами опредѣленной группы. Человѣчество раздѣлено на значительное число соціальныхъ группъ.

Эти группы принимали различныя случайныя формы, главными изъ которыхъ въ хронологическомъ порядкѣ являются: *орда,* когда люди живутъ вмѣстѣ, не имѣя опредѣленной осѣдлости, соединенные другъ съ другомъ нуждами взаимной защиты и помощи; *семья*, болѣе цѣльная группа, такъ какъ въ ней къ солидарности, рожденной изъ общей защиты и поддержки, присоединяются узы крови и общность религіи; *гражданская община (cité),* соединеніе семей, имѣющихъ общія происхожденіе, традиціи и вѣрованія; наконецъ, *нація,* форма по преимуществу современныхъ цивилизованныхъ обществъ, возникающая подъ вліяніемъ очень разнообразныхъ факторовъ, общности права, языка, религіи, традицій, борьбы, пораженій и побѣдъ.

Но какъ бы ни были разнообразны въ прошломъ, а равно и въ будущемъ соціальныя формы, какъ бы ни были разнородны и многообразны, глядя по времени и мѣсту, узы солидарности, соединяющія между собою членовъ одной соціальной группы, мы полагаемъ, что соціальная солидарность можетъ быть сведена къ одному изъ слѣдующихъ существенныхъ и основныхъ элементовъ. Люди одной соціальной группы солидарны другъ другу: 1) потому что у нихъ есть общія нужды, удовлетворить которыя они могутъ лишь общею жизнью; 2) потому что у нихъ есть различныя нужды и различныя способности, и что они обезпечиваютъ удовлетвореніе своихъ различныхъ нуждъ путемъ обмѣна взаимныхъ услугъ, создаваемыхъ развитіемъ и примѣненіемъ ихъ различ-

ныхъ способностей. Первый видъ солидарности есть солидарность *по сходству*; второй — солидарность *чрезъ раздѣленіе труда.*

Эти два вида солидарности могутъ выражаться въ безконечно разнообразныхъ формахъ, соотвѣтственно эпохамъ и странамъ; одинъ можетъ господствовать надъ другимъ; но стоитъ посмотрѣть на какое-нибудь общество, чтобы констатировать, что силой, поддерживающей въ ней связь, является солидарность или по сходству или чрезъ раздѣленіе труда; общество тѣмъ сильнѣе, чѣмъ тѣснѣе узы солидарности, соединяющія его членовъ. Наблюденіе, кромѣ того, показываетъ, что съ прогрессомъ солидарность въ силу раздѣленія труда все увеличивается, а солидарность по сходству остается на второмъ планѣ. Люди все болѣе дѣлаются отличными одни отъ другихъ, отличными по своимъ способностямъ, своимъ нуждамъ, своимъ стремленіямъ; слѣдовательно, обмѣнъ услугъ дѣлается болѣе частымъ и болѣе сложнымъ, и благодаря этому узы соціальной солидарности дѣлаются болѣе тѣсными.

Дюркгеймъ въ своей прекрасной книгѣ *Division du travail social* (1893) первый опредѣлилъ внутреннюю природу соціальной солидарности и сумѣлъ показать ея двѣ существенныя формы: солидарность въ силу сходства и солидарность въ силу раздѣленіи труда; онъ называетъ первую также *механической* солидарностью, а вторую *органической*. Дюркгеймъ исчерпалъ сюжетъ; и если можно критиковать кой-какіе детальные пункты этой книги, то его общія заключенія намъ кажутся совершенно безспорными.

Мы скажемъ съ Дюркгеймомъ, что члены одной и той же соціальной группы естественно соединены другъ съ другомъ двойною солидарностью, механическою и органическою. Но, по нашему мнѣнію, нельзя итти далѣе. Современные соціологи много спорятъ по поводу вопроса, есть ли общество

настоящая реальность, отличная отъ индивидовъ его составляющихъ; цѣлый рядъ системъ построенъ на этомъ основаніи. Онѣ не имѣютъ въ себѣ ничего научнаго и вполнѣ искусственны. Одни говорятъ: общество есть психологическая реальность; существуетъ соціальное сознаніе, отличное отъ индивидуальныхъ сознаній [1]). Другіе утверждаютъ, что общество есть живой организмъ, въ которомъ индивиды суть лишь клѣтки, и хотятъ доказать, что въ соціальномъ организмѣ находятся ткани и органы, тождественные имѣющимся въ живыхъ индивидахъ. Гербертъ Спенсеръ и Шеффле [2])—главные современные представители этой доктрины; они, однако, заявили, и тотъ и другой, что, говоря о соціальныхъ органахъ и тканяхъ, они употребляли только метафору, сравненіе [3]). Другіе авторы учатъ, что общества суть настоящія, реальныя, живыя и организованныя существа. Они говорятъ о соціальной біологіи и патологіи, какъ говорятъ о соціальной психологіи [4]).

Во всемъ этомъ нѣтъ ничего научнаго; есть лишь остроуміе и болѣе ничего. Никогда не было доказано, что внѣ индивидуальныхъ сознаній есть отличное отъ нихъ соціальное сознаніе. Люди одного общества, въ данный моментъ, думаютъ одно и то же; содержаніе ихъ сознанія есть соціальное содержаніе; ихъ же сознаніе индивидуально. Когда говорятъ о соціальномъ сознаніи, то это лишь простая метафора; слѣдовало бы сказать: соціальное содержаніе индивидуальныхъ сознаній. Точно такъ же никогда не видѣли соціальнаго организма отдѣльнаго отъ индивидуальныхъ организмовъ. Есть индивиды, выполняющіе соціальную роль, ибо они работаютъ для осуществленія соціальной солидарности;

---

[1]) Espinas, *Être ou ne pas être, Revue philosophique*, 1901, I, стр. 478.

[2]) Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, II, 1882 и Schäffle, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, 2 т., Tübingen, 1896.

[3]) Schäffle, Тюбинген. *Zeitschrift*, 1903, стр. 294 и сл. и 1904, стр. 103 и сл.

[4]) Ср. R. Worms, *Organisme et société*, 1896; Lilienfeld, *La pathologie sociale*, 1896. Хорошее опроверженіе идеи общества какъ организма сдѣлано у Tarde, *Revue philosophique*, 1896, I, стр. 637; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905, стр. 143. — Ср. *Annales de l'Institut de sociologie*, 1897, I, стр. 170.

но если говорятъ о соціальныхъ органахъ, то это тоже чистая метафора, обозначающая, что существуютъ индивидуальные организмы, выполняющіе соціальную роль [1]).

Нѣкоторые ученые видѣли въ человѣческихъ обществахъ совокупности естественныхъ силъ и въ соціальныхъ фактахъ феномены, тождественные феноменамъ природы и подчиненные законамъ того же порядка. Придавая выраженію Огюста Конта значеніе, котораго оно, очевидно, не имѣло въ умѣ великаго мыслителя, они говорили о *соціальной физикѣ*. Что въ человѣческихъ обществахъ дѣйствуетъ громадное число безсознательныхъ силъ біологическаго или физическаго порядка, этого нельзя отрицать; достаточно вспомнить климатъ, конфигурацію поверхности, физіологическую силу расы и т. д. Но въ то же время неоспоримо, что великій факторъ соціальныхъ отношеній есть прежде всего самъ человѣкъ, существо, сознающее себя, свои стремленія и свои нужды. Быть-можетъ, есть сознанія и воли въ физическомъ мірѣ, но никто этого не знаетъ и никогда не узнаетъ. Наоборотъ, соціальный міръ есть міръ индивидуальныхъ сознаній и воль. Это желаніе перенести въ область человѣческихъ сознаній и воль законы физическаго міра есть чистая аберрація. Соціальный міръ, какъ и міръ физическій, имѣетъ свои законы; но это законы различнаго порядка. Одни прилагаются къ факторамъ, лишеннымъ сознанія и опредѣляемымъ одни другими, и являются *законами причинности*; другіе прилагаются къ волямъ, сознательно преслѣдующимъ цѣль и являются *законами цѣли* [2]).

7. **Право основанное на соціальной солидарности.**—Послѣ того, какъ существованіе, природа и объемъ соці-

---

[1]) Ср. Tarde, *La réalité sociale, Revue philosophique*, 1901, II, стр. 464.

[2]) Ср. Jhering, *Der Zweck im Rechte*, I, стр. 2 и сл.; Tonnies, *Zur naturwissenschaftliche Gesellschaftlehre*, Шмоллер. *Jahrbücher*, 1905, стр. 27; Wundt, *Ethik*, стр. 2 и сл. и 462 и сл. О моральномъ пониманіи и о соціальныхъ приложеніяхъ солидарности см. L. Bourgeois, *Solidarité*, 1896, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, рядъ лекцій, прочитанныхъ подъ руководствомъ Л. Буржуа въ 1901/2 и 1902/3, 2 т. См. особенно въ первомъ томѣ, лекціи Darlu, *Solidarité et morale personnelle*.

альной солидарности установлены, легко показать, что она есть истинное основаніе права. Человѣкъ живетъ въ обществѣ и можетъ жить лишь въ обществѣ; общество существуетъ лишь благодаря солидарности, соединяющей между собой составляющихъ его индивидовъ. Слѣдовательно, самою силою вещей для человѣка въ обществѣ дѣлается обязательнымъ правило поведенія, которое можетъ быть формулировано слѣдующимъ образомъ: не дѣлать ничего, что наноситъ ущербъ соціальной солидарности въ одномъ изъ ея двухъ видовъ, и дѣлать все, что въ состояніи осуществить и развить механическую и органическую соціальную солидарность. Все объективное право резюмируется въ этой формулѣ, и положительный законъ, чтобы быть правомѣрнымъ, долженъ быть выраженіемъ, развитіемъ или примѣненіемъ на практикѣ этого принципа.

Это правило поведенія, правовая норма, рожденная соціальной солидарностью, пріобрѣтаетъ черты, свойственныя самой солидарности. Подобно этой послѣдней, она одновременно индивидуальна и соціальна. Норма права соціальна по своему основанію въ томъ смыслѣ, что она существуетъ лишь потому, что люди живутъ въ обществѣ. Норма права индивидуальна потому, что она содержится въ индивидуальныхъ сознаніяхъ,—мы отвергаемъ, какъ уже было сказано выше, всякія гипотезы соціальнаго сознанія. Норма индивидуальна также и потому, что она примѣняется и можетъ примѣняться только къ индивидамъ; правило поведенія можетъ быть обязательнымъ только для существъ, надѣленныхъ сознаніемъ и волей; а до настоящаго времени не доказано, что

другія существа, кромѣ человѣческихъ индивидовъ, имѣютъ сознаніе и волю.

Будучи индивидуальной, правовая норма тѣмъ самымъ разнообразна. Мы хотимъ сказать, что если правовая норма одна и та же для всѣхъ людей, такъ какъ она на всѣхъ возлагаетъ сотрудничество въ соціальной солидарности, она тѣмъ не менѣе на каждаго возлагаетъ различныя обязанности, такъ какъ способности и условія людей различны и, слѣдовательно, они должны различно сотрудничать въ соціальной солидарности. Это показываетъ, насколько ошибочно распространенное повсюду, особенно во Франціи, ложное представленіе о математическомъ равенствѣ людей.

Норма права въ одно и то же время и постоянна и измѣнчива. Всякое общество есть солидарность; всякое правило поведенія людей, живущихъ въ обществѣ, предписываетъ сотрудничать въ этой солидарности; всѣ соціальныя отношенія всегда были и будутъ отношеніями сходства и раздѣленія труда; отсюда вытекаетъ постоянство нормы права и ея общаго содержанія. Но въ то же время формы, которыя принимаетъ солидарность по сходству и солидарность чрезъ раздѣленіе труда, могутъ мѣняться безконечно, мѣняются и будутъ безконечно мѣняться. Норма права въ своемъ приложеніи видоизмѣнялась и будетъ видоизмѣняться подобно самимъ формамъ соціальной солидарности. Норма права, какъ мы ее понимаемъ, не есть идеальная и абсолютная норма, къ которой люди должны стремиться приблизиться каждый день все ближе; она есть непостоянная и измѣнчивая норма; и задача юриста опредѣлить, какая правовая норма болѣе

всего соотвѣтствуетъ структурѣ даннаго общества. Изъ этого видно, насколько глубоко отличается наше пониманіе нормы права, основывающейся на соціальной солидарности, отъ ходячаго воззрѣнія на естественное право, понимаемое, какъ право идеальное и абсолютное.

Это правило поведенія, основанное на соціальной солидарности, есть, какъ мы сказали, правовая норма. Нельзя ли возразить противъ этого то, что, быть-можетъ, здѣсь на лицо моральная норма, а не юридическая? По правдѣ сказать, вопросъ намъ кажется лишеннымъ интереса, и безконечныя контроверзы, уже столѣтія существующія, о границѣ между моралью и правомъ намъ представляются тщетными. Во всякомъ случаѣ, между моралью и правомъ можетъ быть лишь фактическое различіе въ процессѣ постоянной эволюціи. Но допустимъ даже обычно признаваемыя идеи о томъ, что существуетъ опредѣленная разница между моралью и правомъ; легко тѣмъ не менѣе доказать, что формулированная нами норма есть юридическая, а не моральная норма. Чтобы установить специфическую разницу между правомъ и моралью, необходимо слѣдуетъ признать, что мораль можетъ установить принципъ, позволяющій оцѣнить внутреннюю цѣнность дѣйствій. Каковъ бы ни былъ этотъ принципъ,— абсолютное благо, справедливость, интересъ, счастье,—это не важно; онъ будетъ моральнымъ принципомъ только въ томъ случаѣ, если онъ является критеріемъ, позволяющимъ сказать: такой-то актъ хорошъ самъ по себѣ. Между тѣмъ въ нормѣ, основаніе и формулу которой мы попытались опредѣлить, нельзя найти мѣры внутренней цѣнности дѣйствій. Мы не говоримъ: человѣкъ долженъ содѣйствовать соціальной солидарности, потому что это содѣйствіе хорошо само по себѣ; но человѣкъ долженъ содѣйствовать соціальной солидарности потому, что онъ человѣкъ и, какъ таковой, онъ можетъ жить лишь путемъ солидарности. Мы не говоримъ: актъ содѣйствія солидарности хорошъ; мы говоримъ: актъ содѣйствія ей имѣетъ соціальную цѣнность и соціальныя послѣдствія. Отсюда эта норма не является нормой морали, она можетъ быть лишь нормой права.

Если объективное право основывается на соціальной солидарности, то *субъективное право* вытекаетъ изъ нея прямо и логически. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ всякій индивидъ обязанъ, въ силу объективнаго права, содѣйствовать соціальной солидарности, то изъ этого неизбѣжно слѣдуетъ, что онъ имѣетъ *право* совершить всякій актъ, которымъ онъ содѣйствуетъ соціальной справедливости, и помѣшать, чтобы кто-нибудь воспрепятствовалъ выполненію падающей на него соціальной роли. Живущій въ обществѣ человѣкъ имѣетъ права; но эти права представляютъ изъ себя не прерогативы, принадлежащія ему въ силу человѣческаго достоинства; это— правомочія, принадлежащія ему потому, что, будучи членомъ общества, онъ несетъ соціальную обязанность и долженъ имѣть право выполнить эту обязанность. Изъ этого видно, что мы далеки отъ концепціи индивидуальнаго права. Основанія правовой нормы, обязательной для живущихъ въ обществѣ людей, не слѣдуетъ искать въ естественныхъ, индивидуальныхъ непогашаемыхъ правахъ человѣка. Наоборотъ, лишь потому, что существуетъ норма права, обязывающая всякаго выполнять извѣстную соціальную роль, у каждаго человѣка есть права, имѣющія принципомъ и мѣриломъ лежащую на немъ миссію.

Безъ сомнѣнія, свобода есть право, а не прерогатива, принадлежащая человѣку потому, что онъ человѣкъ. Свобода есть право потому, что человѣкъ имѣетъ обязанность развивать возможно полнѣе свою индивидуальную дѣятельность; ибо его индивидуальная дѣятельность есть существенный факторъ солидарности въ силу раздѣленія труда. Отсюда его право свободно развивать свою дѣятельность; но въ

то же время онъ имѣетъ это право лишь въ той мѣрѣ, въ какой онъ посвящаетъ собственную дѣятельность осуществленію соціальной солидарности. При такомъ пониманіи свобода получаетъ незыблемое основаніе, ибо въ этомъ случаѣ, она есть лишь свобода выполнить свой соціальный долгъ. Далѣе будетъ видно, что съ этой точки зрѣнія свободы, наиболѣе подверженныя въ наши дни нападкамъ, какъ, напримѣръ, свобода обученія, дѣлаются защищенными отъ всякихъ посягательствъ.

Самое право собственности должно быть понято лишь какъ власть для индивидовъ, находящихся въ извѣстномъ экономическомъ положеніи, свободно выполнять соціальную миссію, лежащую на нихъ вслѣдствіе ихъ спеціальнаго положенія. Когда настойчиво стремятся сдѣлать изъ права собственности естественное право человѣка, такъ какъ человѣкъ, имѣя право свободно проявлять свою дѣятельность, долженъ имѣть право получать въ собственность продуктъ этой дѣятельности, то логически приходятъ къ коммунизму; ибо всякій трудящійся человѣкъ долженъ быть собственникомъ, и лишь тотъ, кто трудится, можетъ быть собственникомъ. Съ точки зрѣнія естественно-правового пониманія собственности, невозможно ни оправдать фактически существующую собственность, ни ограничить объема права собственности. Индивидуальная собственность должна быть понята какъ случайный фактъ, какъ временный продуктъ соціальной эволюціи; право собственника оправдывается и въ то же время ограничивается соціальной миссіей, лежащей на немъ въ силу особеннаго положенія, въ которомъ онъ находится.

Это понятіе права, основаннаго на идеѣ долга, было выдвинуто уже болѣе полустолѣтія тому назадъ Огюстомъ Контомъ въ словахъ, которыя не безполезно процитировать. „Рѣшительное возрожденіе,— писалъ въ 1842 году великій мыслитель,— будетъ состоять особенно въ томъ, чтобы постоянно ставить на мѣсто правъ обязанности и тѣмъ сильнѣе подчинить личность общественности. Права въ настоящемъ смыслѣ слова могли существовать лишь тогда, когда признавали власти проистекающими отъ сверхъестественной воли. Чтобы бороться противъ такого теократическаго авторитета, метафизика пяти послѣднихъ столѣтій ввела многія человѣческія права, оказавшія лишь отрицательную услугу; когда пытались дать имъ истинно органическое назначеніе, они тотчасъ же обнаруживали свою антисоціальную природу, всегда стремясь освящать индивидуальность. Каждый имѣетъ обязанности и притомъ по отношенію ко всѣмъ, но никто не имѣетъ накакого права, въ собственномъ смыслѣ слова. Никто не имѣетъ другого права, кромѣ права всегда выполнять свой долгъ“ [1]).

Понятія объективнаго и субъективнаго права, основанныя, то и другое, на соціальной солидарности, непосредственнымъ своимъ завершеніемъ имѣютъ понятіе *юридическаго акта*. Въ самомъ дѣлѣ, если индивидуальная воля проявляется во внѣ и желаетъ чего-нибудь, согласнаго съ соціальной солидарностью, или, точнѣе сказать, если она желаетъ того, что дозволяетъ ей объективное право, и при этомъ желаетъ его въ цѣляхъ соціальной солидарности, то это проявленіе воли дѣлается соціальнымъ фактомъ и должно произвести соціальный эффектъ, т.-е. желаемое должно осуществиться соціально, и обязанность содѣйствовать его осуществленію падаетъ, и притомъ подъ соціальной санкціей, на всякую волю, могущую оказать содѣйствіе. Актъ воли, проявляющійся въ этихъ условіяхъ и создающій юридическое положеніе, есть юридичеткій актъ.

Такимъ образомъ мы можемъ формулировать слѣдующее положеніе, дающее опредѣленіе юридическаго акта. Всякое обнаруженіе воли, обусловленное цѣлью, согласною съ со-

---

[1]) Aug. Comte, *Politique positive*, 1842, II, стр. 361.

ціальной солидарностью, или, что то же самое, съ нормою права, есть юридическій актъ и создаетъ субъективное юридическое положеніе [1]).

8. **Общее понятіе государства.**—До сихъ поръ, чтобы съ большею легкостью найти понятіе и основаніе права, мы допускали существованіе общества, въ которомъ нѣтъ никакихъ слѣдовъ того, что принято называть политическою властью, и этимъ путемъ, по нашему мнѣнію, мы установили, что понятіе права вполнѣ независимо отъ понятія политической власти. Но хотя, по словамъ нѣкоторыхъ соціологовъ, и существуютъ человѣческія общества, въ которыхъ не проявляется никакихъ слѣдовъ политической дифференціаціи, тѣмъ не менѣе почти во всѣхъ человѣческихъ обществахъ, какъ въ наиболѣе слабыхъ и варварскихъ, такъ и въ наиболѣе могущественныхъ и цивилизованныхъ, мы замѣчаемъ индивидовъ, приказывающихъ другимъ и, въ случаѣ нужды, заставляющихъ ихъ при помощи матеріальнаго принужденія исполнять свои приказы. Къ этому, въ своихъ простѣйшихъ элементахъ, сводится политическая дифференціація. Лица, отдающіе приказы, являются правителями; лица, которымъ они приказываютъ, являются управляемыми. Въ этихъ обществахъ су-

---

[1]) Ср. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, гл. III. Въ цитированной только что нами книгѣ, за частыя цитаты изъ которой мы извиняемся, мы пользовались нѣсколько иной терминологіей; мы старались какъ можно менѣе употреблять выраженіе субъективное право, называя объективной властью—власть принадлежащую волѣ, желающей согласно съ нормою права, и называя юридическимъ субъективнымъ положеніемъ эффектъ, производимый юридическимъ актомъ. Въ этомъ руководствѣ мы считали своею обязанностью согласоваться съ ходячей терминологіей и пользовались выраженіемъ «субъективное право», чтобъ обозначить власть индивидовъ желать согласно съ объективнымъ правомъ.

ществуетъ политическая власть. Эта политическая власть всегда и повсюду носитъ одинъ и тотъ же характеръ. Наблюдаемъ ли мы ее въ примитивномъ состояніи въ ордѣ, гдѣ она принадлежитъ вождю или группѣ стариковъ, или въ общинѣ, гдѣ она принадлежитъ главамъ семействъ, или въ большихъ современныхъ странахъ, гдѣ она принадлежитъ болѣе или менѣе сложной совокупности лицъ или группъ, князей, регентовъ, королей, императоровъ, парламентовъ и т. д., всегда политическая власть есть соціальный фактъ одного и того же порядка. Есть разница лишь въ степени, но нѣтъ разницы въ природѣ.

Въ своемъ наиболѣе общемъ смыслѣ слово *государство* обозначаетъ всякое человѣческое общество, въ которомъ существуетъ политическая дифференціація между правящими и управляемыми, однимъ словомъ, политическая власть. Племена центральной Африки, повинующіяся начальнику, такъ же представляютъ изъ себя государства, какъ и большія европейскія общества, имѣющія ученый и сложный правительственный аппаратъ. Но надо тотчасъ же оговориться, что слово *государство* спеціально служитъ для обозначенія обществъ, гдѣ политическая дифференціація достигла извѣстной степени и гдѣ политическая власть представляетъ нѣкоторыя характерныя черты, которыя будутъ опредѣлены въ дальнѣйшемъ изложеніи. Мы, впрочемъ, не скрываемъ искусственности этой, нынѣ классической, теоріи государства; она тѣмъ не менѣе интересна, какъ опытъ дать юридическую, по нашей терминологіи, конструкцію современнаго государства (см. всю первую часть этой книги).

Наше опредѣленіе государства: «всякое общество, гдѣ существуетъ дифференціація между правителями и управляемыми», покажется нѣкоторымъ, быть-можетъ, слишкомъ простымъ. Многіе современные авторы считаютъ, что государство есть нѣчто различное, смотря по тому, разсматриваютъ ли его съ политической, юридической или экономической точки зрѣнія. Еллинекъ, напр., различаетъ соціальное понятіе государства и понятіе юридическое [1]). Зейдлеръ различаетъ государство, какъ соціальное явленіе, отъ государства, какъ юридической концепціи [2]). Оріу опредѣляетъ государство, какъ „общество, въ которомъ собственная власть господства и легальная страна (pays legal) комбинируютъ на основаніи закона свои дѣйствія съ цѣлью улучшить условія жизни соціальной среды; оно одновременно и публичный организмъ и жизненная среда". Авторъ называетъ свое опредѣленіе дуалистическимъ, телеологическимъ, скорѣе политическимъ, чѣмъ юридическимъ [3]). Тѣмъ не менѣе оно намъ не кажется, въ силу этого, болѣе точнымъ; Оріу требуетъ, въ силу своего опредѣленія, для наличности государства, чтобы „коллективность осуществляла, какъ собственную власть, право обсужденія законовъ" [4]); отсюда слѣдуетъ, что ни Франція при Людовикѣ XIV, ни Россія до манифестовъ 6 августа и 17 октября 1905 г. не были государствами.

Признаемся, мы не можемъ понять, чтобы одинъ и тотъ же предметъ имѣлъ различную природу, въ зависимости отъ того, что его разсматриваютъ съ разныхъ точекъ зрѣнія. Государство есть соціальный фактъ, всегда остающійся тождественнымъ самому себѣ, и всякая юридическая теорія, не вполнѣ соотвѣтствующая этому факту, не имѣетъ цѣнности. Общая теорія объ основныхъ элементахъ государства, которая будетъ изложена ниже (ч. I, гл. 1), не вполнѣ избѣгаетъ этого упрека. Она тѣмъ не менѣе представляетъ интересную попытку подчинить государство господству права. Но къ этой цѣли, несомнѣнно, скорѣе можно прійти, если исходить изъ

---

[1]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905, стр. 155.

[2]) Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates*, 1905, стр. 19 и 49.

[3]) Hauriou, *Précis de droit admin.*, 5 изд., 1905, стр. 4.

[4]) Цит. соч., стр. 7, пр. 2.

той идеи, что, собственно говоря, праву подчинено не само государство, такъ какъ это послѣднее есть лишь абстрактное выраженіе, употребляемое для обозначенія соціальнаго факта, а тѣ индивиды, которые въ данномъ обществѣ надѣлены властью приказывать и принуждать путемъ матеріальной силы къ повиновенію этимъ приказамъ [1]).

9. **Происхожденіе государства.**—Мы употребляемъ это выраженіе, чтобы сообразоваться съ обычаемъ, хотя оно и не очень точно. Въ самомъ дѣлѣ, проблема возникаетъ, собственно говоря, не о происхожденіи государства, а о законности политической власти. Во всякомъ обществѣ, въ которомъ есть дифференціація между правящими и управляемыми, есть индивиды, приказывающіе другимъ индивидамъ подъ санкціей матеріальнаго принужденія. Въ силу этого человѣческій разумъ съ тѣхъ поръ, какъ началъ размышлять о соціальныхъ предметахъ, поставилъ себѣ вопросъ: законна ли осуществляемая правительствами власть приказывать подъ санкціей принужденія? Должно ли ей повиноваться? Если она законна и если ей должно повиноваться, то почему, собственно?

Тысячелѣтнія обсужденія этой проблемы не подвинули ее ни на шагъ впередъ къ разрѣшенію. Не будемъ этому удивляться. Рѣшить ее невозможно, потому что никогда нельзя будетъ доказать, чтобы человѣкъ, какъ таковой, могъ имѣть законную власть насильно подчинять своей волѣ другого человѣка. Эта власть можетъ быть законной не отъ качества тѣхъ, кто ею пользуются, и не благодаря своему происхожденію, а лишь въ силу свойства того, что она приказываетъ.

---

[1]) Развитіе этихъ идей см. въ нашей книгѣ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901.

Доктрины о происхожденіи политической власти безчисленны. Однако несмотря на свою многочисленность и разнообразіе, онѣ могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ категоріямъ, къ *теократическимъ* и къ *демократическимъ*.

10. **Теократическія доктрины.**—Мы обозначаемъ такъ всѣ тѣ доктрины, которыя хотятъ сдѣлать законной и объяснить политическую власть земнымъ вмѣшательствомъ неземной силы. Изъ этого уже видно, что всѣ эти доктрины имѣютъ неустранимый недостатокъ: онѣ—внѣнаучны, ибо предполагаютъ вмѣшательство сверхъестественныхъ силъ. Тѣмъ не менѣе онѣ интересны, такъ какъ составляютъ важный элементъ въ исторіи политической мысли. Однако надо избѣгать смѣшенія, и съ этою цѣлью можно раздѣлить всѣ теократическія доктрины на двѣ группы, которыя мы назовемъ, вмѣстѣ съ Варейль-Соммьеромъ, доктринами *сверхъестественнаго* божественнаго права и доктринами *провиденціальнаго* божественнаго права.

Доктрины сверхъестественнаго божественнаго права. Эти доктрины утверждаютъ, что высшая власть, Богъ, не только создалъ политическую власть, какъ таковую, но еще и указалъ лицо или лицъ, напримѣръ, династію, которыя въ данной странѣ должны быть надѣлены политическою властью.

Иногда представляли эту доктрину, какъ традиціонную доктрину католическихъ теологовъ. Это ошибочно: послѣдніе учили, что власть *сама по себѣ* происходитъ отъ Бога, согласно слову апостола „*Omnis potestas a Deo*“; но власть въ конкретныхъ формахъ, которыя она получаетъ въ той или иной странѣ, въ данный моментъ, есть человѣческое созданіе, и конкретная политическая власть происходитъ отъ народа. Въ своемъ *Комментаріи на изреченія Петра Ломбарда* (кн. II, разд. 44, вопр. I, ст. 2) Ѳома Аквинатъ заявляетъ, что во

власти есть три элемента: принципъ, способъ и осуществленіе; принципъ власти происходитъ отъ Бога, Творца всѣхъ вещей; способъ и осуществленіе власти происходятъ отъ людей, и человѣческій источникъ власти есть народъ, множество [1]). Въ *Теологической суммѣ* Ѳома Аквинатъ утверждаетъ, съ одной стороны, что *„dominium et praelatio introducta sunt et jure humano“* [2]), а съ другой стороны, что „надлежитъ всему множеству или кому-нибудь, дѣйствующему вмѣсто него, повелѣвать относительно общаго блага, и надлежитъ всему множеству или публичному лицу, берущему на себя заботу обо всемъ множествѣ, создавать законы, ибо здѣсь, какъ и во всѣхъ другихъ вещахъ, тому надлежитъ повелѣвать въ виду извѣстной цѣли, которому эта цѣль свойственна“ [3]). Изъ сопоставленія этихъ текстовъ мысль Ѳомы Аквината выступаетъ вполнѣ ясно: сущность власти, власть *сама по себѣ* (*forma praelationis*) происходитъ отъ Бога; но власть фактическая, со своими случайными формами, имѣетъ начало въ *человѣческомъ правѣ* и происходитъ отъ народа; народъ одинъ можетъ дать себѣ организацію въ виду своей собственной цѣли. Такова традиціонная доктрина великихъ католическихъ теологовъ. Ее мы находимъ въ концѣ XVI в. и въ началѣ XVII в. у Беллярмина и Суареца. „Замѣтьте,—пишетъ Беллярминъ,—что власть имѣетъ непосредственнымъ субъектомъ все множество. Въ самомъ дѣлѣ власть проистекаетъ отъ божественнаго права; но божественное право не дало этой власти никакому человѣку въ частности; слѣдовательно, оно ее дало множеству. Кромѣ того, если уничтожить положительное право, то нѣтъ основаній, чтобы въ толпѣ совершенно равныхъ людей одинъ человѣкъ властвовалъ предпочтительно передъ другимъ; слѣдовательно, право принадлежитъ толпѣ. Наконецъ человѣческое общество должно быть совершеннымъ государствомъ; поэтому оно должно имѣть власть оберегать себя и наказывать нарушителей мира“ [4]). Суарецъ также учитъ, что

---

[1]) Ср. Saint Thomas, *Somme théologique*, 1-я часть 2-й части, вопр. 96, стр. 4, изд. Lachat, VII, стр. 378.

[2]) Цит. соч. 2-я часть 2-й части, вопр. 10, ст. 10, VII, стр. 341.

[3]) Цит. соч. 1-я часть 2-й части, вопр. 90, ст. 3, VI, стр. 292.

[4]) Bellarmin, *„De membris ecclesiae“*, кн. III, *De laïcis*, гл. VI, изд. Vivès, 1870, III, стр. 11.

власть *косвенно* проистекаетъ отъ Бога, но *непосредственно* отъ народа. „Власть заключается, по природѣ вещей, непосредственно въ общинѣ; слѣдовательно, чтобы она могла законно перейти въ руки нѣкоторыхъ лицъ, напримѣръ, суверенпаго князя, необходимо, чтобы этотъ послѣдній имѣлъ ее въ силу согласія народа“ [1]). Въ дѣйствіяхъ папъ XIX вѣка нѣтъ ничего, что противорѣчило бы этой доктринѣ, скорѣе наоборотъ [2]). Изъ этого видно, насколько далеки отъ истины тѣ, кто говорятъ, что теорія *сверхъестественнаго* божественнаго права была постоянной доктриной католическихъ теологовъ [3]).

Доктрина сверхъестественнаго божественнаго права была развита во Франціи особенно въ XVII и XVIII вѣкахъ. Сначала она появляется въ старой формулѣ: «*Le roi de France ne tient son royaume que de Dieu et de son épée*», — въ формулѣ противопоставляемой французскимъ королемъ и его легистами претензіямъ Святого Престола. Съ другой стороны, французскіе короли любили ссылаться на церемонію коронованія, разсматривавшуюся нѣкоторыми теологами, какъ восьмое таинство и какъ внѣшній знакъ, посредствомъ котораго божество передаетъ королю власть повелѣвать. Чистая доктрина божественнаго права нашла свое наиболѣе полное выраженіе въ нѣкоторыхъ произведеніяхъ, приписываемыхъ Людовику XIV и въ одномъ актѣ Людовика XV.

Въ *Мемуарахъ* Людовика XIV развивается мысль, что власть, которою надѣлены короли, есть делега-

---

[1]) Suarès, *De legibus*, кн. III, гл. IV, § 2, Неаполь, 1872, I, стр. 169. Срав. кн. III, гл. III, §§ 5 и 6, и гл. IV, § 1 стр. 167—168.

[2]) Ср. энциклики Льва XIII, *Diuturnum*, 29 іюня 1881, и *Immortale Dei*, 1 ноября 1885.

[3]) Ср. Maumus, *La République et la politique de l'Eglise*, 1902; Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898.

ція Провидѣнія; источникъ власти въ Богѣ, а не въ народѣ, и потому короли даютъ отчетъ за свою власть одному Богу, который надѣлилъ ихъ ею [1]). Въ началѣ знаменитаго эдикта Людовика XV, отъ декабря 1770 г., мы читаемъ: «Мы держимъ нашу корону отъ одного Бога: право издавать законъ... принадлежитъ намъ однимъ, независимо и безъ раздѣла».

Итье [2]) вполнѣ справедливо сближаетъ эти тексты съ рѣчью, произнесенною германскимъ императоромъ Вильгельмомъ II въ Кобленцѣ въ сентябрѣ 1897 г.: „Вильгельмъ I показалъ и придалъ высокое сіяніе сокровищу, которое мы должны свято сохранить: это—царство Божіею милостью, царство со своими тяжелыми обязанностями, своими страданіями и неустанными трудами, а также со своею грозною отвѣтственностью *передъ единымъ Творцомъ*, отвѣтственностью, которой ни одинъ министръ, ни одна палата депутатовъ, ни одинъ народъ не могутъ снять съ монарха".

Часто представляютъ Боссюэта, какъ теоретика по преимуществу сверхъестественнаго божественнаго права въ его сочиненіяхъ *Politique tirée de l'écriture sainte* и *Cinquième avertissement sur les lettres du ministre Jurieu*. Это не совсѣмъ точно. Правда, въ нихъ находятся положенія въ родѣ слѣдующаго: „Богъ установилъ королей своими министрами и царствуетъ чрезъ ихъ посредство надъ народами... Князья дѣйствуютъ... какъ министры Бога и его лейтенанты на землѣ" [3]). Правда въ V *Avertissement* Боссюэтъ неистово нападаетъ на доктрину Жюрье о народномъ происхожденіи власти, однако великій ораторъ давалъ значительное мѣсто и идеѣ народнаго суверенитета. Онъ писалъ, напримѣръ: „Короли утвердились или чрезъ согласіе народовъ или силою оружія" [4]). „Существуютъ, кромѣ королевствъ, и другія формы правительства-исторія показываетъ намъ большое число республикъ, изъ

---

[1]) *Memoires de Louis XIV*, изд. Dreyss, 1860, т. II, стр. 336.
[2]) Hitier, *Les doctrines de l'absolutisme*, 1903, стр. 26.
[3]) *Politique*, liv. III, art. II, 1-re propos.
[4]) *Politique*, liv. III, art. I, 4-e prop.

которыхъ нѣкоторыя управлялись всѣмъ народомъ [1]); и, наконецъ: „Эти имперіи, хотя насильственныя, несправедливыя и тираническія въ началѣ, съ теченіемъ времени и *въ силу согласія народовъ*, могутъ сдѣлаться законными“ [2]).

Доктрины провиденціальнаго божественнаго права. «Въ этихъ доктринахъ,—говоритъ Варейль-Соммьеръ,—субъектъ власти опредѣляется не сверхъестественнымъ проявленіемъ Божественной воли, а провиденціальнымъ теченіемъ событій и волею людей». Въ понятой такимъ образомъ теоріи божественнаго права власть происходитъ отъ одного Бога, но владѣющіе властью люди облечены ею человѣческими средствами, совершающимися подъ невидимымъ управленіемъ всегда дѣйствующаго Божественнаго Промысла. Доктрина провиденціальнаго божественнаго права имѣла въ началѣ прошлаго вѣка двухъ знаменитыхъ истолкователей, Жозефа де-Мэстра и Бональда; благодаря именно послѣднимъ эта доктрина занимаетъ видное мѣсто въ исторіи современной мысли.

Жозефъ де-Мэстръ писалъ: „Безъ непосредственнаго вмѣшательства сверхъестественной силы нельзя объяснить ни созданія, ни продолжительности правительствъ. Это вмѣшательство проявляется въ національномъ единствѣ, которое устанавливаетъ правительство; оно проявляется въ множественности воль, содѣйствующихъ безсознательно одной и той же цѣли, чѣмъ доказывается роль ихъ, какъ простого *орудія;* оно особенно проявляется въ чудесномъ дѣйствіи, которое пользуется всѣмъ этимъ множествомъ обстоятельствъ, называемыхъ нами случайными, самими нашими безумствами и

---

1) Ibid., 6-e prop.

2) Ibid., 6-e prop. Относительно полемики между Жюрье и Боссюэтомъ см. R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu*, thèse, Bordeaux, 1904; Rébelliau, *Bossuet, historien du protestantisme*, 1891.

преступленіями, чтобы поддержать порядокъ, а часто и чтобы его возстановить“ [1]).

Доктрина Бональда аналогична доктринѣ Мэстра. Она цѣликомъ заключается въ слѣдующемъ положеніи: „Власть законна не въ томъ смыслѣ, что осуществляющій ее человѣкъ назначенъ по повелѣнію, видимымъ образомъ исходящему отъ божества, а въ томъ, что она зиждется на естественныхъ и основныхъ законахъ соціальнаго порядка, творецъ которыхъ есть Богъ, и все, что дѣлается противъ нихъ, по выраженію Боссюэта, ничтожно само по себѣ; въ случаѣ же нарушенія ихъ, человѣкъ снова приводится къ нимъ непреодолимою силою событій“ [2]).

Ясно, что эти различныя доктрины ничего не объясняютъ, и такъ какъ онѣ покоятся на вѣрѣ въ постоянное вмѣшательство въ міръ сознательной и сверхъестественной силы, то онѣ, очевидно, ускользаютъ отъ научнаго обсужденія. Но важно замѣтить, что, въ противоположность распространенному мнѣнію, эти доктрины не приводятъ неизбѣжно къ абсолютизму. Разумѣется, теорія сверхъестественнаго божественнаго права, утверждающаго, что глава государства получаетъ свою власть прямо отъ Бога и что онъ отвѣтственъ передъ однимъ Богомъ, логически приводитъ къ устраненію всякой умѣряющей власти. По этой доктринѣ, не остается ничего, кромѣ законовъ религіозной морали, что могло бы ограничивать всемогущество монарха, избраннаго Богомъ. Но доктрина провиденціальнаго божественнаго права вполнѣ примирима съ правительствомъ, ограниченнымъ вмѣшательствомъ народныхъ представителей и

---

[1]) J. de Maistre, *Soirées de Saint-Pétersbourg*, 3 й разговоръ, Парижъ, 1872, I, стр. 207. — Ср. *Considérations sur la France* гл. VI, Парижъ, 1885, стр. 81.

[2]) Bonald, „*Législation primitive, Discours préliminaire*“, 5 изд. 1857, стр. 41.

существованіемъ человѣческихъ законовъ, устанавливающихъ дѣйствительную отвѣтственность правителей.

11. **Демократическія доктрины.** — Не слѣдуетъ полагать, что демократическія доктрины всегда либеральны. Это чрезвычайно распространенная ошибка, которой надо очень остерегаться. Мы называемъ *демократическими* всѣ тѣ доктрины, которыя источникъ политической власти видятъ въ коллективной волѣ общества, подчиняющагося этой власти, и которыя учатъ, что политическая власть законна лишь потому и постольку, поскольку она установлена управляемымъ ею коллективнымъ цѣлымъ. Между тѣмъ такія доктрины, у двухъ своихъ наиболѣе извѣстныхъ представителей, приводятъ къ всемогуществу политической власти и къ полному и безграничному подчиненію индивида.

Надо также отмѣтить, что эти демократическія доктрины нисколько не связаны непремѣнно съ республиканской формой правительства. Какъ показалъ это самъ Руссо, теорія народнаго происхожденія политической власти примиряется со всѣми формами правительства, и наилучшая изъ этихъ формъ есть та, которая лучше всего подходитъ къ положенію даннаго общества. XIX вѣкъ жилъ подъ вліяніемъ двухъ политическихъ идей: онъ вѣрилъ, что все спасено, если утвержденъ принципъ, что всякая власть происходитъ отъ народа, и если созданъ парламентъ, непосредственно избранный народомъ; онъ также вѣрилъ, что провозглашеніемъ республики, какъ необходимой формы демократіи, свобода утверждается на незыблемыхъ основахъ. Событія послѣдняго времени, на которыхъ не стоитъ слишкомъ останавливаться,

показываютъ съ очевидностью, что оба эти мнѣнія ошибочны, и что если есть правительство, противъ произвола котораго нужно устанавливать серьезныя гарантіи, такъ это народное правительство, потому что именно оно имѣетъ болѣе всего стремленій считать себя всемогущимъ. Выборные парламенты созданы были противъ деспотизма королей; слѣдуетъ теперь утвердить неприкосновенное право индивида противъ грознаго деспотизма парламентовъ.

Нѣтъ исторіи болѣе захватывающей, чѣмъ исторія демократическихъ доктринъ. Именно здѣсь лучше, чѣмъ въ чемъ-нибудь иномъ, видны усилія человѣческой мысли дать чисто позитивное оправданіе политической власти и охранить индивида, его физическую, умственную и религіозную свободу отъ политическаго произвола; ибо, если иногда демократическія доктрины и приходили къ абсолютистскимъ заключеніямъ, то въ своемъ происхожденіи и въ своемъ развитіи онѣ имѣли главною цѣлью воздвигнуть препятствія деспотизму. Здѣсь можно лишь въ нѣсколькихъ словахъ обозначить главные этапы этой долгой исторіи.

Античная древность не ставила этой проблемы. Ни одинъ изъ политическихъ писателей Греціи и Рима, ни Платонъ, ни Аристотель, ни Полибій, ни Цицеронъ, не задавалися вопросомъ, законна ли политическая власть, и каково ея происхожденіе. Они принимали ее, какъ необходимый фактъ, и разсуждали о практическихъ условіяхъ правительства или, подобно Платону въ его *Государствѣ*, набрасывали планъ идеальной общины. Заслуга постановки вопроса и попытки методически его разрѣшить принадлежитъ средневѣковымъ теологамъ. Богословіе XII и XIII вѣковъ было убѣжищемъ свободной мысли; оно противостало силѣ и спросило ее, какія основанія она имѣетъ, чтобы принуждать людей.

Мы уже видѣли (§ 10), въ какомъ смыслѣ разрѣшало эту проблему схоластическое богословіе. Власть, какъ таковая, говорило оно, происходитъ отъ Бога, но власть конкретная проистекаетъ отъ народа, народъ создаетъ власть для цѣлей, преслѣдуемыхъ имъ. Выводъ изъ этого тотъ, что если носитель власти пользуется ею не для цѣлей народа, то онъ

тиранъ, и народъ можетъ его низвергнуть. „Тираническое правительство несправедливо,—говоритъ св. Ѳома,—ибо оно стремится не къ общему благу, а къ частному благу того, кто правитъ... и поэтому возстаніе, поднимаемое противъ такого правительства, не имѣетъ мятежнаго характера... Мятежникомъ является скорѣе самъ тиранъ“ [1]). Уже здѣсь появляется идея взаимно обязывающаго договора между народомъ и княземъ, возлагающаго взаимныя обязанности на того и на другого и постановляющаго, что если одинъ изъ нихъ не выполнилъ своихъ обязательствъ, то народъ можетъ отнять власть отъ князя, нарушающаго договоръ [2]).

Идея народнаго суверенитета не только теоретически обосновывалась въ сочиненіяхъ теологовъ, но и практически провозглашалась на генеральныхъ штатахъ Франціи. Такъ, уже на штатахъ короля Іоанна въ 1355—56 заявлялось, что политическая власть происходитъ отъ народа. Вѣкомъ позже, на генеральныхъ штатахъ въ Турѣ, собранныхъ въ 1484 г. во время несовершеннолѣтія Карла VIII, демократическая идея была выражена съ полною опредѣленностью въ знаменитой рѣчи Филиппа Потъ: „Итакъ, — сказалъ онъ,—какая власть во Франціи имѣетъ право регулировать ходъ дѣла въ то время, когда король неспособенъ къ управленію? Очевидно, эта обязанность падаетъ не на принца и не на совѣтъ принцевъ, а возвращается къ народу, *дарителю власти*“ [3]).

Демократическая идея достигаетъ своего полнаго развитія въ XVI вѣкѣ. Въ эту эпоху она поддерживается поочередно, съ одинаковой убѣжденностью, смотря по интересу момента, то протестантскими, то католическими писателями. Протестантскіе писатели, защищавшіе королевскую власть, пока они надѣялись на ея покровительство, съ яростью нападаютъ на нее послѣ Варѳоломеевской ночи. Тогда именно появляется рядъ сочиненій, авторовъ которыхъ часто называютъ *монар-*

---

1) *Somme théologique*, 2-я часть 2-й части, вопр. XLII, ст. 2, № 3, изд. Lachat, VIII, стр. 200.

2) Ср. Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898, стр. 9, 16 и сл.

3) *Journal de Jehan Masselin, Documents inédits sur l'histoire de France*, 1835, стр. 18.

хомахами; въ этихъ сочиненіяхъ съ энергіей утверждается народное происхожденіе власти, въ мелкихъ деталяхъ описываются условія договора, заключеннаго между народомъ и княземъ, и торжественно выставляется право народа низвергнуть князя, нарушающаго статьи договора. Между этими сочиненіями прежде всего надо указать на *Franco-Gallia* Готмана и *Vindiciae contra tyrannos*, приписываемое Дюплесси-Морнэ [1]).

Послѣ убійства Генриха III, протестанты оставляютъ свои демократическія доктрины и поддерживаютъ наслѣдника престола, благопріятствующаго имъ; а публицисты Лиги дѣлаются страстными апостолами самой неистовой демагогіи. Наиболѣе характерная для этого состоянія умовъ книга *De justa abdicatione Henrici tertii* принадлежитъ священнику церкви св. Бенедикта Буше; въ ней авторъ утверждаетъ, что всякая власть происходитъ отъ народа, что народъ, устанавливая своихъ князей, не теряетъ своей власти, что онъ можетъ и долженъ низвергнуть ихъ съ престола, когда они нарушаютъ условія договора; авторъ, давая апологію убійства Генриха III Жакомъ Клеманъ, излагаетъ цѣлую теорію тираноубійства [2]).

У сторонниковъ Лиги эти доктрины были боевымъ орудіемъ; въ знаменитомъ сочиненіи Маріана *De rege et regis institutione* (1603) онѣ становятся догматическимъ изложеніемъ обдуманной мысли. Тираноубійство дѣлается въ немъ предметомъ законченной теоріи [3]).

Какъ мы уже указали въ предшествующемъ параграфѣ, въ концѣ XVI в. и въ началѣ XVII в.; Беллярминъ и Суарецъ учили, что власть происходитъ отъ народа и что между народомъ и княземъ заключается договоръ о подчиненіи. Но Суарецъ училъ, что этимъ договоромъ народъ можетъ вполнѣ отчуждать свою власть въ руки князя. „Хотя власть,—

---

[1]) См. особ. *Vindiciae contra tyrannos*, 1579, стр. 85. Ср. Lureau, *Doctrines politiques chez les écrivains protestants de la seconde moitié du XVI-e siècle*, 1900; Méaly, *Les doctrines politiques des protestants*, 1903.

[2]) См. объ этомъ Labitte, *La démocratie chez les prédicateurs de la Ligue*, 2-е изд., 1865.

[3]) Ср. Cirot, *Mariana*, 1905, особ. стр. 32 и 112.

писалъ онъ,— есть естественная собственность совершеннаго соединенія людей, тѣмъ не менѣе она не неразлучна съ нимъ, но съ согласія этого соединенія... она можетъ быть отъ него отдѣлена и перенесена на другого субъекта»[1]). Съ тѣхъ поръ, въ XVII и XVIII в., главный вопросъ заключается въ отчуждаемости народнаго суверенитета; онъ выступаетъ на первый планъ у всѣхъ тѣхъ, кто, подъ тою или другою формой, видятъ источникъ политической власти въ коллективности. Однако не слѣдуетъ полагать, что сторонники неотчуждаемости суверенитета необходимо приходятъ къ либеральнымъ заключеніямъ. Никто не утверждалъ этой неотчуждаемости энергичнѣе Жюрье и Руссо и въ то же время никто не подчинялъ полнѣе индивида безграничной власти коллективной воли.

Въ XVII в. Гоббесъ и Жюрье могутъ быть разсматриваемы какъ типическіе представители демократическихъ доктринъ. Тотъ и другой приходятъ къ абсолютизму: одинъ—къ абсолютизму князя, другой—къ абсолютизму народа. Оба стоютъ другъ друга!

Гоббесъ основываетъ общину на согласіи ея членовъ. Но, по его мнѣнію, одного тяготѣнія многихъ воль къ общей цѣли еще не достаточно для сохраненія мира и для постоянной охраны; для этого необходимо, чтобы воли всѣхъ образовали *единую* волю. Это было уже, очевидно, *совокупное я*, общая воля Ж. Ж. Руссо. Гоббесъ добавляетъ, что эта *единая* воля можетъ существовать лишь тогда, когда каждый подчиняетъ свою волю волѣ другого,—волѣ одного человѣка или волѣ совѣта,—такимъ образомъ, чтобы все, что этотъ послѣдній пожелаетъ въ сферѣ предметовъ, необходимыхъ для общаго мира, *считалось исходящимъ отъ воли всѣхъ и каждаго*. Во всей общинѣ этотъ человѣкъ или этотъ совѣтъ, волѣ котораго всѣ подчинили свою волю, владѣетъ *summum imperium*, являющимся результатомъ того, что каждый изъ гражданъ всю свою силу и власть перенесъ на этого человѣка или на этотъ совѣтъ, власть котораго, слѣдовательно, должна быть неограниченной [2]).

---

[1]) *De legibus*, кн. III, гл. III, № 6, Неаполь, 1872, I, стр. 167.
[2]) Hobbes, *De cive*, особ. гл. V и VI.

Часто Гоббесу противопоставляли Жюрье, но это несправедливо. Политическія доктрины Жюрье не носятъ характера либеральныхъ доктринъ. Идеи, пространно и тяжело изложенныя Жюрье въ *Lettres pastorales* (1688) и въ *Soupirs de la France esclave* (1690), могутъ быть резюмированы слѣдующимъ образомъ: всякое политическое общество предполагаетъ существованіе договора, соглашенія о подчиненіи или о суверенитетѣ, заключеннаго между народомъ и княземъ; но народъ всегда въ правѣ отнять у князя данную имъ ему власть, если князь плохо ею пользуется; народъ, какъ верховная инстанція, можетъ оцѣнить, нарушилъ ли или не нарушилъ договоръ князь; онъ можетъ низвергнуть князя, когда ему заблагоразсудится, ибо „необходимо, чтобы въ обществахъ существовала извѣстная власть, которая не обязана приводить основаній для законности своихъ дѣйствій; эта же власть заключается лишь въ народѣ“ [1]).

Локкъ объясняетъ политическую власть согласіемъ тѣхъ, кто ей подчиненъ. „Кто,—говоритъ онъ,—выходитъ изъ естественнаго состоянія, чтобы вступить въ общество, долженъ считаться какъ бы передавшимъ всю власть, необходимую для тѣхъ цѣлей, ради которыхъ онъ вступилъ въ общество, въ руки небольшого числа членовъ“ [2]). Но необходимо указать, что Локкъ категорически утверждалъ ограниченіе политической власти существованіемъ естественныхъ правъ, принадлежащихъ человѣку и сохраняемыхъ имъ въ обществѣ; эти права человѣкъ можетъ противопоставить не только власти князя, но и власти законодателей, избранныхъ народомъ. „Основаніе, по которому вступаютъ въ политическое общество, есть сохраненіе своихъ общественныхъ благъ, и цѣль, ради которой выбираютъ и надѣляютъ законодательной властью нѣкоторыхъ лицъ, заключается въ томъ, чтобы имѣть законы и регламенты, охраняющіе и сохраняющіе то, что принадлежитъ собственно всему обществу... Всякій

---

[1]) См. Bossuet, *V-e Avertissement*, особенно параграфъ, озаглавленный *Principes de la politique de M. Jurieu et leur absurdité*. — Ср. R. Lureau, *Ler doctrines politiques de Jurieu*, thèse, Бордо, 1904.

[2]) Locke, *Le gouvernement civil*, гл. VII, § 5, франц. изд., 1691, стр. 126.

разъ, какъ *законодательная* власть нарушитъ это основное правило общества и... попытается сдѣлать себя или другихъ обладателями абсолютной власти надъ жизнью, свободою и имуществомъ народа... она вполнѣ потеряетъ власть, которую народъ передалъ ей для цѣлей, діаметрально противоположныхъ тѣмъ, которыя она стала себѣ ставить“ [1]). Уже здѣсь видна идея естественныхъ индивидуальныхъ правъ, предшествующихъ государству, стоящихъ надъ нимъ и ограничивающихъ его законодательную власть, та идея, что нашла свое выраженіе въ *Декларацiи правъ человѣка.*

Ж. Ж. Руссо лишь выразилъ прекраснымъ языкомъ, иногда, однако, въ декламаторской формѣ, идеи, формулированныя уже вѣка до него. Много было споровъ объ источникахъ, изъ которыхъ черпалъ авторъ *Общественнаго договора.* Это, однако, не стоило труда, такъ какъ онъ лишь формулировалъ доктрины, уже давно извѣстныя всѣмъ. Гражданское общество рождается изъ договора, въ силу котораго люди отказываются отъ своей естественной независимости, чтобы взамѣнъ этого пріобрѣсти безопасность. Изъ этого договора рождается моральное и коллективное цѣлое, *совокупное я (moi commun)* общая воля (кн. 1, гл. 6-я). Это *совокупное я* есть *суверенъ.* Эта суверенная общая воля недѣлима и неотчуждаема. Изъ того, что она неотчуждаема, слѣдуетъ, что она не можетъ быть представлена кѣмъ-нибудь. Слѣдовательно, общая воля сама создаетъ законъ или, по крайней мѣрѣ, закономъ является лишь то, что, выработанное законодателемъ, будетъ одобрено народомъ. Народъ долженъ установлять правительство; но между народомъ и правительствомъ нѣтъ договора. Правительство есть *приказчикъ* общей воли. Это правительство, смотря по странѣ, можетъ быть демократическимъ, аристократическимъ или монархическимъ. Нѣтъ никакой границы для суверенной власти, въ пользу индивида, „ибо суверенъ, состоя лишь изъ образующихъ его частныхъ лицъ, не имѣетъ и не можетъ имѣть интересовъ, противоположныхъ интересамъ этихъ лицъ; слѣдовательно, суверенная власть *не нуждается ни въ какихъ гарантiяхъ по отношенiю къ подчиненнымъ,* такъ какъ невозможно,

---

[1]) Ibid., гл. XVIII, §§ 13 и 14, стр. 284 и 285.

чтобы тѣло желало вредить всѣмъ своимъ членамъ, а мы увидимъ ниже, что оно не можетъ никому вредить въ частности. Суверенъ, тѣмъ самымъ, что онъ существуетъ, всюду есть именно то, чѣмъ онъ долженъ быть" (кн. 1, гл. 7). Ж. Ж. Руссо говоритъ еще: „Такъ какъ отчужденіе дѣлается безъ оговорокъ, то союзъ настолько совершененъ, насколько онъ можетъ быть имъ, и никто изъ сотоварищей не можетъ ничего требовать; ибо если бы оставались нѣкоторыя права частныхъ лицъ, то въ силу того, что не было бы общаго верховнаго лица для разрѣшенія столкновеній между частными лицами и публикой, каждый, будучи нѣкоторымъ образомъ своимъ собственнымъ судьей, скоро сталъ бы претендовать быть имъ во всемъ; естественное состояніе продолжалось бы, и ассоціація сдѣлалась бы неизбѣжно тиранической или безполезной" (кн. 1, гл. 6-я).

Этихъ нѣсколькихъ цитатъ достаточно, чтобы показать, насколько ложно мнѣніе тѣхъ [1]), которые рѣшаются утверждать, что *Декларація правъ человѣка* вдохновлялась *Общественнымъ договоромъ*. Она скорѣе его антиподъ! Ж. Ж. Руссо есть отецъ якобинскихъ доктринъ, родоначальникъ абсолютистскихъ теорій, стремившихся къ полному поглощенію индивида государствомъ [2]).

12. **Критика демократическихъ доктринъ.** — Сущность только что изложенныхъ вкратцѣ доктринъ проникла въ политическое законодательство современной Франціи, и двѣ статьи законодательства 1789—91 г. опредѣленно ее формулировали: «основа всякаго суверенитета по самому существу своему покоится въ народѣ. Никакое учрежденіе и никакое лицо не могутъ осуществлять власти, которая не исходила бы отъ народа» (Декларація правъ 1789 г., ст. 3). «Су-

---

[1]) См. P. Janet, *Histoire de la science politique*, II, стр. 456 (3-е изд.); Tchernoff, *Montesquieu et J. J. Rousseau*, 1903, стр. 4.

[2]) См. *Contrat Social* изд. Dreyfus-Brisac, Paris, 1891;—Espinas, *La philosophie sociale au XVIII siècle*, 1900; E. Faguet, *Etudes sur le XVIII siècle*, стр. 392; Liepman, *Die Rechtsphilosophie des J. J. Rousseau*, 1898; Rod, *L'affaire J. J. Rousseau*, 1906.

веренитѐтъ единъ, недѣлимъ, неотчуждаемъ и вѣченъ. Онъ принадлежитъ націи; никакая часть народа, никакое лицо не можетъ присвоить себѣ его осуществленія» (Конст. 1791 т. III, пр. 1, ст. 1). Эти положенія сдѣлались для нѣкоторыхъ политическихъ школъ неприкосновенными догматами, равными заповѣдямъ откровенной религіи, и до сихъ поръ они, несомнѣнно, образуютъ положительный принципъ нашего политическаго права. Несмотря на это, такъ какъ мы не признаемъ никакой догмы, мы должны обсудить ея цѣнность. Нетрудно показать, что она ничтожна и что мнимая догма народнаго суверенитета есть пустая, ничего не объясняющая гипотеза, безполезный постулатъ.

Прежде всего, суверенитетъ коллективнаго цѣлаго предполагаетъ, что это коллективное цѣлое имѣетъ личность и волю, отдѣльныя отъ лица и воли составляющихъ его индивидовъ. Это же не доказано и недоказуемо. Чтобы установить существованіе *совокупнаго я (moi commun),* коллективнаго лица, Гоббесъ, Ж. Ж. Руссо и всѣ, слѣдовавшіе той же идеѣ, прибѣгали къ гипотезѣ общественнаго договора. Но это—пустая гипотеза. Уже было указано, что объяснять общество договоромъ есть circulus vitiosus, ибо идея договора могла родиться въ умѣ человѣка лишь послѣ того, какъ онъ жилъ въ обществѣ. Съ другой стороны, если бы и былъ молчаливый договоръ между всѣми членами соціальнаго цѣлаго, изъ этого еще не родилась бы общая и совмѣстная воля, *совокупное я.* Благодаря общественному договору члены единаго коллективнаго цѣлаго хотятъ одного и того же; но. ничто не доказываетъ, чтобы изъ этого соединенія воль рождалась совмѣстная

воля, отдѣльная отъ воли соединяющихся индивидовъ.

Если бы даже эта совмѣстная воля и существовала, этимъ не было бы еще доказано, что она можетъ законно обязывать индивидовъ. Допущеніемъ, что политическая власть принадлежитъ олицетворенной коллективности, еще не доказывается законность этой публичной власти. Воля коллективнаго цѣлаго, говорятъ,стоитъ выше индивидуальной воли. Почему? Чтобы стать коллективной, воля группы не перестаетъ быть человѣческой волей, а не доказано, чтобы одна человѣческая воля могла господствовать надъ другой. Было сказано, что революція на мѣсто божественнаго королевскаго права поставила божественное право народа; это вѣрно, ибо утвержденіе, что коллективное цѣлое имѣетъ законную власть потому, что оно есть коллективное цѣлое, является утвержденіемъ метафизическаго или религіознаго порядка, точно такъ же, какъ утвержденіе о божественномъ королевскомъ правѣ.

Ж. Ж. Руссо полагалъ, что онъ устранялъ это затрудненіе, когда писалъ: «Каждый, отдавая себя всѣмъ, не отдается никому». Кому не видно, что это чистѣйшій софизмъ? Что бы ни дѣлалось, въ дѣйствительности, эта мнимая общая воля всегда выражается большинствомъ и публичною властью; власть приказывать принадлежитъ большинству, которое навязываетъ свою волю меньшинству. Между тѣмъ не доказано и нельзя доказать, что большинство имѣетъ законную власть навязать свою волю, хотя бы это большинство и было единогласнымъ, кромѣ единаго. Власть приказывать, признанная за большинствомъ, можетъ быть фактическою не-

обходимостью; но она не можетъ быть законною властью.

Ж. Ж. Руссо предвидѣлъ возраженіе. „Спрашивается,—говоритъ онъ,—какимъ образомъ человѣкъ можетъ быть свободнымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ вынужденнымъ сообразоваться съ волей, которая не является его волей. Какимъ образомъ возражающіе свободны, если они подчинены законамъ, на которые они не дали своего согласія". Онъ отвѣчаетъ: „Вопросъ плохо поставленъ. Гражданинъ даетъ свое согласіе на всѣ законы, даже и на тѣ, которые принимаются помимо его воли, и даже на тѣ, которые его наказываютъ, когда онъ осмѣливается нарушить какой-либо изъ нихъ. Постоянная воля всѣхъ членовъ государства есть общая воля; благодаря именно ей они граждане и свободны. Когда предлагаютъ извѣстный законъ въ собраніи народномъ, то у гражданъ спрашиваютъ собственно не о томъ, одобряютъ ли они данное предложеніе или отвергаютъ его, а о томъ, согласно оно или нѣтъ съ общей волей, которая есть и ихъ воля; каждый, подавая свой голосъ, высказываетъ свое мнѣніе по этому предмету, и изъ подсчета голосовъ выводится объявленіе общей воли. Если одерживаетъ верхъ мнѣніе, противоположное моему, то это не доказываетъ ничего иного, кромѣ того, что я ошибался и принималъ за общую волю то, что на самомъ дѣлѣ не было ею" (кн. IV, гл. 2). Софизмъ превосходитъ всякую мѣру, и необходимость для Руссо писать въ защиту своего тезиса подобныя вещи доказываетъ ничтожность этого тезиса

Этими замѣчаніями, по нашему мнѣнію, опровергаются тѣ разсужденія, посредствомъ которыхъ Эсменъ хочетъ доказать истинность принципа народнаго суверенитета. Нашъ ученый коллега пишетъ: „Послѣ того какъ устранена фикція общественнаго договора, на какихъ идеяхъ можно и должно установить національный суверенитетъ? Я вижу только двѣ, которыя по существу являются лишь двумя различными сторонами одной и той же истины. Первая есть идея здраваго смысла, почти очевидная, долгое время удовлетворявшая человѣческій разумъ; именно, публичная власть и пользующееся ею правительство существуютъ лишь въ интересѣ всѣхъ членовъ, составляющихъ націю. Національный суверенитетъ есть также единственная, точная и полная юридическая

интерпретація безспорнаго и обязательнаго соціальнаго факта. Повиновеніе можетъ быть достигнуто... лишь въ силу одобренія общественнымъ мнѣніемъ. Признать, организовать и уважать національный суверенитетъ значитъ дать общественному мнѣнію... юридическую цѣну, легальный авторитетъ“ [1]). Это разсужденіе не убѣждаетъ насъ. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что тѣ, кто владѣютъ властью, должны пользоваться ею въ интересѣ всѣхъ. Слѣдовательно, правительство должно получить такую организацію, которой было бы обезпечено, поскольку это возможно, что люди, пользующіеся властью, будутъ дѣйствовать въ интересѣ всѣхъ. Положеніе это, вполнѣ справедливое, не идетъ далѣе; оно не можетъ оправдать метафизическаго утвержденія о происхожденіи власти. То же самое можно сказать и о второмъ положеніи Эсмена. Разумѣется, въ каждой націи въ опредѣленный моментъ существуетъ извѣстное число общихъ идей, образующихъ такъ называемое общественное мнѣніе, и лица, находящіяся у власти, тѣмъ большее повиновеніе будутъ встрѣчать, чѣмъ болѣе они будутъ сообразоваться съ общественнымъ мнѣніемъ. Но это нисколько не доказываетъ существованія суверенной національной воли, выражаемой большинствомъ произвольно составленнаго выборнаго корпуса; это показываетъ лишь обязанность для лицъ, находящихся у власти, дѣйствовать въ согласіи съ общественнымъ мнѣніемъ.

Принципъ національнаго суверенитета не только не доказанъ и недоказуемъ, но онъ еще и безполезенъ. Болѣе, чѣмъ кто-нибудь, мы вѣримъ въ преимущество и справедливость того, чтобы возможно наибольшее число индивидовъ участвовало въ политической власти данной страны, и мы считаемъ, что прогрессъ прежде всего состоитъ въ подъемѣ уровня общей культуры и въ привлеченіи къ участію въ политической власти все большаго числа индивидовъ. Однимъ словомъ, регламентированное и организованное всеобщее избирательное право есть идеалъ,

---

[1]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., 1906, стр. 205 — 213.

къ которому мы желали бы, чтобы стремились всѣ государства. Отсюда понятно, что мы защищали бы принципъ народнаго суверенитета, если бы непремѣннымъ, логическимъ его послѣдствіемъ было всеобщее избирательное право. Однако ничего подобнаго нѣтъ. Въ самомъ дѣлѣ, суверенитетъ, по этому воззрѣнію, не является суммою индивидуальныхъ воль; онъ есть общая воля, въ которой сливаются, въ нѣкоторомъ родѣ теряются, индивидуальныя воли. Когда Руссо говоритъ (кн. III, гл. 1-я), что въ государствѣ, состоящемъ изъ 10.000 гражданъ, каждый изъ нихъ имѣетъ одну десятитысячную часть суверенной власти, онъ противорѣчитъ самому себѣ. Ибо послѣ того, какъ онъ установилъ, что суверенитетъ недѣлимъ, онъ дѣлитъ его на столько частей, сколько гражданъ; сказавши, что *совокупное я* есть носитель суверенитета, онъ отдаетъ послѣдній нераздѣльно суммѣ гражданъ. Логическая истина заключается въ томъ, что по теоріи національнаго суверенитета суверенитетомъ владѣетъ коллективное лицо, а граждане, взятые индивидуально, не обладаютъ ни малѣйшей его частью и не имѣютъ, слѣдовательно, никакого права на участіе въ осуществленіи суверенитета. Такимъ образомъ, если логически разсуждать, всеобщее избирательное право нисколько не вытекаетъ изъ принципа національнаго суверенитета. Единственный выводъ изъ него заключается въ томъ, что надо найти наилучшую систему для обнаруженія національной воли, но ничто не доказываетъ, чтобы такой системой было всеобщее избирательное право. Поэтому и Національное Собраніе 1789 г. ни разу не подумало, что, устанавливая ограниченное и двухстепенное избирательное право, оно

нарушаетъ имъ же торжественно провозглашенный принципъ національнаго суверенитета. Даже Конвентъ, установивши въ неполучившей примѣненія конституціи 1793 г. всеобщее и прямое политическое избирательное право, въ конституціи III года возстановилъ ограниченное и двухстепенное избирательное право, и тѣмъ не менѣе онъ энергически провозглашалъ въ ст. 17 Декларації правъ, что «суверенитетъ по самому существу своему покоится въ совокупности гражданъ». Авторы конституціи VIII года совершенно уничтожили избирательное право; но это не помѣшало имъ провозгласить, что «революція утверждена на тѣхъ принципахъ, которые ей дали начало» (прокламація консуловъ 8 фримэра VIII года). Догма народнаго суверенитета не можетъ, слѣдовательно, дать прочнаго основанія участію всѣхъ въ политической власти.

Софизмы Руссо въ родѣ: «Каждый, отдавая себя всѣмъ, не отдаетъ никому» (кн. I, гл. 6-я) и «всякій, отказывающійся повиноваться общей волѣ, будетъ къ этому принужденъ всѣмъ коллективнымъ цѣлымъ, что̀ имѣетъ лишь то значеніе, что его заставятъ быть свободнымъ» (кн. I-я, гл. 7), укрѣпили въ сознаніи многихъ людей ту гибельную ошибку, будто народъ пріобрѣтаетъ свободу съ того дня, какъ провозглашенъ принципъ національнаго суверенитета, и въ особенности, будто представители, избранные всеобщимъ избирательнымъ правомъ, могутъ все дѣлать и навязывать свою волю, въ чемъ бы она ни состояла, и будто они такимъ образомъ образуютъ ту власть, которая, по выраженію Жюрье, «для дѣйствительности своихъ актовъ не нуждается въ основаніяхъ». Слѣдуетъ утверждать противное. Революю-

ція, произведенная для того, чтобы охранить индивида отъ монархическаго абсолютизма, основаннаго на божественномъ королевскомъ правѣ, была вполнѣ законной. Но надо остерегаться на мѣсто монархическаго абсолютизма поставить демократическій абсолютизмъ, основанный на божественномъ правѣ народа. Пора понять, что гарантіи должны быть установлены также и противъ деспотизма народныхъ собраній, при чемъ эти гарантіи должны, быть-можетъ, быть болѣе энергичными, чѣмъ противъ деспотизма королей. Несправедливость остается несправедливостью, будетъ ли она приказана народомъ, или его представителями, или монархомъ. Догматъ народнаго суверенитета способствуетъ забвенію этого.

13. **Естественное образованіе государства.**—Предшествующія разъясненія показали, насколько тщетны усилія доктринъ,—каковы бы онѣ ни были,—дать философское оправданіе политической власти. Истина заключается въ томъ, что политическая власть есть фактъ, чуждый какой бы то ни было законности или незаконности. Фактъ этотъ есть продуктъ соціальной эволюціи, опредѣлить форму которой и обозначить ея элементы должна соціологія. Въ настоящемъ руководствѣ не можетъ быть рѣчи о томъ, чтобы изучить въ подробностяхъ эту эволюцію; можно лишь указать главные этапы и опредѣлить наиболѣе активные факторы.

Во всѣхъ соціальныхъ группахъ, называемыхъ государствами, какъ въ самыхъ примитивныхъ и простыхъ, такъ и въ наиболѣе цивилизованныхъ и сложныхъ, всегда наблюдается одинъ постоянный фактъ: индивиды, болѣе сильные, чѣмъ остальные,

хотятъ и могутъ сдѣлать свою волю обязательной для другихъ. Не важно, живутъ или не живутъ эти группы на опредѣленной территоріи, признаны ли онѣ или не признаны другими группами, имѣютъ ли онѣ однородную или дифференцированную структуру; повсюду сохраняется одинъ и тотъ же тождественной фактъ: болѣе сильные подчиняютъ своей волѣ болѣе слабыхъ. Эта сила, дающая преобладаніе, принимала различные виды: иногда она являлась чисто матеріальной, иногда моральной и религіозной, иногда умственной, иногда, — и очень часто, — экономической силой. Экономическая власть не была единственнымъ факторомъ политической власти, какъ этому учитъ марксистская школа (теорія *историческаго матеріализма*), но она, несомнѣнно, играла первостепенную роль въ исторіи политическихъ учрежденій. Часто этой доминирующей силой была, а нынѣ стремится стать повсемѣстной, сила числа.

Такимъ образомъ во всѣхъ странахъ и во всѣ времена болѣе сильные въ матеріальномъ, религіозномъ, экономическомъ, моральномъ, умственномъ или численномъ отношеніи стремились подчинить и въ дѣйствительности подчиняли своей волѣ остальныхъ людей. Правящими всегда были, есть и будутъ наиболѣе сильные фактически. Часто съ помощью своихъ приверженцевъ они старались сдѣлать эту силу законной, но для этого они могли придумать лишь два искусственныхъ объясненія, которыя никого не должны вводить въ заблужденіе. Часто они объявляли себя какъ бы делегатами на землѣ нѣкой сверхъестественной власти. Теократическая идея имѣетъ великую силу въ эпохи и въ странахъ, проникнутыхъ глубокой вѣрой; она была удобнымъ сред-

ствомъ, чтобы оправдать всякую тиранію. Но въ эпохи религіознаго охлажденія, подобныя нашей, она дѣлается недостаточной. Кромѣ того, какъ уже было сказано, для всякаго позитивнаго ума она не достойна даже обсужденія. Тогда выдумали фикцію соціальной воли: начальникъ, отдающій приказанія, король, императоръ, протекторъ, президентъ, обсуждающіе и распоряжающіеся правители, большинство парламента или народнаго собранія, являются будто бы лишь органами коллективной воли, которая подчиняетъ себѣ индивидуальныя воли именно потому, что она есть коллективная воля. Нами уже было показано (§ 12), что демократическая идея столь же неосновательна, какъ и теократическая идея, и божественное право народа столь же нереально, какъ и божественное право короля.

Божественное право, общественная воля, національный суверенитетъ,—все это слова, не имѣющія цѣны, софизмы, которыми правящіе ублажаютъ своихъ подданныхъ и часто сами ублажаются. Несомнѣнно, эти понятія въ извѣстныя эпохи проникали глубоко въ сознаніе массъ; въ качествѣ таковыхъ они являются соціальными фактами, которые не должны ускользать отъ наблюдателя; но они образуютъ собою тѣ искуственными вѣрованія, которыя хорошо извѣстны соціологамъ и въ которыхъ надо выдѣлять простой первичный фактъ; этимъ фактомъ является раздѣленіе на правящихъ и управляемыхъ, возможность однихъ отдавать санкціонируемые матеріальнымъ принужденіемъ приказы другимъ; это—матеріальное принужденіе, монополизированное извѣстной соціальной группой; это—сила сильныхъ, господствующая надъ слабостью слабыхъ.

Не безполезно указать на нѣкоторыя существенныя черты этой эволюціи. Если признать, вмѣстѣ съ Дюркгеймомъ [1]), орду вѣроятнымъ типомъ первобытнаго общества, первая дифференціація, которая должна была непремѣнно произойти, основывалась на различіи половъ. Но въ точности ли соотвѣтствовало различію половъ первое различіе между правящими и управляемыми? Этого нельзя утверждать. Раздѣленіе на правящихъ и управляемыхъ особенно обозначилось тогда, когда нѣкоторые члены небольшой группы оказали значительныя услуги другимъ членамъ, или особенно, когда нѣкоторые, по какимъ-нибудь основаніямъ, считались надѣленными высшей неземной властью, каковая власть, предполагалось, передается къ нисходящимъ потомкамъ или близкимъ родственникамъ. Безконечное число фактовъ, сообщаемыхъ въ соціологическихъ сочиненіяхъ, показываетъ, что такимъ образомъ естественнымъ путемъ произошла дифференціація между массой индивидовъ и тѣмъ или тѣми, которые, въ силу какой-нибудь причины, были надѣлены матеріальной, моральной или религіозной силой, не имѣвшейся у остальныхъ. Произошла ли эта дифференціація въ ордѣ или только въ кланѣ или въ обществахъ, выросшихъ на основѣ клана? Отвѣтить на это съ увѣренностью нельзя. Факты должны быть разсматриваемы съ большой осторожностью и въ духѣ серьезной критики. Такіе же, какими они теперь извѣстны намъ, по своему количеству и по точности, съ какою они были наблюдены, эти факты, повидимому, позволяютъ утверждать, что человѣкъ очень рано имѣлъ понятіе о политической власти, вызванное этимъ различіемъ между сильными и слабыми [2]).

Кромѣ того, слѣдуетъ замѣтить, что эта доминирующая сила очень часто,—быть-можетъ, даже въ большинствѣ случаевъ, — принималась болѣе слабыми, которыхъ она себѣ подчиняла, добровольно, и эти послѣдніе очень часто полагали, что вполнѣ въ ихъ интересѣ добровольно и по соб-

---

[1]) Durkheim, *Division du travail social*, стр. 189.

[2]) См. особенно Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, фр. изд., т. III, стр. 311 и сл. — Letourneau, *Evolution politique*, даетъ много интересныхъ фактовъ, которые слѣдуетъ, однако, принимать съ осторожностью.

ственной иниціативѣ подчиняться приказамъ болѣе сильныхъ. Но это ничего не измѣняетъ въ предшествующихъ положеніяхъ. Такое добровольное повиновеніе было лишь причиной еще большей силы для начальствующихъ. Приказывающіе и нѣкоторые изъ управляемыхъ, или даже всѣ управляемые, желаютъ одного и того же; но и при этомъ остается вѣрнымъ, что тотъ, кто приказываетъ, дѣлаетъ это потому, что онъ является болѣе сильнымъ; сила эта увеличивается благодаря добровольному принятію управляемымъ, но въ случаѣ отказа въ повиновеніи она можетъ быть примѣнена и принудительно къ индивидамъ. Индивидуальное сознаніе всегда имѣетъ дѣло съ властью принужденія, и эта послѣдняя одна существуетъ въ дѣйствительности.

У большинства народовъ арійскаго и семитическаго происхожденія патріархальная семья была въ извѣстныя эпохи, продолжительность и даты которыхъ различны, общей формой соціальныхъ группъ. Старшій по возрасту родоначальникъ, признанный главою домашняго культа, почитаемый, въ силу своего возраста, своего пола и своего достоинства, какъ предка, какъ бы надѣленнымъ особымъ престижемъ является естественнымъ главою семейной группы. Онъ есть правитель небольшого государства; члены семьи—его управляемые, и различіе между правящими и управляемыми очевидно покоится исключительно на высшей силѣ, принадлежащей старшему по возрасту родоначальнику, благодаря его положенію и характеру. Античная гражданская община первоначально должна была представлять собой лишь собраніе семей; власть принужденія, или политическая власть, естественно принадлежала совокупности главъ семей. Въ Римѣ и во многихъ греческихъ городскихъ общинахъ власть дѣйствительно принадлежала отцамъ семействъ: римскій сенатъ первоначально представлялъ лишь собраніе главъ семействъ *(patres)*; ему принадлежало политическое преобладаніе даже во времена монархіи, которая была и ниспровергнута потому, что не хотѣла признать этого преобладанія. Главы семействъ въ совокупности представляютъ преобладающую силу благодаря тому, что каждый изъ нихъ доминируетъ въ своемъ семействѣ. Власть ихъ не нуждается для своего оправданія въ ссылкѣ на свое происхожденіе; это просто фактическая

власть, вытекающая изъ престижа, матеріальной, религіозной и моральной силы главы семейства. Часто власть въ гражданскихъ общинахъ принадлежала естественнымъ представителямъ религіозныхъ вѣрованій, коллегіи священниковъ; это являлось торжествомъ религіозной аристократіи. Въ данномъ случаѣ также наибольшая сила подчиняла себѣ другія. Часто также, именно въ Римѣ и въ Аѳинахъ, съ момента, когда допущено было индивидуальное присвоеніе богатства, болѣе сильными становятся болѣе богатые, и образуется имущественная аристократія, которая и дѣлается всемогущею. Это возвышеніе имущественной аристократіи вызываетъ безконечную борьбу между богатыми и бѣдными, которая и наполняетъ собою внутреннюю исторію Рима и Аѳинъ. Эта борьба, послѣ многочисленныхъ и разнообразныхъ перипетій, приводитъ къ постепенному умаленію имущественной аристократіи и къ перенесенію политическаго перевѣса на бѣдныхъ, т.-е. на болѣе многочисленныхъ. Аристократическое правительство замѣняется демократическимъ. Коллективной воли точно такъ же не существуетъ въ это время, какъ и при аристократическомъ режимѣ; политическая власть попрежнему принадлежитъ болѣе сильнымъ, но только болѣе сильнымъ по своей численности. Въ различныя эпохи, эта доминирующая сила стала болѣе или менѣе сознательно и добровольно получать признаніе; но такое признаніе не могло измѣнить ея природы, каковы бы ни были причины, приведшія къ этому признанію [1]).

Въ націи также происходила и происходитъ теперь совершенно подобная же дифференціація. Правителемъ націи вначалѣ является военный глава, который, какъ таковой, представляетъ наибольшую силу. Возникнувъ изъ феодальнаго режима, военная монархія сдѣлалась, въ извѣстный моментъ, господствующей у всѣхъ европейскихъ націй, и нѣкоторые остатки ея существуютъ еще и въ Европѣ XX вѣка. Въ XVII и XVIII вв., какъ извѣстно, многіе изъ монарховъ, въ

---

[1]) См. Fustel de Coulange, *La cité antique;* Guiraud, *La propriété en Grèce,* 1893; Platon, *La démocratie et le régime social à Athènes, à Rome et de nos jours,* 1899; Herman, *Lehrbuch der griechischen Rechtsalterthümer,* изд. Thaleim, 1884; Mommsen, *Droit public romain,* фр. изд. 1889, VI, 2-я часть, стр. 341 и сл.

частности французскій король, стали являться своимъ народамъ, какъ надѣленные властью самимъ божествомъ.

Съ Революціей политическое преобладаніе во Франціи переходитъ въ сущности не къ народному большинству, а къ буржуазной и имущественной аристократіи. Если исключить декретъ 10 августа 1792 г., постановившій, что національный конвентъ будетъ избранъ двухстепеннымъ всеобщимъ голосованіемъ, и конституцію 1793 г., установившую для политическихъ выборовъ прямое всеобщее избирательное право, но не получившую примѣненія на практикѣ, всѣ законы Революціи давали избирательное право однимъ плательщикамъ налоговъ, т. е. однимъ собственникамъ, и такимъ образомъ обезпечивали политическое преобладаніе за классомъ, имѣвшимъ только фактическую власть; этотъ классъ сталъ оправдывать свое преобладаніе фикціей національнаго суверенитета, какъ нѣкогда дѣлали короли съ фикціей божественаго права [1]). Умаленная на одинъ моментъ императорскимъ деспотизмомъ, власть класса собственниковъ снова дѣлается послѣ 1814 г., благодаря законамъ 1817, 1820 и 1831 гг., господствующей и остается такою до революціи 1848 г. Придумываютъ хитроумное выраженіе легальной страны (pays légal), чтобы придать видимость законности исключительному преобладанію одного класса.

Въ 1848 г. избирательное право даруется всѣмъ лицамъ мужского пола, достигшимъ 21-лѣтняго возраста, не лишеннымъ правъ по суду. Со всеобщимъ избирательнымъ правомъ выступитъ ли, наконецъ, на сцену дѣйствительно единая и коллективная воля націи? Нисколько. Наиболѣе сильными дѣлаются наиболѣе многочисленные; мы видимъ волю тѣхъ, кто составляетъ большинство, но не видимъ *единой* воли націи; и даже для странъ со всеобщимъ избирательнымъ правомъ остается правильнымъ то положеніе, что фактъ *государства* есть лишь фактъ дифференціаціи между сильными и слабыми, съ тою лишь особенностью, что наиболѣе сильными являются наиболѣе многочисленные.

Сверхъ того, слѣдуетъ принять во вниманіе, что въ странахъ, которыя, подобно Франціи, ввели у себя прямое всеобщее

---

[1]) См. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1901.

избирательное право, доминирующая сила и, слѣдовательно, политическая власть принадлежитъ въ дѣйствительности не наиболѣе многочисленнымъ, а меньшинству, и что и въ этомъ случаѣ политическая власть принадлежитъ не общей волѣ, а группѣ лицъ. Во Франціи, напримѣръ, изъ 38 мил. жителей, численное большинство избирательнаго корпуса, состоящаго приблизительно изъ 10 милліоновъ избирателей, навязываетъ свою волю остальнымъ 28 мил. французовъ; и при этомъ мы дѣлаемъ оптимистическое предположеніе, что въ избирательномъ корпусѣ составилось подавляющее большинство.

Много разъ уже было показано съ цифрами въ рукахъ, какое ничтожное меньшинство французовъ представляетъ волю, которую украшаютъ прекраснымъ словомъ національной [1]).

14. **Цѣль и функціи государства.**—Такъ какъ политическая власть есть лишь нѣчто фактическое, то съ того момента, какъ получено понятіе права, возникаетъ идея, что приказы этой власти законны лишь въ томъ случаѣ, если они согласны съ правомъ, и что примѣненіе политической властью матеріальнаго принужденія также законно лишь въ томъ случаѣ, если оно имѣетъ цѣлью обезпечить санкцію права. Эту идею нужно особенно выдвинуть. Ни у кого нѣтъ права приказывать другимъ: ни императоръ, ни король, ни парламентъ, ни народное большинство не могутъ дѣлать обязательной свою волю, какъ таковую; ихъ акты могутъ быть обязательны для управляемыхъ лишь въ томъ случаѣ, если они согласны съ правомъ. Слѣдовательно, часто возбуждаемый вопросъ, какова цѣль государства или, болѣе точно, политической власти, разрѣшается

---

[1]) См. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, I, стр. 398 и сл.; *Statistique des élections générales* отъ 1881 по 1902, *Le proportionnaliste*, № 1, 1 янв. 1905, стр. 5. — Ср. ниже, § 57.

слѣдующимъ образомъ: политическая власть имѣетъ цѣлью реализацію права; право обязываетъ ее дѣлать все то, что находится въ ея силахъ, для обезпеченіи царства права. Государство основано на силѣ; но эта сила законна только тогда, когда она примѣняется согласно праву. Мы не говоримъ, подобно Іерингу, что право есть политика силы, а утверждаемъ, что политическая власть есть сила, отданная на служеніе праву.

Современные авторы вообще различаютъ три цѣли государства. По наиболѣе употребительнымъ формуламъ, государство преслѣдуетъ слѣдующія три цѣли: 1) поддержаніе своего собственнаго существованія, 2) реализацію права, 3) культуру, т.-е. развитіе общественнаго благосостоянія и умственной и моральной цивилизаціи [1]). Если итти въ глубь вещей, эта тройная цѣль, приписываемая государству, сводится къ одной: реализаціи права. Въ самомъ дѣлѣ, если государство или, точнѣе сказать, правители, обладающіе публичной властью, обязаны обезпечить развитіе культуры и содѣйствовать матеріальному, умственному и моральному прогрессу, то вытекаетъ это изъ того, что они обязаны реализировать право, и что правовая норма возлагаетъ на правителей, какъ и на всѣхъ лицъ, положительныя и отрицательныя обязанности, сводящіяся цѣликомъ къ слѣдующимъ двумъ общимъ обязанностямъ: не дѣлать ничего противнаго соціальной солидарности и по мѣрѣ возможности содѣйствовать ея реализаціи. Содѣйствовать же реализаціи соціальной солидарности значитъ содѣйствовать культурѣ, трудиться для прогресса цивилизаціи и въ то же самое время осуществлять право, ибо, съ одной стороны, дѣлая это, примѣняютъ норму права, а съ другой стороны, само право рождается изъ соціальной солидарности. Точно такъ же цѣль самосохраненія, о которой

---

[1]) Ср. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2-е изданіе, 1905, стр. 591 — 609; Meyer, *Grundbegriffe* въ *Handbuch der politichen Economie* Шомберга, III, стр. 791 (3-е изд., 1891); — Villey, *Les fonctions économiques de l'État*, 1882; P. Leroy-Beaulieu, *L'État et ses fonctions*, 2-е изд., 1891.

говорятъ цитированные авторы, по существу своему есть цѣль солидарности, т.-е. цѣль права. Въ самомъ дѣлѣ, когда говорятъ о сохраненіи государства, несомнѣнно, имѣютъ въ виду сохраненіе и прогрессивную интеграцію общества, въ которомъ существуетъ разсматриваемая политическая власть; между тѣмъ уже установлено, что жизненный элементъ всякаго общества есть солидарность. Сказать, что государство должно обезпечить свое существованіе, значитъ сказать, что оно должно содѣйствовать соціальной солидарности и, слѣдовательно, праву, рождающемуся изъ этой солидарности.

Именно эту единственную цѣль права имѣли въ виду авторы *Декларацiи правъ*, когда, становясь на индивидуалистическую точку зрѣнія, они писали: „Цѣль всякаго политическаго общества есть *охрана естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ человѣка*“. (Декл. правъ 1789 г., ст.2); и „цѣль общества есть общее счастье. Правительство установлено, чтобы *гарантировать человѣку пользованіе его естественными и неотчуждаемыми правами*“ (Декл. правъ 1793 г., ст. 1).

Такъ какъ цѣль государства по самому существу своему есть цѣль права, и дѣятельность государства можетъ выражаться лишь въ согласіи съ правомъ и въ его сферѣ, то государственные акты логически должны быть классифицированы по дѣйствію, которое они оказываютъ въ мірѣ права. Такимъ образомъ естественно приходятъ къ различенію слѣдующихъ функцій государства: *законодательной*, *юрисдикціонной* и *административной*.

Путемъ *законодательной* функціи государство формулируетъ объективное право или норму права; оно создаетъ законъ, обязательный для всѣхъ, для правящихъ и для управляемыхъ, ибо онъ является выраженіемъ объективнаго права, которое, какъ было показано, обязательно для всѣхъ, для правящихъ и для управляемыхъ. Путемъ *юрисдикціонной* функціи государство постановляетъ относительно нарушенія субъективнаго права и относительно споровъ о су-

ществованіи и объемѣ субъективнаго юридическаго положенія; когда имѣетъ мѣсто нарушеніе субъективнаго права, оно, смотря по случаю, предписываетъ возстановленіе, репрессію или аннулированіе; оно предписываетъ мѣры, необходимыя для обезпеченія субъективнаго юридическаго положенія, существованіе и объемъ котораго оно признало. Путемъ *административной* функціи государство совершаетъ юридическіе акты, въ собственномъ смыслѣ слова, т.-е., вступая въ границы объективнаго права, оно создаетъ субъективныя юридическія положенія.

15. **Юридическая конструкція государства.**—Главнымъ образомъ въ теченіе XIX вѣка пришли къ тому воззрѣнію, что существенная цѣль публичной власти состоитъ въ осуществленіи права, и что люди, обладающіе властью, подчинены праву и связаны имъ. Это-то самое понятіе, которое нѣмцы называютъ *Rechtsstaat*, правовое государство; выводовъ изъ этого воззрѣнія мы коснемся ниже (см. I-ю часть, гл. IV). Съ момента, когда было создано это понятіе правового государства, особенно сильно почувствовалась всѣми потребность въ созданіи юридической конструкціи государства. Подъ вполнѣ законнымъ вліяніемъ этой потребности создана была современная господствующая теорія, которую можно назвать теоріей государства — *субъекта права* или теоріей *юридической личности* государства.

Государство есть субъектъ права. Юридическими элементами, составляющими эту личность, являются коллективность, территорія, на которой живетъ эта коллективность, и правительство, выражающее волю этой территоріальной коллективности. Является ли само правительство юридическимъ лицомъ, и должно

ли оно разсматриваться, какъ уполномоченный территоріальной коллективности? Или, наоборотъ, существуетъ лишь одно лицо, государство,—лучше сказать, организованная территоріальная коллективность, — а правительство только юридическій органъ государства? Это—вопросъ, который будетъ разсмотрѣнъ позже (см. §§ 49 и 50). Пока онъ не представляетъ интереса. Достаточно сказать, что по современной господствующей теоріи государство разсматривается, какъ юридическое лицо, субъектъ права, и элементами, составляющими эту личность, являются коллективность, территорія и правительство.

Какъ объясняется эта юридическая личность? По мнѣнію однихъ, здѣсь имѣется простая фикція, допущенная, чтобы сдѣлать возможной юридическую конструкцію государства и создать субъекта—носителя публичной власти, понимаемой, какъ субъективное право. По мнѣнію другихъ, государство или, лучше сказать, коллективность, представляющая основной элементъ государства, есть дѣйствительно реальное лицо, надѣленное сознаніемъ и волей; и когда заявляютъ, что государство есть юридическое лицо, то констатируютъ лишь реально существующее. Наконецъ, по мнѣнію третьихъ, личность государства не является фикціей; нельзя также утверждать, что коллективность есть личная субстанція; въ дѣйствительности, субъектъ права, юридическое лицо, есть не субстанція, а нѣкая способность, созданная и допущенная юридическимъ порядкомъ, и логика не требуетъ, чтобы этою способностью былъ надѣленъ непремѣнно человѣческій индивидъ. Государство есть реальный фактъ; оно является соціальной группой, коллективнымъ единствомъ; это един-

ство не представляетъ изъ себя фикціи. Слѣдовательно, коллективныя единства не менѣе, чѣмъ человѣческіе индивиды, способны быть юридическими лицами, субъектами права [1]).

Впрочемъ, всѣ эти различныя умствованія не очень важны, ибо юридическая личность государства теперь почти единогласно признана. Государство, юридическое лицо, есть прежде всего обладатель *публичной власти*, *imperium'a* (*Herrschaft*), въ смыслѣ субъективнаго права, т.-е. права давать приказы и принуждать къ повиновенію имъ путемъ принужденія. Въ терминологіи французскаго публичнаго права, это право обыкновенно называется *суверенитетомъ*, каковое выраженіе имѣетъ, какъ будетъ видно ниже (§§ 28—32), то неудобство, что даетъ мѣсто смѣшенію понятій.

Государство, понимаемое, какъ юридическое лицо, есть носитель не только права публичной власти, но также и патримоніальныхъ правъ. Объемъ и число этихъ патримоніальныхъ правъ въ современную эпоху увеличиваются съ каждымъ днемъ; это естественно проистекаетъ отъ постояннаго расширенія роли государства во всѣхъ областяхъ человѣческой дѣятельности. Государство, субъектъ патримоніальныхъ правъ, есть, въ силу этого самаго, и субъектъ патримоніальныхъ обязательствъ; совокупность же правъ и обязательствъ образуетъ имущество, обладателемъ котораго является государство, какъ патримоніальное лицо. Является ли государство, какъ патримоніальное юридическое лицо, личностью, отдѣль-

---

[1]) См. особенно Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906.

ною отъ личности государства, какъ субъекта права публичной власти? По этому пункту современная доктрина, повидимому, еще не пришла къ твердому рѣшенію.

Въ теченіе долгаго времени нѣмецкіе юристы почти единогласно учили, что патримоніальная личность государства разнится отъ его личности въ качествѣ публичной власти, и называли государство, какъ патримоніальное лицо, *фискомъ*. Эта идея, повидимому, въ настоящее время постепенно оставляется въ нѣмецкой юриспруденціи [1]). Противъ нея энергично возстаютъ французскіе авторы. Одни, какъ Мишу и Оріу, считаютъ, что государство образуетъ лишь одно и единое юридическое лицо, являясь, однако, въ юридическомъ мірѣ въ двухъ видахъ, какъ публичная власть и какъ носитель имущественныхъ правъ (patrimonialité), и, смотря по случаю, болѣе или менѣе доминирующими является характеръ публичной власти или патримоніальный [2]).

Другіе авторы считаютъ, что лишь патримоніальное государство есть юридическое лицо, а государство, поскольку оно осуществляетъ публичную власть, имъ не является; они различаютъ государство - *власть* и государство - *лицо*. Бертелеми [3]) въ особенности настаиваетъ на этой идеѣ. Быть-можетъ, онъ скорѣе утверждаетъ это, чѣмъ доказываетъ; изъ всего содержанія его книги, по нашему мнѣнію, вполнѣ вытекаетъ, что нашъ дорогой и ученый коллега смотритъ на публичную власть, какъ на *субъективное* право; отсюда слѣдуетъ, что для этого субъективнаго права необходимъ субъектъ, а такъ какъ этимъ субъектомъ, по мысли Бертелеми, не могутъ быть индивиды, фактически надѣленные властью то имъ можетъ быть лишь государство - лицо.

Мы сами попытались доказать, что слѣдуетъ создать юридическую конструкцію государства, не прибѣгая къ по-

---

[1]) Ср. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiskus im bürgerlichen Gesetzbüche*, 1899.

[2]) См. особенно Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, стр. 262 и сл.

[3]) Berthélemy, *Précis de droit admin.*, 3-е изд., 1905, стр. 28 и сл.

нятію личности, что эта личность не отвѣчаетъ реальности вещей и является, слѣдовательно, лишь фикціей. Но, чтобы установить это, мы особенно старались доказать, что публичная власть не есть и не можетъ быть правомъ. Однимъ словомъ, вмѣсто того, чтобы создавать юридическую конструкцію государства на понятіи субъективнаго права, какъ это дѣлаетъ большинство авторовъ и самъ Бертелеми, мы попытались построить его на понятіи объективнаго права. Быть-можетъ, мы ошибались. Однако намъ кажется, что наша юридическая конструкція болѣе полно отвѣчаетъ дѣйствительности, чѣмъ обычно отстаиваемая, которая, по нашему мнѣнію, покоится на чистой фикціи, или, по крайней мѣрѣ, на безполезномъ постулатѣ [1]).

Теорія личности государства или государства - *субъекта* противополагается теоріи *патримоніальнаго* государства или государства - *объекта* [2]). До французской революціи эта послѣдняя теорія была общей формой всякаго юридическаго пониманія государства. Публичная власть есть субъективное право, строившееся даже французскими юристами по образцу римской собственности. *Dominium* римскаго права служило образцомъ для *imperium'a* французскаго короля. Это право публичной власти, каково бы ни было его происхожденіе (ср. §§ 10 и 11), имѣетъ носителемъ короля или, въ болѣе широкомъ смыслѣ, князя, т.-е. лицо или группу лицъ, фактически пользующихся этою властью, объектомъ же этого права на власть являются индивиды, соединеніе которыхъ образуетъ общество, въ которомъ господствуетъ князь, и территорія, на которой живетъ это общество. Однимъ словомъ, объектомъ этого права власти являются два элемента: насе-

---

[1]) Ср. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901 и *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903. Въ предисловіи, помѣщенномъ въ началѣ настоящей книги, мы сказали, почему въ этомъ руководствѣ мы считали своимъ долгомъ принять юридическую теорію государства-лица. Критику понятія суверенной личности см. Le Fur, *L'État, la souveraineté et le droit* въ *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, 1906, № 1, стр. 13.

[2]) См. особенно Esmein, *Droit constit.*, 4-е изд. 1906, стр. 2 и сл.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2-е изд. 1905, стр. 157 и сл.

леніе и территорія, на которыя смотрятъ нынѣ, какъ на существенные составные элементы государства. Отсюда имя, данное старой теоріи: теорія *государства-объекта*. Это патримоніальное воззрѣніе на государство свойственно всѣмъ тѣмъ нашимъ старинным авторамъ, которые пытались формулировать юридическую теорію публичной власти. Оно имѣется у Бодена и въ трактатахъ чистыхъ юристовъ, въ родѣ Луазо, Лебре, Дома [1]). Изреченіе Людовика XIV «государство—это я», вѣроятно, никогда въ дѣйствительности не было произнесено; однако оно есть точное выраженіе господствовавшаго воззрѣнія на государство. Именно это воззрѣніе объясняетъ юридическій характеръ удѣловъ, передачу княземъ суверенитета на территорію и на населеніе, живущее на этой территоріи; оно уясняетъ характеръ дипломатическихъ конвенцій, по которымъ монархи мѣняли и продавали территоріи и народы, подобно тому, какъ это дѣлаютъ частныя лица по отношенію къ своему имуществу. Идея, господствовавшая въ 1814 и 1815 гг. на Вѣнскомъ конгрессѣ и въ трактатахъ, еще не вполнѣ исчезла изъ международныхъ отношеній. Надо сказать также, что еще недавно она преподавалась подъ именемъ *Herrschers-theorie* нѣкоторыми нѣмецкими учеными, особенно Зейделемъ, утверждавшимъ, что единственнымъ носителемъ публичной власти является глава государства, *Herrscher*, и что эта публичная власть своимъ объектомъ имѣетъ государство, т.-е. территорію и живущее на ней населеніе [2]).

Однако съ того момента, какъ Революція провозгласила и большинство ученыхъ стало утверждать, что суверенитетъ имѣетъ свой источникъ въ самой коллективности, сдѣлалось невозможнымъ поддерживать теорію патримоніальнаго государства; она болѣе не согласуется съ господствующими идеями; и именно поэтому быстро была выработана, подъ вліяніемъ нашихъ революціонныхъ конституцій, нынѣ клас-

---

[1]) Bodin, *Les six livres de la République*, франц. изд. 1593; Loyseau, *Traité des Seigneuries*, 1640; Lebret, *De la souveraineté du roi*, 1642; Domat, *Le droit public*, 1713.

[2]) Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873. Ср. Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, I, 1888, и *Allgemeine Staatslehre*, 1896.

сическая теорія государства—юридическаго лица, государства—субъекта права. Слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что теорія патримоніальнаго государства не осталась безъ вліянія на новую теорію. Когда члены Національнаго Собранія 1789 г. говорятъ о суверинитетѣ, они понимаютъ это слово въ томъ же смыслѣ, въ какомъ его употребляли наши старинные авторы, говоря о суверенитетѣ короля, о публичной власти, проявляющейся особенно въ законѣ,—этомъ выраженіи суверенной воли. Члены Собранія объявляютъ, что этотъ суверенитетъ принадлежитъ уже не королю, а народу. Находясь подъ властью монархическихъ воззрѣній, они сохраняютъ значительную часть прежней теоріи. Для этого, въ самомъ дѣлѣ, достаточно измѣненія въ словахъ; стоитъ лишь подставить націю на мѣсто короля и говорить о націи тамъ, гдѣ раньше говорили о королѣ. Король естественно являлся лицомъ, носителемъ правъ, носителемъ суверенитета. Нація также дѣлается лицомъ; она становится носителемъ суверенитета. Государство было королемъ, отнынѣ оно будетъ олицетворенной націей; государство стало лицомъ.

16. **Связанность государства правомъ.**—Такъ какъ государство понимается, какъ лицо, какъ субъектъ права, то оно подпадаетъ подъ власть права; оно дѣлается, по нѣмецкому выраженію, *правовымъ государствомъ—Rechtsstaat.* Оно не только носитель субъективныхъ правъ, но и еще связано объективнымъ правомъ, правовой нормой. Слѣдуетъ хорошо уяснить себѣ значеніе этого положенія.

Въ § 14 было показано, что государство, преслѣдуя свою цѣль, цѣль права, заключающуюся въ осуществленіи соціальной солидарности, выполняетъ свою миссію и тогда, когда оно издаетъ законъ, т.-е. констатируетъ объективное право, и тогда, когда оно управляетъ, судитъ или приводитъ въ дѣйствіе, чтобы обезпечить уваженіе къ своей волѣ, матеріальное принужденіе. Говоря, что государство связано правомъ, прежде всего хотятъ сказать, что государство-

законодатель обязано правомъ не создавать извѣстныхъ законовъ, и, наоборотъ, другіе законы создавать; далѣе, этимъ хотятъ сказать, что если государство создало извѣстный законъ, то пока этотъ законъ существуетъ, оно связано изданнымъ имъ закономъ; оно можетъ его измѣнить или отмѣнить; но пока онъ существуетъ, оно обязано само, подобно своимъ подданнымъ, подчиняться этому закону; его администраторы, судьи и сами законодатели должны примѣнять законъ и могутъ дѣйствовать лишь въ границахъ, установленныхъ послѣднимъ. Это—режимъ *законности*.

Государство, какъ мы сказали, обязано, въ силу права, устанавливать извѣстные законы и другихъ законовъ не устанавливать. Какъ объяснить эту обязанность государства? Какъ обосновать юридическое ограниченіе государства на существованіи высшаго и предшествующаго ему неписаннаго права?

Въ доктринѣ естественныхъ индивидуальныхъ правъ это юридическое ограниченіе государства строится легко. Такъ какъ человѣкъ въ силу того, что онъ человѣкъ, имѣетъ естественныя индивидуальныя права, предшествующія самому обществу и государству, то эти индивидуальныя права обязательны для уваженія со стороны государства, и послѣднее не можетъ установить ни одного закона, который наносилъ бы ущербъ этимъ правамъ. Самая цѣль государства есть охрана этихъ правъ (Декл. правъ 1789 г., ст. 2; id. 1793 г., ст. I). Слѣдуетъ ли итти далѣе и признать, что государство обязано въ силу права издавать законы, которые обезпечиваютъ полное осуществленіе этихъ правъ? Другими словами, возлагаетъ ли теорія естественныхъ индивидуаль-

ныхъ правъ на государство только отрицательныя обязанности или также и положительныя? Этотъ вопросъ мы обсудимъ далѣе.

Въ странахъ, въ которыхъ дѣйствуетъ система *неподатливыхъ конституцій, деклараціи и гарантій правъ*, какъ во Франціи и въ Соединеныхъ Штатахъ, эта юридическая обязанность не издавать нѣкоторыхъ законовъ особенно оговорена и признана. Но эту обязаность создали не декларації правъ и не конституціи, какъ бы торжественны и выразительны онѣ ни были; онѣ ее лишь констатировали. Какъ бы тамъ ни было, въ этихъ странахъ обыкновенный законодатель не можетъ издать никакихъ законовъ, противныхъ деклараціямъ правъ и конституціямъ. Такова формула I-го тит. § 3 конституціи 1791 г.: «Законодательная власть не можетъ издавать никакихъ законовъ, которые наносятъ ущербъ или препятствуютъ осуществленію естественныхъ и гражданскихъ правъ»... Но если бы даже эти декларації и эти конституціи и не существовали, по индивидуалистической теоріи осталось бы вѣрнымъ для всѣхъ странъ, что государство никогда не можетъ установить закона, приносящаго ущербъ естественнымъ индивидуальнымъ правамъ, и можетъ ограничить закономъ права каждаго лишь въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для охраны правъ всѣхъ.

Въ доктринѣ, которую мы только что попытались построить, юридическое ограниченіе законодательной власти государства легко обосновывается. Правда, ограниченіе это примѣняется не къ государству, разсматриваемому, какъ лицо, а къ индивидамъ, обладающимъ властью; но тѣмъ не менѣе оно строго, и даже именно поэтому особенно строго. Какъ инди-

виды, правители имѣютъ юридическія обязанности, основанныя на принципѣ соціальной солидарности. Парвители обладаютъ наибольшею силою, существующею въ данномъ обществѣ; слѣдовательно, норма права обязываетъ ихъ употреблять силу, которою они располагаютъ, на осуществленіе соціальной солидарности. Они должны также издавать всѣ законы, необходимые для достиженія этой цѣли; и *a fortiori* они не могутъ издавать никакихъ законовъ, противорѣчащихъ развитію соціальной солидарности. Право возлагаетъ на правителей не только отрицательныя обязанности, но также и обязанности положительныя. Такъ какъ юридическая личность государства, въ цѣломъ, есть лишь способъ юридической конструкціи, дающій возможность трактовать коллективность правителей, какъ единство, то, если доказано, что правители-законодатели связаны объективнымъ правомъ, высшимъ и предшествующимъ имъ, то это доказательство имѣетъ силу и по отношенію къ самому государству.

Современная нѣмецкая доктрина, въ своемъ цѣломъ и лишь съ нѣкоторыми оговорками, утверждаетъ, наоборотъ, что государство-законодатель нисколько не связано правомъ; она учитъ, что изданный законъ, пока онъ существуетъ, обязываетъ государство, но вмѣстѣ съ тѣмъ полагаетъ, что государство не обязано устанавливать извѣстные законы или не устанавливать нѣкоторыхъ законовъ. Право безсильно установить пунктъ, который не должна переходить суверенная власть. Для нея могутъ существовать моральныя, историческія, политическія, соціальныя границы, но она не имѣетъ юридическихъ границъ. За извѣстными предѣлами государство безсильно заставить себѣ повиноваться, но государство, творецъ права, не можетъ быть подчинено праву: нѣтъ права противъ государства.

Всѣ эти доктрины, быть-можетъ, безъ вѣдома своихъ авторовъ, берутъ свое начало отъ Ж. Ж. Руссо. Выше (§§ 11

и 12) мы цитировали нѣкоторыя мѣста изъ *Общественнаго договора*, въ которыхъ авторъ утверждаетъ всемогущество суверена. Въ *Lettres écrites de la Montagne* та же идея выражена въ еще болѣе положительной формѣ: „Въ каждомъ политическомъ государствѣ необходима верховная власть, центръ, къ которому все относится, принципъ, отъ котораго все проистекаетъ, суверенъ, который все можетъ... Въ самомъ существѣ суверенной власти не имѣть возможности быть ограниченной; она или можетъ все, или она ничего не можетъ“ (Ч. II, письмо 7-е). Гегель и Іерингъ также оказали значительное вліяніе на современную нѣмецкую доктрину: право, по ихъ теоріи, всегда есть единственно лишь норма, установленная государствомъ съ санкціей принужденія; все, чего хочетъ государство, есть право, и норма только тогда имѣетъ правовой характеръ, когда она выражаетъ желаніе государства. Герберъ, Лабандъ и Еллинекъ преподаютъ ту же доктрину [1]). Въ своемъ послѣднемъ произведеніи [2]) Еллинекъ сдѣлалъ любопытную попытку обосновать юридическое ограниченіе государства; но благодаря принимаемому имъ исходному пункту, ученый авторъ принужденъ видѣть въ юридическомъ ограниченіи государства лишь историческій фактъ. Разумѣется, этого недостаточно.

Въ цитированной уже статьѣ [3]), въ которой Гирке краснорѣчиво опровергаетъ чудовищныя теоріи, изложенныя Зейделемъ вь его *Grundzüge des Staatsrechts* (1873) и представляющія полное отрицаніе права, ученый юристъ приходитъ къ теоріи, которая очень приближается къ французской индивидуалистической доктринѣ; она лишь изложена въ болѣе абстрактной формѣ. Онъ пишетъ: „Право не охватываетъ всего индивида и государства; съ одной стороны, государство не только *Rechtsstaat*, но также и *Culturstaat*... Съ другой стороны, индивидъ имѣетъ самъ по себѣ... извѣстную сферу дѣятельности, и право именно ограничиваетъ и регу-

---

[1]) Gerber, *Staatsrecht*, 1887; Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, франц. изд. 1900, I; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887 и *System*, 1893.

[2]) *Allgemeine Staatslehre* 1900, 2-е изд. 1905.

[3]) *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* въ *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, Tübingen, 1874, XXX, стр. 160.

лируетъ эту сферу дѣятельности государства (публичное право) и индивида (частное право)... Мы должны признать индивида по отношенію къ государству, какъ оригинальную сущность, живущую сама по себѣ, носящую свою цѣль въ самой себѣ".

Государство, издавши законъ, обязано уважать этотъ законъ, пока онъ существуетъ. Оно можетъ его видоизмѣнить или отмѣнить; но пока онъ существуетъ, оно можетъ совершать акты принужденія, административныя или юрисдикціонныя дѣйствія лишь въ предѣлахъ, установленныхъ этимъ закономъ, и благодаря этому государство является *правовымъ государствомъ*. Въ силу той же идеи, государство подсудно своимъ собственнымъ судамъ. Оно можетъ быть стороной въ процессѣ; оно можетъ быть осуждено своими собственными судьями, и оно низводится на степень частнаго лица въ исполненіи приговора, произнесеннаго противъ него [1]). Остается объяснить, какимъ образомъ государство можетъ быть связано закономъ, имъ самимъ изданнымъ.

Старинные авторы учили, что король—*lege solutus*, т. е. имѣетъ власть освобождать отъ примѣненія законовъ въ частныхъ случаяхъ [2]). Только со времени Революціи поняли и стали утверждать, что государство, какъ администраторъ и судья, обязано примѣнять изданный имъ, какъ законодателемъ, законъ, пока этотъ послѣдній существуетъ. Это утвержденіе есть логическое послѣдствіе теоріи естественныхъ индивидуальныхъ правъ. По этой доктринѣ, законъ является закономъ не столько потому, что онъ есть желаніе

---

[1]) Gneist, *Der Rechtsstaat*, 2-е изд. 1879.

[2]) См., напр., Domat, *Le droit public*, liv. 1, tit. 11, sect. 11, §§ 6 и 13, стр. 10 и 11, Paris, 1713.

государства, сколько потому, что, будучи желаніемъ государства, онъ, въ силу презумпціи, имѣетъ цѣлью охрану индивидуальныхъ правъ, обязательныхъ не только для индивида, но и для государства; и, слѣдовательно, если государство должно уважать законъ, то именно потому, что оно должно уважать индивидуальныя права. Всякій ущербъ, нанесенный закону, предполагается ущербомъ для индивидуальныхъ правъ, и, какъ таковой, формально запрещенъ. Долгъ законодателя организовать публичныя власти такимъ образомъ, чтобы опасность нарушенія закона была сведена къ минимуму и чтобы всякое такое нарушеніе закона публичными властями энергично подавлялось. Ни одинъ органъ государства не можетъ нарушить закона, пока этотъ послѣдній существуетъ, даже если это есть органъ спеціально обязанный издавать законы.

Если же не признавать теоріи индивидуальныхъ правъ, а быть сторонникомъ доктрины соціальной солидарности, въ томъ видѣ, въ какомъ мы постарались ее изложить, то результатъ будетъ тотъ же самый. Законъ получаетъ свою обязательную силу не въ волѣ правителей, а въ своемъ соотвѣтствіи соціальной солидарности. Слѣдовательно, онъ столь же строго обязываетъ правителей, какъ и подданныхъ, ибо, подобно послѣднимъ, правители связаны нормой права, основывающейся на соціальной солидарности. Когда какой-нибудь органъ государства или, точнѣе говоря, когда лицо, надѣленное, въ силу какого-нибудь основанія, политической властью, правитель или правительственный агентъ нарушаетъ законъ, предполагается, что онъ наноситъ ущербъ объективному праву, основывающемуся на соціаль-

ной солидарности, ибо этотъ законъ имѣетъ силу лишь тогда, когда онъ является выраженіемъ объективнаго права. Кромѣ того, по этой доктринѣ, на правителей падаетъ обязанность создать такую организацію, при которой была бы сведена къ минимуму опасность нарушенія закона и всякое такое нарушеніе публичнымъ агентомъ энергично бы подавлялось.

Принимая изложенную выше доктрину, по которой законъ черпаетъ свою силу единственно въ волѣ государства, трудно объяснить, какимъ образомъ государство можетъ быть связано закономъ, который оно само издало. Законъ есть приказъ: государство же не можетъ дать приказъ самому себѣ; всякій приказъ предполагаемъ высшаго и подчиненнаго; государство не можетъ быть связано закономъ, такъ какъ законъ черпаетъ свою повелительную силу исключительно въ волѣ государства. Строго логическій выводъ изъ этого есть тотъ, что нѣтъ публичнаго права. Нѣкоторые авторы, особенно Зейдель (*Grundzüge*, 1873), идя до крайнихъ выводовъ изъ этого отправного пункта, заявляютъ, что нѣтъ права противъ государства или, скорѣе, противъ *Herrscher'a*, носителя суверенной власти, и что то, что́ называютъ публичнымъ правомъ, есть лишь совокупность нормъ, которыя произвольно установлены правителями, и которыми эти послѣдніе нисколько не связаны. Но подобныя доктрины не могли восторжествовать. Лишь для того, чтобы дать обоснованіе публичному праву, выдумали чрезвычайно хитроумную теорію *самоограниченія* государства. Изобрѣтателемъ ея является Іерингъ [1]). Іерингъ, какъ было уже сказано, училъ, что государство есть единственный источникъ права; но, по его мнѣнію, люди не остановились на этомъ воззрѣніи; они пошли далѣе и стали видѣть въ правѣ норму, приказъ общаго характера, обязывающій, пока онъ существуетъ, не только тѣхъ, къ которымъ онъ обращенъ, но и того, кѣмъ онъ формулированъ. Эта *двухсторонняя* сила права осуществляется само-

---

[1]) Ihering, *Zweck im Rechte*, I, 241, 1877.

ограниченіемъ государства. Такимъ образомъ государство сдѣлалось *Rechtsstaat*, т.-е. государствомъ, связаннымъ и ограниченнымъ законами, имъ самимъ изданными. Какимъ образомъ государственная власть приходитъ къ подчиненію самого себя созданному имъ праву? Въ силу личнаго интереса, такъ какъ она поняла, что ей лучше будутъ повиноваться, если она будетъ уважать изданные ею самою законы. Такимъ образомъ, по мнѣнію Іеринга, право есть хорошо понятая политика силы, „не политика страсти и мимолетнаго интереса, а политика съ широкимъ и далекимъ кругозоромъ".

Это понятіе *самоограниченія* государства особенно было развито Еллинекомъ [1]). По мнѣнію ученаго профессора, право въ настоящее время есть сознательное и исключительное созданіе государства. Правда, въ своемъ послѣднемъ сочиненіи Еллинекъ видитъ въ этомъ не теоретическій принципъ, а послѣдствіе историческаго процесса. Если современное государство создаетъ все право, оно также создаетъ свое собственное право, и, слѣдовательно, государство ограничено въ своемъ дѣйствіи и опредѣлено въ своихъ обязанностяхъ лишь тѣмъ правомъ, которое оно само налагаетъ на себя путемъ *самоограниченія*. „Отъ этого самоограниченія,—пишетъ Еллинекъ,—зависитъ все публичное право, а слѣдовательно, и все право" [2]). Государство, въ силу самой власти, носителемъ которой оно является, опредѣляется лишь собственной волей; оно обладаетъ *самоопредѣленіемъ;* а имѣя способность *самоопредѣленія* оно имѣетъ способность и *самоограниченія;* такъ какъ оно ограничиваетъ себя *добровольно,* то этимъ не наносится никакого ущерба его власти, его *Herrschaft,* и, такимъ, образомъ, государство, пока оно остается таковымъ, связано, въ силу собственной воли, лишь правомъ, имъ самимъ созданнымъ. „Актомъ созданія права, въ чемъ бы оно ни заключалось, государство обязывается предъ своими подданными поддерживать и осуществлять право" [3]).

Какъ бы хитроумна ни была эта доктрина, какъ бы значительны ни были усилія, дѣлаемыя Еллинекомъ въ своей

---

1) Iellinek, *Gesetz und Verordnung,* 1887, стр. 197; *Allgemeine Staatslehre,* 2-е изд., 1905, стр. 357 и сл.

2) *Allgemeine Staatslehre,* стр. 358.

3) Ibid., стр. 434.

послѣдней книгѣ, чтобъ оправдать и защитить эту теорію, она насъ совершенно не удовлетворяетъ. Мы продолжаемъ полагать, что государство связано правомъ, стоящимъ надъ нимъ, и обязано уважать изданные имъ законы именно потому, что они являются, по презумпціи, выраженіемъ этого высшаго права, какое бы основаніе ему ни давать,— естественныя индивидуальныя права или солидарность. Доктрина *самоограниченія* очень хрупкая гарантія противъ произвола государства. Законъ ограничиваетъ дѣйствіе государства; но приготовленіе закона есть также дѣйствіе государства; почему государство не связано правомъ въ этой формѣ дѣйствій, въ законодательной работѣ, наиболѣе важной и энергичной? Ограниченіе желаемое не есть ограниченіе для того, кто его желаетъ; ограниченіе, которое можетъ быть создано, измѣнено или отмѣнено по усмотрѣнію того, на кого оно простирается, не есть ограниченіе. Если государство связано лишь закономъ, который оно создаетъ, который оно можетъ не создавать и который оно можетъ передѣлать посредствомъ другого закона, то въ дѣйствительности оно нисколько не связано правомъ.

17. **Публичное право.**—Предшествующимъ изложеніемъ установлено основаніе и опредѣлена область публичнаго права. Публичное право есть совокупность нормъ права, прилагаемыхъ къ государству. Это, другими словами, объективное право государства, нѣмецкое Staatsrecht. Мы видѣли, какъ и почему государствомъ правитъ право. Публичное право противополагаютъ частному праву, которое является объективнымъ правомъ, примѣняемымъ къ другимъ, кромѣ государства, юридическимъ лицамъ, за исключеніемъ, какъ будетъ сказано ниже (§ 18), тѣхъ юридическихъ лицъ, которыя, не составляя государства, тѣмъ не менѣе представляютъ собою субъектовъ публичнаго права. Итакъ, государство-субъектъ права управляется публичнымъ объективнымъ правомъ. Въ границахъ, установленныхъ этимъ правомъ, оно есть

носитель субъективныхъ публичныхъ правъ; его воля, проявляясь въ предѣлахъ, проведенныхъ объективнымъ публичнымъ правомъ, оказываетъ дѣйствіе въ мірѣ правъ, или формулируя правовыя нормы или создавая субъективныя юридическія положенія.

Публичное право подчинено великому закону эволюціи права. Прежде всего оно существуетъ въ индивидуальныхъ сознаніяхъ и стремится выразиться во внѣ. Первоначально оно выражается во внѣ путемъ обычая. Обычай, по нашему на него воззрѣнію, есть способъ не созданія права, а его констатированія. Въ немъ никакъ нельзя видѣть, какъ это дѣлаетъ школа Савиньи и Пухты, созданіе народнаго сознанія. Право, въ концѣ-концовъ, есть созданіе индивидуальнаго сознанія, и лишь способъ констатированія права соціаленъ. Обычай является еще несовершеннымъ способомъ такого констатированія, первымъ по времени. Если извѣстная манера дѣйствія повторялась въ теченіе извѣстнаго времени всякій разъ, когда представлялось одинаковое положеніе, она дѣлается нормой и притомъ нормой обычной. Не обычай создаетъ правовую норму, а правовая норма проявляется во внѣ, въ обычаѣ. Самъ обычай констатируется различными способами. Въ частныхъ отношеніяхъ онъ проявляется особенно въ соглашеніяхъ сторонъ, главнымъ образомъ въ договорныхъ статьяхъ выработаннаго типа, а также въ судебныхъ рѣшеніяхъ, которыя, конечно, не создаютъ права, но составляютъ самый точный и правильный способъ констатированія обычая. Обычай, какъ проявленіе публичнаго права, обнаруживается въ рѣшеніяхъ, принимаемыхъ въ теченіе нѣкотораго времени правителями или правительственными агентами, въ декларацiяхъ,

формулируемыхъ ими, въ слѣдуемой ими практикѣ. Въ Англіи, напримѣръ, большая часть конституціоннаго права констатируется лишь въ парламентскомъ обычаѣ, являющемся продуктомъ практики, которой придерживались въ теченіе долгаго времени публичныя власти. Во французскомъ конституціонномъ правѣ обычай занимаетъ менѣе важное мѣсто; однако, какъ это будетъ видно въ дальнѣйшемъ, область его тѣмъ не менѣе довольно значительна. Въ одной изъ частей французскаго публичнаго права, въ административномъ правѣ (см. въ § 18 опредѣленіе его сферы), доля права, констатируемаго обычаемъ, значительна, и существеннымъ факторомъ образованія обычая въ немъ являются судебныя рѣшенія и въ частности судебныя рѣшенія Государственнаго Совѣта.

Наши современныя общества пришли, въ общей эволюціи права, къ періоду выраженія права положительнымъ закономъ, исходящимъ отъ государства. Уже было сказано, что главная роль государства заключается въ констатированіи правовой нормы, писанной, декретированной и обнародованной въ опредѣленной формѣ, и въ выработкѣ детальныхъ положеній и регламентовъ (конструктивныхъ законовъ), для обезпеченія ея примѣненія. Публичное право, какъ и право частное, въ настоящее время находитъ свое выраженіе прежде всего въ писанномъ положительномъ законѣ. Всѣ цивилизованныя общества пришли къ тому, что̀ можно назвать періодомъ законодательнаго права, т.-е. періодомъ, когда главнымъ способомъ констатировать право является положительный законъ, созданный государствомъ. Объективное право въ настоящее время есть по преимуществу *писанный законъ*, и это

такъ же правильно, какъ для публичнаго, такъ и для частнаго права. Однако писанный положительный законъ еще не есть все право; онъ такъ же не представляетъ собою всего публичнаго права, какъ не представляетъ и всего частнаго права. Наряду съ законодательнымъ выраженіемъ права, обычай продолжаетъ играть важную роль, и многія обычныя нормы существуютъ вмѣстѣ съ нормами законодательными. Между писаннымъ закономъ и обычною нормою существуетъ постоянное взаимодѣйствіе, на которое здѣсь мы только укажемъ. Часто писанный законъ даетъ лишь болѣе точное выраженіе нормѣ, уже констатированной обычаемъ. Иногда также нѣкоторыя положенія писаннаго закона, которыя, быть-можетъ, въ моментъ своего изданія не вполнѣ отвѣчали предусматриваемому положенію, вызываютъ къ жизни практику, которая, въ силу своего постояннаго примѣненія, является источникомъ нормы права, такимъ образомъ какъ бы заранѣе формулированной законодателемъ.

Много спорили и еще до сихъ поръ спорятъ по вопросу о томъ, можетъ ли обычай отмѣнить положенія писаннаго закона. Сказанное нами объ обычаѣ показываетъ, что вопросъ плохо поставленъ. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ обычай не можетъ создать права, то, очевидно, онъ не можетъ и отмѣнить нормъ права. Законъ также не создаетъ права. Вопросъ, слѣдовательно, долженъ быть поставленъ слѣдующимъ образомъ: если, обнаружилось, что писанное положеніе находится въ противорѣчіи съ правомъ народа въ данный моментъ, и если, съ другой стороны, норма, отвѣчающая этому праву, констатирована пока только обычною практикою, то должно ли примѣнять писанную норму или норму обычную? Мы, не колеблясь, заявляемъ, что слѣдуетъ примѣнить обычную норму, такъ какъ противоположное рѣшеніе привело бы къ утвержденію, что въ случаѣ конфликта двухъ

нормъ, изъ которыхъ одна есть право, а другая не—право, слѣдуетъ примѣнять ту норму, которая не является правомъ.

Во многихъ современныхъ странахъ публичное право констатируется двумя категоріями законовъ, называемыхъ: одни *конституціонными* законами, другіе *обыкновенными*. Чтобы избѣжать смѣшенія между конституціонными законами въ общемъ смыслѣ слова, обозначающемъ всѣ законы политической организаціи, и тѣми, о которыхъ мы говоримъ сейчасъ, эти послѣдніе называются *неподвижными конституціонными* законами. Франція, Соединенные Штаты и много другихъ странъ живутъ при режимѣ неподвижныхъ конституцій. Наоборотъ, Англія знаетъ лишь одну категорію законовъ. Это различеніе законовъ на конституціонные и на обыкновенные чисто формально. Оно сводится къ тому, что существуютъ нѣкоторые законы, которые издаются въ особой формѣ спеціальнымъ органомъ, и которые не могутъ быть ни измѣнены, ни отмѣнены обыкновеннымъ законодателемъ. По большей части эти конституціонные законы содержатъ постановленія объ общихъ обязанностяхъ государства, о правахъ индивида въ отношеніи къ государству и о политической организаціи. Но объектъ этихъ законовъ не важенъ; ихъ особенный характеръ исключительно вытекаетъ изъ характера того органа, который ихъ издаетъ. Ниже мы возвратимся къ болѣе подробному разсмотрѣнію раздѣленія законовъ на *неподвижные конституціонные* и обыкновенные.

18. **Дѣленія публичнаго права.**—Публичное государственное право, констатируемое обычаемъ и обыкновеннымъ или конституціоннымъ писаннымъ закономъ, естественно подраздѣляется на нѣсколько частей,

которыя, несомнѣнно, глубоко проникаютъ другъ друга, но которыя необходимо установить, дабы притти къ методической группировкѣ нормъ публичнаго права.

Прежде всего мы имѣемъ *внѣшнее публичное право* или *международное право*, которое обнимаетъ совокупность правовыхъ нормъ, примѣняемыхъ къ государствамъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Часто различаютъ *публичное международное право* и *частное международное право*. Въ дѣйствительности этого различія не существуетъ; то, что называютъ частнымъ международнымъ правомъ, есть настоящее публичное право, такъ какъ оно обнимаетъ нормы, примѣняемыя къ конфликтамъ, возникшимъ между двумя государствами, поскольку ихъ законодательная власть регулируетъ частныя отношенія подданныхъ или лицъ, находящихся на ихъ территоріи. Международное право остается вполнѣ внѣ нашего изслѣдованія.

Внѣшнему публичному праву противополагается внутреннее публичное право, обнимающее всѣ нормы, примѣняемыя къ опредѣленному государству. Къ первой части внутренняго публичнаго права относятся нормы права, примѣняемыя къ государству, какъ таковому, и опредѣляющія падающія на него обязанности и права, носителемъ которыхъ оно является, а также и его внутреннюю организацію. Предполагаютъ при этомъ, что государство не входитъ въ сношеніе съ другими личностями, и изучаютъ примѣняемыя къ государству нормы въ томъ, что могло бы быть названо внутренней жизнью государства. Эта первая часть внутренняго публичнаго права чрезвычайно обширна. Это проистекаетъ, съ одной стороны, отъ того, что современная эпоха пришла къ точному по-

нятію правового государства, и поняла, что существенная цѣль, которую слѣдуетъ преслѣдовать, заключается въ ограниченіи государства правомъ, въ строгомъ и мелочномъ опредѣленіи его правъ и его обязанностей; съ другой стороны, причина этого въ томъ, что роль современнаго государства съ каждымъ днемъ растетъ, и его внутренняя организація съ каждымъ днемъ дѣлается все болѣе сложной. Эту первую часть внутренняго публичнаго права часто называютъ *конституціоннымъ правомъ* (беря слово конституціонный въ очень широкомъ смыслѣ, а не въ узкомъ, въ которомъ его употребляютъ для обозначенія неподвижныхъ конституціонныхъ законовъ). Это выраженіе *конституціонное право* неудачно, такъ какъ оно даетъ мѣсто смѣшенію, на которое мы указывали. Однако оно все болѣе входитъ въ употребленіе, и, чтобы согласоваться съ нимъ, мы помѣстили его въ заглавіи настоящей книги, посвященной изученію этой первой части публичнаго права.

По нашему мнѣнію, болѣе точно обозначило бы эту первую часть внутренняго публичнаго права выраженіе *органическое публичное право.* Но мы охотно признаемъ, что это выраженіе еще не пріобрѣло правъ гражданства въ терминологіи французскаго права, и мы отказываемся отъ него еще и потому, что оно могло бы заставить предполагать, что мы отстаиваемъ ложныя доктрины о сходствѣ государства съ естественнымъ организмомъ. Однако, за неимѣніемъ другого слова, мы будемъ вынуждены говорить ниже объ *органахъ* государства.

Многіе авторы различаютъ, съ одной стороны, *общее публичное право* или *принципы публичнаго права*, а съ другой стороны, *конституціонное право* въ собственномъ смыслѣ слова. На юридическомъ факультетѣ въ Парижѣ имѣются даже двѣ каѳедры: одна *принциповъ публичнаго права*, дру-

гая *сравнительнаго конституціоннаго права*, и при экзаменѣ на докторатъ по политическимъ наукамъ декретъ 8 августа 1898 г. предоставляетъ кандидатамъ выборъ между общими принципами публичнаго права и конституціоннымъ правомъ. Мы, сознаемся откровенно, не видимъ разницы, которая могла бы существовать между общимъ публичнымъ правомъ и конституціоннымъ правомъ. Никто не думаетъ, чтобы изученіе конституціоннаго права свелось къ комментированію нѣкоторыхъ текстовъ, имѣющихъ во Франціи и въ другихъ государствахъ неподвижный, конституціонный характеръ; слѣдовательно, или нѣтъ конституціоннаго права, или оно обнимаетъ совокупность нормъ, относящихся къ внутренней структурѣ государства и къ его организаціи, а также къ границамъ его правъ и объему его обязанностей. Можно ли сказать, что въ курсѣ *принциповъ публичнаго права* излагаются, главнымъ образомъ, общія теоріи, а въ курсѣ *конституціоннаго права* особенно занимаются описательнымъ изученіемъ положительныхъ учрежденій? Въ такомъ случаѣ это—вопросъ не объекта, а исключительно метода. Намъ кажется, что общія теоріи ничего не значатъ, если онѣ не покоятся на наблюденіи положительныхъ учрежденій, и, наоборотъ, изученіе положительныхъ учрежденій не представляетъ никакого интереса и не носитъ въ себѣ ничего научнаго, если его не соединяютъ съ извѣстнымъ числомъ общихъ идей. Впрочемъ, не слѣдуетъ дольше останавливаться на этихъ вопросахъ терминологіи и метода.

Разсмотрѣвши государство въ самомъ себѣ, слѣдуетъ изучить его въ его отношеніяхъ съ другими личностями, не имѣющими, однако, характера государства. Внутреннее публичное право охватываетъ всѣ правовыя нормы, примѣняемыя къ отношеніямъ, возникшимъ между государствомъ и другими юридическими лицами, не имѣющими характера государства. Сразу же дѣлается ясно, насколько обширна эта вторая часть внутренняго публичнаго права, и какъ увеличивается съ каждымъ днемъ его область, по мѣрѣ того, какъ растутъ государственныя задачи.

Къ этому постоянному возрастанію государственной дѣятельности одни относятся съ критикой и сожалѣніемъ, другіе—съ одобреніемъ и поощреніемъ; оно служило и до сихъ поръ служитъ поводомъ живѣйшей полемики. Эта полемика намъ кажется лишенной объекта: въ данномъ случаѣ имѣется непреодолимый фактъ, и надо его констатировать и брать его такимъ, какимъ онъ есть. Послѣдствіемъ этого факта является постоянно увеличивающееся число юридическихъ нормъ, примѣняемыхъ къ все болѣе многочисленнымъ и сложнымъ отношеніямъ, рождающимся изъ постояннаго вмѣшательства государства. Нѣтъ ни одного момента существованія, въ который современный человѣкъ не приходилъ бы въ соприкосновеніе съ государствомъ и его агентами. Это постоянное соприкосновеніе явилось источникомъ громаднаго числа юридическихъ, большею частью писанныхъ, а частью обычныхъ, нормъ, образующихъ этотъ второй отдѣлъ публичнаго права. Законодательства и современная, въ особенности французская, юриспруденція часто и по самымъ различнымъ поводамъ вторгаются въ эту область, такъ какъ именно въ этомъ непрерывномъ соприкосновеніи индивида и государства особенно рѣзко обнаружилась опасность произвола и почувствовалась нужда предупредить его по мѣрѣ возможности.

Такъ какъ эта область публичнаго права очень обширна и обнимаетъ всѣ нормы, прилагаемыя къ отношеніямъ между государствомъ и другими личностями, то необходимо въ ней сдѣлать подраздѣленіе. Наиболѣе логическимъ подраздѣленіемъ намъ кажется подраздѣленіе, основывающееся на различіи двухъ функцій государства, административной и юрисдик-

ціонной. Функція принужденія, какъ это будетъ показано далѣе, не имѣетъ, въ сущности, специфически-юридическаго характера; она состоитъ въ обезпеченіи путемъ силы исполненія административныхъ или юрисдикціонныхъ актовъ, и, слѣдовательно, ей не можетъ соотвѣтствовать опредѣленная часть публичнаго права. Осуществленію административной функціи соотвѣтствуетъ *административное право*, обнимающее совокупность нормъ, регулирующихъ отношенія, возникающія между государствомъ и другими лицами въ силу административнаго акта. Ниже будетъ показано, что административное право охватываетъ также и нормы, примѣняемыя къ дѣятельности публичныхъ коллективныхъ лицъ, за исключеніемъ государствъ (ср. § 42). Эта часть публичнаго права пріобрѣтаетъ въ наше время особенное значеніе, такъ какъ именно путемъ административныхъ актовъ государство осуществляетъ свое столь частое и столь активное вмѣшательство во всѣ области соціальной жизни, промышленности, торговли, обученія, отношеній труда и капитала; именно путемъ административныхъ актовъ государство добываетъ и управляетъ громадными капиталами, нужными ему для выполненія своихъ задачъ; именно путемъ этихъ актовъ государство выполняетъ свои обязанности вспоможенія и охраны слабыхъ, нищихъ, убогихъ, каковыя обязанности теперь всѣми признаются падающими на государство, что въ частности и подтвердилъ французскій законъ 14 іюля 1905 г. Область административнаго права столь обширна, что создалось обыкновеніе отдѣлять отъ него нѣкоторыя части, какъ, напр., финансовое право, промышленное право, и вскорѣ, мы надѣемся, законодательство объ обще-

ственномъ вспоможеніи. Французскій декретъ 1 августа 1905 г. создалъ, для полученія званія лиценціата (licence en droit) спеціальное обученіе промышленному праву и финансовому законодательству (*Journal off.*, 3 авг. 1905).

Слѣдующее подраздѣленіе публичнаго права соотвѣтствуетъ юрисдикціонной функціи и обнимаетъ всѣ правовыя нормы, примѣняемыя къ отношеніямъ, возникающимъ между государствомъ и другими юридическими лицами по поводу юрисдикціонной функціи. О природѣ юрисдикціонной функціи см. §§ 44—46. Во Франціи, вслѣдствіе спеціальной организаціи юрисдикціонной функціи и очень обширной компетенціи, данной въ юрисдикціонной сферѣ чиновникамъ административнаго вѣдомства, значительная часть юрисдикціоннаго права составляетъ, подъ именемъ административныхъ споровъ (contentieux administratifs), часть административнаго права. То же самое имѣетъ мѣсто во многихъ другихъ странахъ (ср. § 55). Несмотря на это, мы считаемъ, что послѣдовательно было бы въ одно подраздѣленіе публичнаго права отнести всѣ нормы, касающіяся возникающихъ по поводу юрисдикціоннаго акта отношеній государства къ другимъ лицамъ; логически эта часть публичнаго права должна была бы называться *юрисдикціоннымъ правомъ*. Однако это выраженіе еще не вошло въ обычное употребленіе. Причина этого понятна, если обратить вниманіе, что въ дѣйствительности эта часть публичнаго права охватываетъ всѣ нормы, примѣняемыя къ тѣмъ случаямъ, когда государство выступаетъ въ качествѣ судьи въ гражданской и уголовной сферѣ; эти нормы образуютъ двѣ обширныя вѣтви современнаго закода-

тельства: *право процесса* и *уголовное право*, обѣ являющіяся предметомъ различныхъ дисциплинъ и преподаванія, но логичести составляющія часть публичнаго права.

Мы только что различили двѣ части публичнаго права: одну, соотвѣтствующую административной функціи, другую— юрисдикціонной. Можетъ возникнуть вопросъ, почему мы не говоримъ третьей части публичнаго права, которая соотвѣтствовала бы законодательной функціи и носила бы названіе законодательнаго права. Причина этого очень проста. Изучая подробно природу законодательной функціи (§§ 34—37), мы увидимъ, что государство, издавая законъ, формулируетъ объективное право, т.-е. общую и абстрактную норму, и въ силу этого акта оно не вступаетъ въ прямое отношеніе съ другою юридическою личностью. Отношенія съ личностью, отдѣльною отъ государства, рождаются лишь тогда, когда это послѣднее, дѣйствуя въ установленныхъ закономъ границахъ, совершаетъ административный или судебный актъ. Отсюда слѣдуетъ, что нѣтъ законодательнаго права, образующаго спеціальную часть публичнаго права, такъ какъ законъ не создаетъ отношеній съ третьими лицами. Слѣдовательно, всѣ нормы, примѣняемыя къ государству, какъ законодателю, входятъ въ конституціонное право, обнимающее, какъ мы видѣли, нормы, относящіяся къ государству, какъ таковому, разсматриваемому нѣкоторымъ образомъ изолированно, безъ отношенія къ другимъ лицамъ.

Опредѣляя область и подраздѣленія публичнаго права, мы до сихъ поръ имѣли въ виду исключительно государство. Но, какъ уже было сказано, вслѣдствіе своей возрастающей дѣятельности, государство получаетъ въ современныхъ странахъ все болѣе сложную структуру. Во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ, въ частности во Франціи, на ряду съ государствомъ, но отдѣльно отъ него, существуютъ лица, въ большинствѣ случаевъ коллективныя, которыя служатъ тѣмъ же задачамъ, что и государство. Эти лица называются *публичными*.

Много споровъ возбуждаетъ вопросъ объ установленіи критерія, позволяющаго различать публичныя и частныя коллективныя лица. Здѣсь достаточно сказать, что публичными лицами являются тѣ, которыя принимаютъ непосредственное участіе въдѣлѣ, входящемъ въ составъ той миссіи, которая въ данный моментъ разсматривается, какъ обязательно лежащая на государствѣ. Критерій различія не является точнымъ и абсолютнымъ; онъ примѣняется сообразно эпохамъ и странамъ и существеннымъ образомъ зависитъ отъ понятія, которое въ данный моментъ существуетъ на счетъ обязательной миссіи государства. Во Франціи, напримѣръ, публичными лицами являются прежде всего лица, соотвѣтствующія административнымъ дѣленіямъ, какъ департаменты, коммуны, колоніи, а также всѣ лица, которыя подъ именемъ *публичныхъ учрежденій* непосредственно содѣйствуютъ осуществленію многочисленныхъ задачъ государства въ сферѣ финансовъ, публичнаго вспоможенія, просвѣщенія и т. д. Идея непосредственнаго участія въ осуществленіи обязательной миссіи государства какъ разъ служитъ во Франціи для установленія различія между публичными учрежденіями и учрежденіями *общественной пользы*, которыя не являются публичными лицами въ настоящемъ смыслѣ слова [1]).

Какое же положеніе занимаютъ эти публичныя лица по отношенію къ государству? Нужно ли видѣть въ нихъ органы государства въ юридическомъ смыслѣ этого слова (см. § 50)? или уполномоченныхъ государства? или же концессіонеровъ правъ государства? По этимъ вопросамъ мнѣнія сильно расходятся; но какое бы рѣшеніе ни давать этимъ вопросамъ, это не измѣнитъ ничего въ тѣхъ возраженіяхъ, которыя мы имѣемъ въ виду сдѣлать.

Въ виду того, что эти публичныя лица содѣйствуютъ, согласно нашему опредѣленію, государству въ осуществленіи его миссіи, разсматриваемой въ данный моментъ, какъ обязательная для него,—всѣ правила о внутренней организаціи этихъ лицъ, объ ихъ отношеніи

---

[1]) См. законъ 4 февраля 1901 г. — Ср. Michoud, *La thoerie de la personnalité morale*, 1906, стр. 200 и сл.

къ государству, объ обязанностяхъ, которыя на нихъ падаютъ, объ отношеніяхъ, которыя возникаютъ между ними и другими частными или публичными лицами,—всѣ эти правила составляютъ часть публичнаго права. Такимъ образомъ, публичное право въ принципѣ и есть именно право государства, но оно является также правомъ, примѣнимымъ ко всѣмъ публичнымъ лицамъ, иначе говоря, ко всѣмъ лицамъ, которыя непосредственно содѣйствуютъ осуществленію обязательной миссіи государства. Это безспорно для всѣхъ только что указанныхъ частей публичнаго права, которыя всѣ содержатъ правила, примѣнимыя или допускающія примѣненіе не только къ государству, но также и ко всѣмъ остальнымъ публичнымъ лицамъ.

§ 19. **Публичное и частное право.**—Постоянно противополагаютъ публичное право праву частному, которое является совокупностью писанныхъ или обычныхъ нормъ, примѣняемыхъ къ отношеніямъ между непубличными лицами, индивидуальными и коллективными. Это различеніе публичнаго и частнаго права очень точно; оно очень древняго происхожденія и было уже формулировано римскими юристами (Ulpian. L. I, § 2, *De justitia et jure.* I, I; *Inst.* I, I, 4). Когда значительное накопленіе юридическихъ матеріаловъ привело къ необходимости установить на французскихъ юридическихъ факультетахъ подраздѣленіе въ степени доктора правъ, то это послѣднее совершенно правильно было построено на принципѣ раздѣленія права на публичное и частное. Точно такъ же, когда въ ближайшемъ будущемъ придется установить такое же подраздѣленіе и въ степени лиценціата права (подраз-

дѣленіе, котораго, по нашему мнѣнію, совершенно напрасно не рѣшился сдѣлать авторъ декрета августа 1905 г.), его построятъ, навѣрно, слѣдуя опять-таки тому же самому различію.

Однако мы считаемъ своимъ долгомъ предостеречь читателя отъ доктрины или, лучше сказать, отъ тенденціи, пользующейся въ настоящее время большимъ кредитомъ: она стремится установить абсолютное отдѣленіе, своего рода непроницаемую стѣну между публичнымъ и частнымъ правомъ, увѣрить, что понятія, вѣрныя въ отношеніяхъ между частными лицами, перестаютъ быть таковыми, когда ихъ хотятъ примѣнить къ отношеніямъ, затрогивающимъ интересы государства или иного публичнаго лица. При этомъ исходятъ изъ той идеи, что частное право является совокупностью нормъ, которыя прилагаются къ равнымъ между собою лицамъ, и что эти нормы непримѣнимы болѣе, когда приходится опредѣлять отношенія публичнаго права, потому что тогда эти отношенія возникаютъ между неравными лицами, изъ которыхъ одно,—государство или другое публичное лицо,—осуществляетъ высшее право, право власти надъ другимъ.

Эта доктрина пользуется большимъ кредитомъ въ Германіи. Она вдохновляетъ наиболѣе чтимые и самые новые труды, написанные по публичному праву, напримѣръ, книги Гербера, Лабанда, Еллинека и Отто Майера. Очевидно, что идея этихъ авторовъ, устанавливающихъ такую абсолютную грань между публичнымъ и частнымъ правомъ, сводится къ созданію юридическихъ конструкцій, благопріятствующихъ всемогуществу центральной власти; эта тенденція особенно ясна въ большомъ трудѣ Лабанда *Публичное право Германской имперіи*. Мы глубоко сожалѣемъ, что самые выдающіеся представители французской школы вступили на тотъ же путь. Идея абсолютнаго отдѣленія права публичнаго и

частнаго доминируетъ надъ всѣмъ трактатомъ по административному праву Оріу; она также встрѣчается въ различныхъ сочиненіяхъ Мишу и въ особенности въ его очень замѣчательной и уже цитированной нами *Теоріи юридической личности* (*Théorie de la personnalité morale* [1]).

Тутъ скрыта ложная идея, или, по крайней мѣрѣ, такая, примѣненіе которой преувеличено, а также заключается въ высшей степени опасная тенденція. Часто говорятъ: духъ, который долженъ руководить въ изученіи публичнаго права, совсѣмъ иной, чѣмъ тотъ, который долженъ вдохновлять работы по частному праву. По правдѣ говоря, не понимаемъ, что этимъ хотятъ сказать. Мы полагали бы, что духъ, который нужно вносить въ изученіе права, долженъ быть духомъ справедливости. Именно въ этомъ духѣ нужно изучать частное право. Хотятъ ли намъ сказать, значитъ ли это, что изученіе публичнаго права должно вестись въ иномъ духѣ? Мы отказываемся этому вѣрить. Говорятъ также, что методъ, которымъ нужно пользоваться при изученіи публичнаго права, отличается отъ метода, который долженъ прилагаться при изученіи частнаго права. Въ этомъ заключается для насъ предложеніе столь же непонятное, какъ и предыдущее. Право есть соціальная наука, и методъ соціальныхъ наукъ есть методъ наблюденія, который долженъ комбинироваться съ могучимъ элементомъ изслѣдованія, какимъ является дедуктивная гипотеза. Уже давно старая классическая логика провозгласила этотъ методъ приложимымъ къ наукамъ, называвшимся ранѣе моральными и политическими, а нынѣ науками соціальными. Измѣнилось имя, но предметъ остался тѣмъ же; есть

---

[1]) Larnaude, *Revue du droit public*, 1902, I, стр. 5.

только единственный методъ для изученія всѣхъ соціальныхъ наукъ, для изученія какъ права публичнаго, такъ и права частнаго. Если прилагать два различныхъ метода къ праву публичному и къ праву частному, то одинъ будетъ хорошъ, а другой плохъ.

Но на этомъ не останавливаются и говорятъ: самыя основанія публичнаго и частнаго права различны. Мы уже оцѣнили по достоинству такое положеніе. Разумѣется, придерживаясь теоріи, что государство есть исключительный источникъ права, вынуждены говорить, что частное право имѣетъ основаніемъ *приказъ*, данный государствомъ подчиненнымъ ему личностямъ, въ то время, какъ публичное право имѣетъ единственнымъ основаніемъ то ограниченіе, которое налагаетъ государство своей собственной волей на свою власть. Такимъ образомъ, въ дѣйствительности публичное и частное право покоятся на различномъ основаніи. Мы уже оцѣнили, полагаемъ, по достоинству эту доктрину (см. § 16). Право можно обосновывать или на естественныхъ индивидуальныхъ правахъ человѣка, если придерживаться индивидуалистической теоріи, освященной нашими декларацiями, или на соціальной солидарности, если признавать доктрину, которой мы отдаемъ предпочтеніе. Правовая норма, обычная или писанная, будетъ ли она нормою публичнаго или частнаго права, обязательна для государства и для остальныхъ, частныхъ или публичныхъ лицъ,—съ точки зрѣнія индивидуалистической доктрины потому, что эта норма стремится къ охранѣ индивидуальныхъ правъ, и если и ограничиваетъ права каждаго, то въ интересахъ права всѣхъ,—съ точки зрѣнія теоріи

соціальной солидарности потому, что она стремится обезпечить развитіе этой солидарности. При томъ и другомъ воззрѣніи, нормы публичнаго и частнаго права покоятся на одинаковомъ принципѣ.

Говорятъ далѣе: природа публичнаго юридическаго акта совершенно отлична отъ природы частнаго юридическаго акта; когда юридическій актъ исходитъ отъ государства или отъ публичной личности, субъектъ права никогда не можетъ вполнѣ сложить съ себя характера публичной личности, принадлежащаго ему и дающаго ему превосходство по сравненію съ лицами, съ которыми онъ вступаетъ въ юридическія отношенія. Этотъ вполнѣ своеобразный характеръ, — послѣдствіе самой природы публичной личности,—проявляется, говорятъ, особенно при односторонніхъ актахъ, при такъ называемыхъ актахъ публичной власти; въ этихъ случаяхъ правовое положеніе родится прежде всего изъ высшей воли публичной личности, чему нѣтъ и не можетъ быть аналогій въ частномъ правѣ. Своеобразный характеръ проявляется также, говорятъ дальше, въ договорахъ, которые заключаетъ государство или публичная личность; эти договоры являются публично-правовыми; къ нимъ нельзя примѣнять нормы частнаго права. Оріу во Франціи, Лабандъ и Отто Майеръ въ Германіи постоянно говорятъ о публично-правовыхъ договорахъ.

Мы настойчиво отвергаемъ подобныя положенія. Юридическій актъ обладаетъ извѣстной природой, которую необходимо опредѣлить; но мы не понимаемъ, какимъ образомъ этотъ актъ можетъ быть различной природы, смотря по личности, отъ которой онъ исходитъ. Юридическій актъ есть выраже-

ніе воли, производящее правовой эффектъ, такъ какъ оно совершается въ границахъ, установленныхъ закономъ, и въ цѣляхъ, согласныхъ съ закономъ; юридическій актъ всегда имѣетъ этотъ характеръ. Въ частности договоръ имѣетъ извѣстный характеръ, который онъ и сохраняетъ постоянно; и когда намъ говорятъ о публично-правовомъ договорѣ, мы невольно думаемъ, что здѣсь лишь чистое хитросплетеніе съ цѣлью болѣе или менѣе удачно оправдать юрисдикціонную привилегію или какую-нибудь другую принадлежность публичной личности.

Но, говорятъ, есть много актовъ, встрѣчаемыхъ въ публичномъ правѣ и не имѣющихъ соотвѣтствующихъ себѣ въ частномъ правѣ; это—законодательные и регламентирующіе акты. Мы на это отвѣтимъ, что нисколько не доказано, будто эти акты не имѣютъ соотвѣтствующихъ себѣ въ частномъ правѣ. Въ частности, Гирке считаетъ, что актъ ассоціаціи или общества, посредствомъ котораго эта коллективность устанавливаетъ свой статутъ, является актомъ такого же порядка, какъ законодательный актъ, исходящій отъ государства. Но, не настаивая, впрочемъ, на этомъ пунктѣ, мы укажемъ только, что законодательный актъ не является, собственно говоря, юридическимъ актомъ, чрезъ законъ государство не вступаетъ въ отношенія съ опредѣленной личностью, и потому нельзя изъ этого извлечь аргумента въ пользу того, что публично-правовые юридическіе акты — иной природы, чѣмъ частно-правовые. Наконецъ, говорятъ иногда, существуетъ элементъ публичнаго права, не имѣющій соотвѣтствующаго себѣ въ частномъ правѣ, именно то, что мы называемъ конституціоннымъ или органическимъ правомъ (ср. § 18), т.-е. совокупность нормъ, имѣющихъ отношеніе къ внутренней жизни государства, къ его организаціи. Это тоже не вѣрно. Разумѣется, нормы этого порядка не имѣютъ своего raison d' être по отношенію къ частнымъ индивидуальнымъ лицамъ, но если нѣсколько раздумать, то станетъ ясно, что существуетъ конституціонное, органическое право для всякаго частнаго или публичнаго коллективнаго лица. Гирке могъ написать, что,

въ дѣйствительности, совсѣмъ не слѣдуетъ противополагать публичное и частное право, а право *корпоративное* и *индивидуальное*. Мы не пойдемъ такъ далеко; но мы скажемъ, что конституціонное право есть то, которое великій юристъ называетъ корпоративнымъ правомъ, и что существуетъ частное и публичное корпоративное право [1]).

Однако мы сохранимъ это классическое раздѣленіе права на публичное и частное, но полагаемъ, что въ дѣйствительности оно должно быть сдѣлано съ точки зрѣнія способовъ правовой санкціи; впрочемъ, и сведенный къ этому интересъ раздѣленія остается значительнымъ. Государство, по самому опредѣленію, монополизируетъ власть принужденія, существующую въ данной странѣ; лишь благодаря этому, оно можетъ и должно обезпечить санкцію права, примѣняемаго ко всякой личности, за исключеніемъ государства. Но публичное право есть государственное право; оно примѣняется къ государству. Разъ это установлено, нельзя представить себѣ способа прямой публично-правовой санкціи, употребляемой противъ государства. Всѣ положенія публичнаго права, создающія обязательства для государства, не могутъ быть прямо санкціонированы принужденіемъ, такъ какъ государство, господинъ принужденія, не можетъ примѣнять его противъ самого себя. Отсюда слѣдуетъ, что положенія конституціоннаго права, въ широкомъ, указанномъ выше смыслѣ слова, лишены прямой санкціи. Изъ этого, однако, нисколько не слѣдуетъ,—обратно тому, что иногда говорятъ,—что нормы конституціоннаго права не имѣютъ характера настоящихъ правовыхъ нормъ. Прямая санкція принужденіемъ не необходима для того, чтобы норма была

---

[1]) Ср. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887.

правовою. Право существуетъ съ момента, когда нарушеніе данной нормы вызываетъ соціальную реакцію. Самъ Іерингъ заявляетъ, что для того, чтобы существовала правовая норма, достаточно существованіе санкціи, вытекающей изъ психологическаго принужденія [1]). Этотъ родъ санкціи существуетъ, разумѣется, для конституціонныхъ нормъ, опредѣляющихъ обязанности государства и устанавливающихъ его внутреннюю организацію. Эти нормы, конечно, являются правовыми нормами, хотя онѣ и не могутъ быть прямо санкціонированы принужденіемъ. Вслѣдствіе этой невозможности санкціонировать должны были быть найдены способы, чтобы свести къ минимуму опасность нарушенія конституціоннаго права со стороны лицъ, облеченныхъ, во имя государства, публичной властью. Далѣе, мы изслѣдуемъ различные способы, которые были придуманы политическимъ искусствомъ: раздѣленіе властей или функцій, созданіе высшихъ судовъ. Но какъ бы ни были остроумны эти способы, они никогда не могутъ обезпечить санкцію конституціоннаго права. Поэтому вполнѣ справедливо говорятъ, что всегда наступаетъ моментъ, когда конституціи не имѣютъ другой санкціи, кромѣ чувства законности у лицъ, ихъ примѣняющихъ.

Публичное право охватываетъ также нормы права, примѣнимыя къ отношеніямъ, рождающимся между государствомъ и другимъ юридическимъ лицомъ въ силу административнаго и юрисдикціоннаго акта. Здѣсь также нормы публичнаго права принимаютъ исключительно характеръ мѣръ, которыя могутъ

---

[1]) Ihering. Der Zweck im Rechte, I, стр. 368.

быть употреблены, чтобы обезпечить осуществленіе этихъ правовыхъ отношеній. Въ случаѣ, если правовое отношеніе заключаетъ въ себѣ обязательство, падающее на государство, активный субъектъ въ этомъ правовомъ отношеніи не имѣетъ способа принудительнаго исполненія противъ государства; онъ можетъ приступить къ принудительному исполненію лишь при помощи государства, а послѣднее не можетъ примѣнять матеріальнаго принужденія противъ самого себя. Отсюда норма (выражающая одновременно и юридическое положеніе и констатированіе факта): никто не имѣетъ принудительнаго исполненія противъ государства. Пытались оправдать эту норму различными способами, говоря, напр., что такъ какъ государство всегда честно и состоятельно, то не является нужды въ принудительномъ исполненіи противъ него; или — что не можетъ зависѣть отъ частнаго лица пріостановить работу публичныхъ органовъ, благодаря принудительному исполненію противъ государства. Все это, конечно, вѣрно. Но существенно то, что послѣ того, какъ государство монополизировало принужденіе, это послѣднее не можетъ быть примѣнено противъ него, и благодаря этому юридическое положеніе, въ которомъ государство является пассивнымъ субъектомъ, пріобрѣтаетъ особенный характеръ. Такимъ образомъ, государство есть субъектъ права; административные и юрисдикціонные акты могутъ возложить на него юридическія обязательства; государство связано правомъ; но очевидно, что по самой своей природѣ, эти государственныя обязательства не могутъ привести къ принудительному исполненію противъ государства. Государство — юридически обязано; но

оно выполняетъ свои обязательства при своемъ добромъ желаніи и какъ хочетъ. Здѣсь также падаетъ на политическое искусство задача найти наилучшую организацію публичныхъ должностей и наилучшія гарантіи, чтобы свести къ минимуму опасность отказа въ выполненіи со стороны государственныхъ органовъ.

Если, наоборотъ, предположить, что государство имѣетъ активную роль въ правовомъ отношеніи, то и въ этомъ случаѣ, въ силу самой природы государства, для него создается спеціальное положеніе. Частное лицо, желающее привести правовое отношеніе къ принудительному выполненію, должно обратиться къ государству; и если существованіе и объемъ этого отношенія спорны, то примѣненіе силы возможно лишь тогда, когда будетъ получено юрисдикціонное рѣшеніе, исходящее отъ государства и признающее существованіе и объемъ сказаннаго отношенія. Государство, бенефиціарій въ правовомъ положеніи и въ то же время господинъ матеріальной силы для его осуществленія, можетъ по своему усмотрѣнію непосредственно употребить эту власть принужденія, не смотря на протесты пассивнаго субъекта. Государство, господинъ принудительной власти, имѣетъ привилегію предварительнаго исполненія. Оно—государство; его цѣль — реализація правъ; и когда оно претендуетъ на существованіе юридическаго положенія въ свою пользу, вполнѣ законно признать за нимъ привилегію предварительнаго исполненія,—что Оріу называетъ *benefice du préalable*. Разумѣется, за другимъ субъектомъ отношенія должно признать право протестовать противъ акта, совершоннаго государствомъ, и даже получить вознагражденіе за

произвольное выполненіе со стороны публичныхъ агентовъ.

Только что сказанное нами не относится къ публично-правовымъ нормамъ, примѣняемымъ къ другимъ публичнымъ лицамъ, за исключеніемъ государства. Такъ какъ эти лица подчинены государству, это послѣднее можетъ, очевидно, употребить принудительныя средства, чтобы обезпечить соблюденіе съ ихъ стороны публичнаго права. Но эти средства принужденія имѣютъ совсѣмъ особенный характеръ, отражающійся, разумѣется, на характерѣ правовыхъ нормъ, примѣняющихся къ этимъ лицамъ, и на совершаемыхъ ими юридическихъ актахъ. Въ самомъ дѣлѣ, хотя эти публичныя лица являются субъектами права, отдѣльными отъ государства, они находятся, по отношенію къ государству, въ особенномъ положеніи; выше было сказано, что они содѣйствуютъ миссіи государства; они,— смотря по теоріямъ, предложеннымъ на этотъ счетъ,—юридическіе органы, уполномоченные или концессіонеры государства; въ силу именно правового отношенія, существующаго между ними и государствомъ, это послѣднее вмѣшивается, чтобъ принудить ихъ къ примѣненію права. Въ силу этого правовая санкція также представляется съ особеннымъ характеромъ, такъ какъ она обезпечена спеціальнымъ контролемъ, осуществляемымъ государствомъ надъ этими публичными лицами. Болѣе того, такъ какъ эти лица непосредственно содѣйствуютъ обязательной задачѣ государства, то, съ одной стороны, единогласно утверждается, что частныя лица не могутъ дѣйствовать противъ нихъ путемъ принудительнаго выполненія, съ другой стороны, не признается за этими публичными лицами привилегіи предварительнаго исполненія. Здѣсь снова осуществленіе публичнаго права является съ особеннымъ характеромъ.

Въ заключеніе слѣдуетъ признать, что съ полнымъ основаніемъ различаютъ публичное и частное право. Но не слѣдуетъ придавать этому раздѣленію значенія, котораго оно не имѣетъ. Публичное и частное право должны быть изучаемы въ одномъ духѣ и по одному методу. Публично-правовые и частно-

правовые законы покоятся на одинаковомъ основаніи. Юридическіе акты публичнаго и частнаго права образуются изъ одинаковыхъ элементовъ и въ сущности имѣютъ одинаковую природу. Но санкція публичнаго права и санкція частнаго права не могутъ существовать въ одинаковыхъ условіяхъ,—осуществленіе публично-правового отношенія не можетъ быть получено такимъ же способомъ, какъ осуществленіе частно-правового отношенія. Только въ этомъ заключается разница (впрочемъ, очень важная) между публичнымъ и частнымъ правомъ.

БИБЛІОТЕКА
Ученаго Комитета Мин. Фив.

Общая теорія государства.

Глава первая.

Элементы государства.

20. **Принципъ общей теоріи государства.**—Источниками французскаго конституціоннаго права являются не только конституціонные законы 1875 и 1884 гг., политическіе и административные законы, издававшіеся, начиная съ 1871 г., но также, прежде всего, декларації правъ, конституціи и политическіе и административные законы революціоннаго періода. Законодатель этой эпохи, законодатель-философъ, проникнутый духомъ классиковъ, твердо вѣруя въ абсолютную цѣнность извѣстныхъ принциповъ, не ограничился формулировкой практическихъ правилъ объ организаціи государства, объ устройствѣ и полномочіяхъ его различныхъ органовъ, но и установилъ еще въ формальныхъ выраженіяхъ принципы полной юридической теоріи государства. Именно эти принципы начертаны въ Декларації правъ 1789 г. и въ титулахъ I и III (введ.) конституціи 1791 г., которыя составляютъ родъ катехизиса политическаго права Франціи. Имѣютъ ли эти распоряженія до сихъ поръ положительную законодательную силу? Должно ли считать Декларацію правъ сохраняющей донынѣ силу и обязательной для обыкновеннаго за-

конодателя? Сохранили ли постановленія титуловъ I и III (введ.) конституціи 1791 г. значеніе нормъ конституціонныхъ, или законодательныхъ, или просто обычныхъ? Всѣ эти вопросы спорны (ср. §§ 36, 37). По нашему мнѣнію, Декларація правъ 1789 г. все еще имѣетъ силу и обязательна въ качествѣ высшаго закона для обыкновеннаго законодателя, который, принявши текстъ, противный принципамъ, провозглашеннымъ этой Декларацiей, издалъ бы, если можно такъ выразиться, законъ, противный закону. Что касается принципіальныхъ постановленій конституціи 1791 г., то имъ уже не слѣдуетъ приписывать характера конституціонныхъ нормъ, такъ какъ представляется яснымъ, что всякая конституція теряетъ характеръ конституціоннаго закона вслѣдствіе паденія политическаго режима, установившаго ее; но они, несомнѣнно, являются законодательными постановленіями, еще сохраняющими силу, или, по крайней мѣрѣ, они выражаютъ обычныя нормы нашего публичнаго права. Впрочемъ, какое бы рѣшеніе ни получили эти различные вопросы, намъ представляется безспорнымъ, что законченная и послѣдовательная теорія государства, вытекающая изъ этихъ текстовъ, является до сихъ поръ основной, и на ней покоится все публичное французское право.

Эта же доктрина, по крайней мѣрѣ, въ главныхъ своихъ чертахъ, поддерживается въ настоящее время почти единогласно французскими и иностранными теоретиками, имена которыхъ мы уже цитировали: Эсменомъ, Оріу и Бертелеми во Франціи, Гербером, Лабандомъ и Еллинекомъ въ Германіи, Орландо въ Италіи. Эту общую теорію государства должны изложить здѣсь и мы.

Она покоится на той идеѣ, что государство есть субъектъ права, являющійся съ необходимостью обладателемъ субъективнаго права на публичную власть и могущій быть,—какъ это почти всегда и бываетъ въ дѣйствительности, — носителемъ субъективныхъ патримоніальныхъ правъ. Даже болѣе того, въ представленіи этой доктрины современное государство въ томъ видѣ, какъ его создали исторія и обстоятельства, объявляется высшей коллективностью, существующей на опредѣленной территоріи, поскольку оно возведено на степень личности и обладаетъ органами управленія и правительства. Если государство представляетъ собою высшую олицетворенную коллективность, существующую на данной территоріи, то это превосходство предполагаетъ за нимъ власть повелѣвать индивидуальными и коллективными лицами, находящимися на этой территоріи, предписывать имъ свою волю, какъ таковую, только потому, что это его воля. Эта власть олицетворенной коллективности есть то, что принято называть *суверенною властью*, или *суверенитетомъ*.

Изъ всего изложеннаго вытекаетъ слѣдующее положеніе, которое является основнымъ принципомъ всей общей теоріи государства. Государство есть субъектъ права. Оно слагается изъ четырехъ элементовъ: A) совокупности (collectivité) человѣческихъ индивидовъ; B) опредѣленной территоріи; C) суверенитета; D) правительства. Мы относимъ изученіе правительства въ главу III— *органы государства;* здѣсь намъ остается изучить три другіе элемента.

Слѣдуетъ замѣтить, что вышеизложенное очень хорошо оттѣняется тѣми четырьмя терминами, которые часто безразлично употребляются для обозначенія государства; слово *нація* обо-

значаетъ государство преимущественно съ точки зрѣнія совокупности индивидовъ; слово *страна*—государство, разсматриваемое преимущественно съ точки зрѣнія своей территоріи; *держава*—государство, разсматриваемое съ точки зрѣнія своего суверенитета; и слово *правительство*—государство, разсматриваемое спеціально съ точки зрѣнія его правящихъ органовъ.

А. Коллективность.

21. **Нація.** — Мы указали вкратцѣ (§ 6), что три главныя формы, въ которыя должны были облечься съ теченіемъ времени человѣческія общества, достигшія извѣстной ступени цивилизаціи, суть: семья, община и нація. Современная нація, общая форма политическихъ коллективностей, представляетъ собою агломератъ общинъ, какъ община была агломератомъ семействъ. Но это пониманіе современной націи является, нужно сказать, болѣе схематическимъ, чѣмъ реальнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, современныя націи являются соціальными образованіями безконечной сложности и составляются изъ элементовъ, изъ которыхъ слѣдуетъ выдвинуть на первый планъ лишь важнѣйшіе. Націи вышли изъ античнаго міра чрезъ посредство феодальнаго режима, въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій господствовавшаго во всей Европѣ и оказавшаго на наши идеи и современныя учрежденія глубокое вліяніе, все еще продолжающееся, хотя часто и остающееся незамѣтнымъ. Смѣшавшись между собою и организовавшись подъ дѣйствіемъ различныхъ причинъ, изученіе которыхъ лежитъ внѣ нашей задачи, элементы феодальнаго міра породили, раньше или позже, въ зависимости отъ странъ, современную націю.

БИБЛІОТЕКА

Но въ чемъ заключается существенный факторъ, породившій и поддерживающій національную связь? Выдвинута была впередъ общность политической власти, общность расы и языка, общность религіозныхъ вѣрованій. Эти различные факторы безспорно дѣйствовали или сообща, или въ отдѣльности, но ни одинъ изъ нихъ не былъ достаточно силенъ, чтобы создать самостоятельно національную солидарность. Факты, доказывающіе это, очень многочисленны.

Безъ сомнѣнія, соединеніе достаточнаго числа людей или группъ подъ одной и той же политическою властью можетъ быть элементомъ національной солидарности; но существуютъ многочисленные примѣры національнаго образованія, объединяющаго людей, которые вовсе не были подчинены одной и той же политической власти, и національное единство часто продолжалось, хотя единство политическое было разбито. Развѣ не было, напримѣръ, итальянской націи до той поры, когда вся Италія была объединена подъ скипетромъ Савойскаго дома? Исчезла ли польская нація въ день послѣдняго раздѣла Польши? Сдѣлались ли Ирландія и Лотарингія нераздѣльными частями Англіи и Германіи, благодаря одному лишь факту завоеванія? Существуетъ ли національная солидарность, объединяющая различныя народности, собравшіяся подъ властью австрійскаго императора? Существуетъ ли австрійская нація? Впрочемъ, подчиненіе одной общей политической власти могло, разумѣется, въ извѣстный моментъ ускорить образованіе національнаго единства. Французская монархія, объединивъ подъ своею властью древнія провинціи, Революція и Имперія, давши имъ однообразное право и централизованную администрацію, мощно усилили національную связь. И тѣмъ не менѣе, въ цѣломъ, здѣсь имѣется налицо лишь факторъ вспомогательнаго порядка.

То же самое обнаруживается по отношенію къ общности расы и языка. Утверждаютъ, что всѣ люди, говорящіе на одномъ языкѣ, принадлежатъ къ одной расѣ и должны образовать одну націю, подчиненную единой политической власти. Это утвержденіе часто приводилось въ XIX столѣтіи и даже въ

настоящее время отстаивается подъ именемъ *принципа національностей*, чтобы оправдать ту или другую политику, то или иное требованіе, но оно не имѣетъ въ себѣ ничего научнаго. Въ самомъ дѣлѣ, эта предполагаемая общность расы никогда не можетъ быть установлена, и существуютъ націи, обладающія крѣпкимъ единствомъ, но въ то же время безспорно не имѣющія ни общаго этническаго происхожденія, ни общаго языка. Самая объединенная изъ когда-либо существовавшихъ націй есть, конечно, французская, и тѣмъ не менѣе существуетъ ли французская раса? Населеніе нашей страны не представляетъ ли амальгаму самыхъ разнообразныхъ расъ? Можно ли отрицать существованіе американской націи, потому что нѣтъ американской расы и Соединенные Штаты населены представителями всѣхъ европейскихъ націй и даже африканскихъ ордъ? Маленькая швейцарская нація представляетъ совершенный національный типъ, хотя, по крайней мѣрѣ, три языка господствуютъ въ ея кантонахъ.

Общность расы и языка можетъ содѣйствовать національному утвержденію; ихъ различіе можетъ его замедлить; но эта общность не препятствуетъ непремѣнно національному образованію, и сама по себѣ, одна, была бы неспособна его создать. То же самое слѣдуетъ замѣтить относительно религіи, бывшей въ античной общинѣ первостепеннымъ факторомъ, но въ наши дни вмѣстѣ съ ослабленіемъ религіознаго чувства являющейся, думается намъ, совершенно второстепеннымъ элементомъ.

Наконецъ, принципъ естественныхъ границъ часто приводился для оправданія политики присоединеній и завоеваній. Альбертъ Сорель [1]) прекрасно показалъ, что идея естественныхъ границъ Франціи, на Альпахъ и Рейнѣ, была главной господствующей идеей иностранной политики нашихъ королей, Революціи и Имперіи. И тѣмъ не менѣе эта идея не соотвѣтствуетъ ничему реальному. Конфигурація территоріи, конечно, облегчила извѣстныя національныя формаціи; но очень часто національныя группировки не совпадаютъ съ географическими границами. Испанія и Португалія, Швеція и

---

[1]) A. Sorel, *La Révolution française et l'Europe*, 8 том., 1883—1904, спеціально 4-я часть.

Норвегія представляютъ въ этомъ отношеніи поразительные примѣры. Народности Бельгіи и лѣваго, германскаго, берега Рейна нельзя ни въ какомъ случаѣ считать связанными какъ-либо съ французской націей, и швейцарскій кантонъ Тессинъ составляетъ нераздѣльную часть гельветической націи, хотя онъ и отдѣленъ отъ нея С.-Готардскимъ массивомъ.

Единство политической власти, права, языка, религіи, естественныя границы—все это только второстепенные элементы. Существенный элементъ національнаго единства слѣдуетъ искать въ общности традицій, потребностей и стремленій. Человѣчество, какъ говорятъ, создано больше изъ мертвыхъ, чѣмъ изъ живыхъ; нація также создана болѣе изъ мертвыхъ, чѣмъ изъ живыхъ. Воспоминанія о поднятой борьбѣ, объ одержанныхъ побѣдахъ и въ особенности о понесенныхъ пораженіяхъ мощно содѣйствовали созданію и выработкѣ сознанія національной солидарности. Достаточно указать на одинъ фактъ: столѣтняя война и неизгладимыя воспоминанія, которыя она оставила въ сознаніи французовъ, были одной изъ наиболѣе дѣятельныхъ причинъ образованія французскаго національнаго чувства. Единство традицій играло во всѣхъ странахъ главную роль, и въ этомъ смыслѣ вполнѣ справедливо было сказано, что нація есть историческое образованіе [1]).

Общность чаяній будущаго, потребностей настоящаго, чувство роли, которую люди одной и той-же націи должны совмѣстно играть въ мірѣ, потребность охраны общаго достоянія идей, интеллектуальныхъ и матеріальныхъ богатствъ,—все это поддержи-

---

1) Ср. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* въ *Discours et conférences,* стр. 307.

ваетъ и ежедневно увеличиваетъ національную связь. Съ другой стороны, члены одной и той же націи соединены между собою въ особенности узами солидарности, благодаря раздѣленію труда; находясь въ постоянномъ соприкосновеніи между собою, они, естественно, чаще и легче обмѣниваются услугами, которыя они могутъ оказывать другъ другу въ виду различія своихъ способностей.

Нація, являясь въ настоящее время общею формою политическихъ коллективностей, не исключаетъ, однако, сохраненія предшествующихъ соціальныхъ формъ,—семьи и общины. Членъ націи можетъ быть въ то же время членомъ семьи и общины. Однако мы вынуждены, какъ бы ни относиться къ этому, констатировать, что въ современной націи семья, какъ соціальная группа, подвергается распаду, и что современная община по причинамъ, лежащимъ внѣ настоящаго изслѣдованія, оказывается безсильной основать въ предѣлахъ націи тѣсныя и крѣпкія группировки. Но въ то же время образуются другія группировки. Профессіональныя корпораціи включаютъ людей въ новую соціальную іерархію. Образованіе въ нѣдрахъ современной націи, въ особенности французской, союзовъ, основанныхъ на общности профессіональныхъ, промышленныхъ, коммерческихъ, научныхъ, артистическихъ, литературныхъ и другихъ интересовъ, а также на обѣщаніяхъ взаимопомощи, является безспорно самымъ выдающимся фактомъ послѣдняго тридцатилѣтія. Законодатель не могъ имъ принебречь, и его законы,—какъ законъ 1884 г. о профессіональныхъ синдикатахъ, 1898 г. объ обществахъ взаимопомощи, 1901 г. объ ассоціаціяхъ вообще, вновь обѣщанный законъ о

профессіональныхъ синдикатахъ, вызванныхъ *ассоціаціоннымъ* движеніемъ,—покровительствуютъ ему въ свою очередь, направляютъ его и придаютъ ему поразительную рельефность.

Эти ассоціаціи, создавшіяся такимъ образомъ въ предѣлахъ націи, нисколько не нарушаютъ, а, наоборотъ, поддерживаютъ національное единство. Большой ошибкой Революціи было убѣжденіе, что національное единство несовмѣстимо съ ассоціаціями гражданъ одного состоянія и профессіи, и законъ Ле-Шапелье (14 іюня 1791 г.), находившій себѣ, быть-можетъ, оправданіе въ ту эпоху, фактически былъ въ нѣкоторомъ родѣ отмѣненъ ранѣе, чѣмъ это сдѣлалъ законодатель. Современный человѣкъ, членъ націи, оказывается, такимъ образомъ, соединеннымъ съ другими членами той же націи безконечно сложными узами: общимъ сходствомъ традицій, стремленій и потребностей, различіемъ способностей и интересовъ, взаимнымъ обмѣномъ услугъ, основанномъ на различіи потребностей и способностей. Эта множественность и сложность соціальныхъ узъ будутъ, безъ всякаго сомнѣнія, увеличиваться въ будущемъ, и благодаря этому человѣкъ станетъ въ большей степени человѣкомъ, сдѣлавшись существомъ болѣе соціальнымъ [1]).

Въ моментъ, когда писались эти строки, между публицистами и политиками завязалась очень живая полемика по вопросу объ идеѣ отечества. Она возникла по поводу пропаганды *пацифистовъ* объ уничтоженіи войны и шумныхъ заявленій Эрве, отрицающаго идею отечества и проповѣдывающаго забастовку солдатъ въ случаѣ войны [2]). Многочислен-

---

1) Ср. Boncourt, *Le fédéralisme économique*, 1899 г. — Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 г., гл. I.

2) Ср. Hervé, *Leur patrie*, 1905.

ные споры въ прессѣ продолжались въ теченіе всего 1905 г. [1]). Вслѣдствіе публикаціи въ октябрѣ мѣсяцѣ, подъ вліяніемъ биржи труда, антимилитаристскихъ брошюръ и афишъ, къ министерству была обращена интерпелляція по поводу непрекращающейся пропаганды интернаціонализма и антимилитаризма со стороны биржъ труда. Эта интерпелляція вызвала длинные дебаты, занявшіе засѣданіе 27 ноября, 1, 8 и 15 декабря 1905 г., 19 января 1906 г. Мы упомянемъ особенно рѣчи Дешанеля, въ засѣданіи 27 ноября, Самба, доведшаго до крайности, въ засѣданіи 8 декабря, теорію антипатріотизма, и Жореса, пытавшагося, въ засѣданіяхъ 8 и 15 декабря, примирить интернаціонализмъ и патріотизмъ, и очень опредѣленныя заявленія президента совѣта Рувье во второмъ засѣданіи 4 декабря 1905 г.: „Я не буду возвращаться къ заявленіямъ, дѣлавшимся многократно, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо изъ членовъ кабинета долженъ былъ высказаться по этимъ вопросамъ, какъ внѣ этихъ стѣнъ, такъ и съ этой трибуны. Правительство отвергаетъ эти антимилитаристскія доктрины, и оно увѣрено, что является въ данномъ случаѣ органомъ огромнаго большинства національнаго представительства“ [2]).

Становясь исключительно на почву чистой науки и, слѣдовательно, откладывая въ сторону всякія соображенія избирательной политики, всякій партійный интересъ, всякія сентиментальныя соображенія, мы скажемъ, что, дѣйствительно, на той стадіи эволюціи, которой достигли новѣйшія общества, національная солидарность является по преимуществу формой соціальной солидарности; слѣдовательно, если человѣкъ желаетъ жить, то онъ можетъ сдѣлать это только среди націи, такъ

---

[1]) См. статьи Клемансо въ *L'Aurore*, Жореса въ *L'Humanité*, тревожную статью Гобле въ *Revue politique et parlementaire*, апр. 1905 г. Эти пацифистскія идеи, повидимому, проникли въ корпорацію учителей. Ср. въ *Temps* отъ 2 сент. 1905 г., резолюцію, принятую въ Лилѣ 1 сентября, которая, повидимому, дѣлаетъ изъ отечества субсидіарную вещь, и резолюцію, принятую 7 сент. 1905 г. по предложенію Бюиссона конгрессомъ свободомыслящихъ. *Temps*, 9 сент., 1905 г.

[2]) *J. Off., Débats parlem.*, Chambre, 1905 г., стр. 3694. Ср. министерскую декларацію, прочитанную въ палатахъ 12 іюня 1906 г.

какъ соціальная жизнь является условіемъ жизни индивидуальной. Утверждать господство идеи отечества значитъ утверждать фактъ, съ которымъ связано самое существованіе современныхъ людей.

Является ли національная форма окончательной формой человѣческихъ общежитій? Не предназначена ли идея отечества исчезнуть, какъ многія изъ идей, наполнявшихъ въ свое время міръ? Не уступитъ ли когда-либо нація мѣсто болѣе широкому и болѣе понятному союзу? Это возможно, это даже очень вѣроятно. Но когда и какъ совершится это преобразованіе? Никто этого не знаетъ, и слѣдуетъ остерегаться изрекать пророчества. Нѣтъ ремесла болѣе глупаго и болѣе опаснаго.

22. **Нація, какъ субъективный элементъ государства.** — Въ формулѣ, употребляемой преимущественно нѣмецкими авторами, говорится, что нація является одновременно и *субъективнымъ* и *объективнымъ* элементами государства. Этимъ хотятъ сказать, что нація есть прежде всего элементъ юридической личности государства, т.-е. конститутивный элементъ государства, разсматриваемаго, какъ субъектъ права; и что, съ другой стороны, нація является также объектомъ права власти, принадлежащаго государству, какъ субъекту права. Въ признаніи націи субъективнымъ элементомъ государства заключается существенная черта французской теоріи и въ то же время существенный пунктъ теоріи, господствующей въ новѣйшей наукѣ.

Однако намъ представляется неправильнымъ утвержденіе, будто нація является также и объектомъ публичной власти. Въ дѣйствительности эта публичная власть не простирается, собственно говоря, на націю, взятую, какъ таковую, но лишь на индивидовъ, составляющихъ націю. Постулатъ, принимаемый въ настоящее время почти единогласно,

требуетъ національной цѣлости. Слѣдовательно, безспорно, публичная власть простирается не на это цѣлое, а лишь на отдѣльно взятыхъ индивидовъ. Это замѣчаніе имѣетъ свое значеніе. Прежде всего не совсѣмъ понятно, какъ логически можетъ нація, взятая, какъ цѣлое, являться одновременно объектомъ публичной власти и конститутивнымъ элементомъ субъекта, носителя этой власти.

Съ другой стороны, публичная власть государства простирается на множество индивидовъ, которые не являются частью разсматриваемой націи. Нельзя сказать, что нація, какъ таковая, является объектомъ публичной власти, потому что совокупность индивидовъ, на которыхъ простирается эта власть, не совпадаетъ съ суммою индивидовъ, составляющихъ націю. Всякій знаетъ, что каждое государство пользуется правами власти, которыя могутъ измѣняться, смотря по странамъ, но которыя повсюду признаются, надъ всѣми индивидами, хотя бы послѣдніе были членами другой націи и лишь временно находились на территоріи государства. Съ другой стороны, многіе индивиды могутъ быть и дѣйствительно являются подданными какой-нибудь страны, не принадлежа къ націи этой страны. Въ частности во Франціи всѣ туземцы колоній являются французскими подданными, а не гражданами, если только это качество гражданства не было за ними особо признано, согласно извѣстнымъ спеціальнымъ правиламъ, опредѣленнымъ французскимъ колоніальнымъ законодательствомъ. Имѣется, такимъ образомъ, значительное количество индивидовъ, подчиненныхъ французской публичной власти, но не составляющихъ части французской націи. Что касается жителей странъ, нахо-

дящихся подъ протекторатомъ, то они, конечно, не являются даже французами, и тѣмъ не менѣе они подчинены, правда, въ различной степени, французской власти [1]).

Такимъ образомъ, въ большинствѣ современныхъ большихъ государствъ есть народности, отличныя отъ націи въ собственномъ смыслѣ; онѣ подчинены государственной власти, но совершенно не содѣйствуютъ образованію юридической личности государства. Это позволяетъ устранить возраженіе, часто выставляемое противъ излагаемой здѣсь теоріи государства. Въ большинствѣ государствъ, говорятъ, народъ составляется изъ различныхъ народностей, которыя, конечно, не образуютъ націи, и, слѣдовательно, нельзя утверждать, что нація является общимъ конститутивнымъ элементомъ государства. На это отвѣчаютъ, что, несмотря на различіе народностей, подчиненныхъ одной публичной власти, можетъ существовать центральное ядро населенія, которое образуетъ объединенную націю, и что существованіе такой націи необходимо для наличности государства; что если, напр., разсматривать Францію, то французская нація образуетъ *субстратъ* французскаго государства, какъ субъекта права; а народности, отличныя отъ французской націи, не содѣйствуютъ образованію субъективнаго единства французскаго государства. Эти народности являются просто объектомъ власти, носитель которой есть французское государство.

Напротивъ, французская нація въ своемъ теперешнемъ составѣ образуетъ элементъ личности французскаго государства. Послѣднее есть національная корпорація, поскольку она облечена суверенитетомъ. Ниже (§§ 24—27) мы увидимъ, какую роль играетъ территорія на ряду съ націей. Здѣсь же возникаетъ слѣдующій основной вопросъ: имѣетъ ли нація, будучи *субстратомъ* юридической личности государства, взятая сама по себѣ, юридическую лич-

---

[1]) Ср. Giraud, *Législation coloniale*, 2 т., 2 изд. 1903 и 1905; Despagnet, *Les protectorats*, 1896.

ность, отличную отъ личности государства, и обладаетъ ли она правами, высшими и предшествующими правамъ государства?

Во французской доктринѣ, поскольку она вытекаетъ изъ текстовъ декларацій правъ и конституцій революціонной эпохи, отвѣтъ на этотъ вопросъ не можетъ возбудить сомнѣнія. Французскую теорію можно резюмировать такимъ образомъ: нація есть лицо, отличное отъ государства, подобно тому, какъ она отлична отъ составляющихъ ее индивидовъ; она есть носительница первоначальнаго суверенитета по одному тому, что она есть коллективность и выражаетъ общую волю, стоящую, какъ таковая, надъ индивидуальными волями. Эта общая воля есть воля суверенная. Нація-лицо обладаетъ первоначальнымъ суверенитетомъ, единымъ, нераздѣльнымъ и неотчуждаемымъ. Этотъ принципъ освящаютъ слѣдующіе тексты: ст. 3 декларації 1789 г.: «принципъ всякаго суверенитета по самому существу своему покоится въ народѣ. Никакое учрежденіе и никакое лицо не могутъ осуществлять власти, которая не исходила бы отъ него самого»; ст. 1 тит. 3, введ. конституціи 1791 г.: «суверенитетъ единъ, нераздѣленъ, неотчуждаемъ и непогашаемъ. Онъ принадлежитъ націи; никакое подраздѣленіе народа и никакой индивидъ не можетъ приписывать себѣ пользованіе имъ»; ст. 25 декларації правъ 1793 г.: «суверенитетъ покоится въ народѣ; онъ единъ и нераздѣленъ, непогашаемъ и неотчуждаемъ»; ст. 7 конституціи 1793 г.; ст. 17 и 18 декларації правъ III года; ст. 2 конституціи III г.; ст. 1 и 18 конституціи 1848 г.; резолюція 17 февр. 1871 г. и введеніе къ закону 31 августа 1871 г. Раньше (§ 11) была указана въ общихъ

чертахъ историческая эволюція, изъ которой произошла эта теорія.

Итакъ, олицетворенная нація является носительницей суверенитета въ его сущности. Она не можетъ отчуждить его, потому что, сдѣлавши это, она отчуждила бы самое себя. Но можетъ ли она, сохраняя существо суверенитета за собою, делегировать этотъ суверенитетъ правителямъ, довѣреннымъ лицамъ, которые будутъ его осуществлять по началамъ представительства? По этому вопросу наши конституціонные тексты перестаютъ быть единогласными. Конституція 1793 г., не выражая этого явно, тѣмъ не менѣе отклонила идею представительства, и ея авторы, слѣдуя преимущественно Ж. Ж. Руссо, руководились той идеей, что суверенитетъ также не можетъ быть представляемъ, какъ и не подлежитъ отчужденію. По этой причинѣ они открыли широкое поле непосредственной формѣ правленія (ср. § 51). Напротивъ, конституція 1791 г. установила принципъ представительства: «нація, отъ которой отъ одной исходятъ всѣ власти, можетъ ихъ осуществлять путемъ делегаціи. Французская конституція—представительнаго характера; представителями являются законодательный корпусъ и король» (тит. III, введ.; ст. 2). Тотъ же принципъ былъ или усвоенъ открыто, или подразумѣвался въ конституціяхъ III г., 1848 г., въ законѣ 20 ноябр. 1873 г. о власти исполнительной (въ такъ называемомъ законѣ о *септенатѣ*) и въ конституціонныхъ законахъ 1875 г. Однако согласно идеямъ, продиктовавшимъ эти тексты и до сихъ поръ еще остающимся господствующими во французской доктринѣ, нація делегируетъ путемъ представительства только пре-

рогативы суверенитета, а его существо она сохраняетъ за собою.

Мы увидимъ ниже, какъ слѣдуетъ относиться къ такому пониманію теоріи политическаго представительства (§ 52). Раньше (§ 12) указаны были также серьезныя возраженія, на которыя наталкивается понятіе національнаго суверенитета. Не возвращаясь болѣе къ этому пункту, мы принимаемъ его какъ положительный институтъ французскаго права и какъ постулатъ юридической доктрины.

Нѣкоторые публицисты противопоставляютъ этому пониманію націи-лица теорію, которую можно назвать теоріей націи-органа. Она въ особенности изложена Еллинекомъ, Орландо и Гирке [1]). Названные авторы отправляются отъ той идеи, что разсматривать націю, какъ лицо, являющееся носителемъ первоначальнаго суверенитета, значитъ создавать въ государствѣ *дуализмъ* и разрушать всякую юридическую теорію государства. Въ силу этого они утверждаютъ, что лишь государство есть носитель суверенитета, что оно является корпоративной территоріальной коллективностью, облеченной правомъ власти, а народъ, образующій конститутивный элементъ государства, какъ субъекта правъ, вовсе не обладаетъ правомъ, отличнымъ отъ права государства и предшествующимъ ему; лишь государство есть субъектъ права власти, и было бы ошибкой говорить, подобно французскимъ авторамъ, о первоначальномъ суверенитетѣ націи.

Къ этому прибавляютъ, что если нація не является субъектомъ права, отличнымъ отъ государства, то она является органомъ государства (ср. въ § 50 теорію юридическаго органа). Въ демократическихъ странахъ, какъ во Франціи, нація есть первичный, прямой органъ въ томъ смыслѣ, что она пріобрѣтаетъ свое качество органа непосредственно въ

---

1) *Iellinek, Allgemeine Staatslehre*, 2 изд. 1905, стр. 409 и 556. Ср. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionelle*, 1899, II, стр. 67 и слѣд.; Orlando, *Revue du droit public*, 1891, I, стр. 1; Gierke, *Genossenschaftstheorie* 1887, ст. 689 и *Jahrbücher* Шмоллера, 1883, стр. 1882.

самой конституціи коллективности, и что нѣтъ въ государствѣ никакого лица, которому она, какъ органъ, была бы подчинена. Она есть высшій органъ, потому что на ней зиждется самая дѣятельность государства, и если бы нація исчезла, какъ органъ, исчезло бы или подверглось бы радикальному измѣненію и само государство. Такимъ образомъ, можно сказать, что нація, понимаемая какъ органъ, образуетъ конститутивный элементъ государства. Но если нація есть просто органъ государства, то къ ней нужно приложить теорію органа. Органъ составляетъ цѣлое лишь вмѣстѣ съ коллективностью, органомъ которой онъ является; нація составляетъ цѣлое вмѣстѣ съ государствомъ, органомъ котораго она является; такимъ образомъ, нація не есть лицо, отличное отъ государства; она—орудіе воли и дѣйствій государства; она осуществляетъ права власти, единственнымъ носителемъ которыхъ является государство. Нація, какъ простой органъ государства, обладаетъ только той компетенціей, которая отведена ей конституціей, и эта компетенція измѣняется въ различныхъ странахъ. Иногда нація является рѣшающимъ органомъ, имѣющимъ даже иногда, какъ въ Швейцаріи, право иниціативы; иногда она является органомъ санкціонирующимъ, какъ, напр., въ странахъ, пользующихся народнымъ референдумомъ; чаще всего въ современныхъ странахъ, какъ во Франціи, она является только избирательнымъ органомъ; органы, которые она назначаетъ, пріобрѣтаютъ тогда, хотя и не точно, названіе представительныхъ органовъ. (ср. §§ 52 и 53).

Эта теорія націи - органа есть только приложеніе очень хитроумной теоріи юридическаго органа; но она возбуждаетъ противъ себя очень серьезныя возраженія. Прежде всего она содержитъ въ самой себѣ противорѣчіе. Съ одной стороны, утверждаютъ, что нація, какъ таковая, есть субстратъ государства; съ другой, говорятъ, что она есть органъ государства; но для этого нужно, чтобы она сама обладала органами, ибо нація, какъ таковая, неспособна хотѣть и дѣйствовать. Отсюда появляются въ нѣкоторомъ родѣ двѣ націи: нація, какъ таковая, составляющая конститутивный элементъ государства, и нація, снабженная органами, сама являющаяся органомъ государства. Кромѣ того, теорія націи-органа приводитъ въ

дѣйствительности къ олицетворенію націи. Индивидъ, какъ таковой, можетъ быть органомъ корпораціи; но совокупность можетъ быть органомъ корпораціи только подъ условіемъ, чтобы она сама была коллективнымъ лицомъ, имѣющимъ организацію. Слѣдовательно, нація можетъ быть органомъ государства только въ томъ случаѣ, если она является организованнымъ коллективнымъ лицомъ; и такимъ образомъ мы возвращаемся къ олицетворенію націи.

23. **Положеніе индивидовъ, какъ членовъ націи. Участіе въ выборахъ.** — Изъ того обстоятельства, что олицетворенная нація является первоначальнымъ носителемъ суверенитета, вытекаетъ ли для всѣхъ индивидовъ, какъ членовъ націи,право участія въ той или иной формѣ въ отправленіи публичной власти? Вопросъ сталъ знаменитымъ. Такъ какъ въ настоящее время участіе въ публичной власти выражается обыкновенно въ формѣ участія въ выборахъ, то вопросъ этотъ ставится въ слѣдующей формѣ: является ли участіе въ выборахъ правомъ или функціей?

Изъ принципа національнаго суверенитета вовсе еще не вытекаетъ логически и съ необходимостью, чтобы членамъ націи, взятымъ индивидуально, принадлежало какое-либо право участія въ публичной власти. Въ самомъ дѣлѣ, нація въ цѣломъ есть лицо, отличное отъ составляющихъ ее индивидовъ; только она является носителемъ суверенитета, а отнюдь не индивиды; слѣдовательно, какъ таковые, они не являются вовсе участниками суверенитета; и они не имѣютъ, какъ таковые, никакого права на участіе въ публичной власти. Законодатель долженъ опредѣлить условія, наиболѣе благопріятныя для выраженія національной воли, и указать лицъ, на которыхъ будетъ возложено выраженіе этой воли. Имъ можно дать имя *избирателей*, и, такимъ образомъ,

участіе въ выборахъ есть *функція* и притомъ,—созданная конституціей и состоящая въ выраженіи національной воли. Таковъ въ дѣйствительности логическій выводъ изъ принципа національнаго суверенитета.

Но подобный выводъ не могъ удовлетворить демократическихъ тенденцій, наполнившихъ собою весь XIX вѣкъ и приведшихъ, начиная съ 1848 г., во Франціи къ установленію всеобщаго, прямого и равнаго избирательнаго права, а въ другихъ странахъ—или къ установленію всеобщаго избирательнаго права, или къ постоянному его расширенію. Отсюда неувѣренность и колебанія нашего положительнаго законодательства и французской и иностранной науки относительно природы избирательнаго права.

Ж. Ж. Руссо выводилъ, впадая въ нѣкоторое противорѣчіе, изъ принципа суверенитета, покоящагося въ коллективности, то послѣдствіе, что всякій индивидъ, членъ коллективности, обладаетъ, какъ таковой, неприкосновеннымъ правомъ участія въ суверенитетѣ. «Я могъ бы, говоритъ онъ, привести немало соображеній относительно права вотума во всякомъ актѣ суверенитета, права, котораго ничто не можетъ отнять у гражданъ». И въ другомъ мѣстѣ: «Предположимъ, что государство состоитъ изъ 10.000 гражданъ. Суверенъ можетъ быть разсматриваемъ только коллективно и въ полномъ составѣ; но каждое частное лицо въ качествѣ подданнаго разсматривается, какъ индивидъ. Такимъ образомъ суверенъ находится къ подданному въ отношеніи 10.000 къ 1, т.-е. каждый членъ государства имѣетъ на свою долю одну десятитысячную часть суверенной власти» [1]). Бросается въ глаза противорѣчіе этого рѣшенія съ доктриною единаго и нераздѣльнаго суверенитета коллективности, развитою въ *Contrat social*. Путемъ разсужденія Ж. Ж. Руссо можно прійти не только къ всеоб-

---

[1]) *Contrat social*, кн. IV, гл. I и кн. III, гл. I.

щему избирательному праву, но и къ всеобщему равному избирательному праву; всѣ члены націи должны имѣть равное право участія въ отправленіи публичной власти.

Національное Собраніе 1789 года, провозглашая вслѣдъ за Руссо догму національнаго суверенитета, но болѣе послѣдовательно, чѣмъ онъ, не считало вовсе, что эта догма необходимо предполагаетъ активное участіе всѣхъ членовъ націи въ публичной власти. Слѣдуетъ принимать въ расчетъ только волю націи, *единой*, какъ лицо, а не волю избирателя; послѣдній является только должностнымъ лицомъ, на которое возложено выраженіе воли націи. Слѣдовательно, всѣ члены націи, какъ таковые, не имѣютъ вовсе избирательнаго права, и лишь законодателю-учредителю принадлежитъ право опредѣлить условія, которыя индивидъ долженъ соединять въ своемъ лицѣ, чтобы быть въ состояніи осуществлять избирательную функцію.

Эта мысль была отчетливо выражена наиболѣе компетентными ораторами Собранія. Туре въ засѣданіи 11 августа 1791 г. заявилъ: «Качество избирателя основано на *публичномъ порученіи*, и публичная власть страны въ правѣ опредѣлить порядокъ его передачи». Окончательный текстъ конституціи 1791 г. былъ вотированъ, какъ извѣстно, по общему докладу Туре. Въ томъ же засѣданіи 11 августа 1791 г. Барнавъ говорилъ: «Качество избирателя есть только *публичная функція*, на которую никто не имѣетъ *права*, и общество располагаетъ имъ такъ, какъ это ему предписываетъ его интересъ; функція избирателя не является правомъ» [1]).

Господствующая идея Собранія 1789 г. именно въ томъ и заключается, что участіе въ выборахъ не право, а функція. Нужно добавить, что, по мысли Собранія, эта идея комбинируется съ идеей права гражданина.

---

[1]) *Archives parlem.*, 1-я серія, XXIX, стр. 356 и 366.

За каждымъ индивидомъ, живущимъ въ обществѣ, признается индивидуальное право, стоящее надъ всякимъ положительнымъ закономъ и обязательное для законодателя. Это право вовсе не заключается въ правѣ вотировать: это есть право на признаніе себя составною частью націи, являющсйся единственной носительницей публичной власти; гражданинъ можетъ вотировать только въ томъ случаѣ, если законодатель вручилъ ему эту функцію. Въ результатѣ гражданинъ-избиратель является одновременно и носителемъ права и лицомъ, облеченнымъ функціей: право—это то право, которое ему принадлежитъ ранѣе всякаго закона, какъ члену французской націи; функція—это избирательная функція гражданина, осуществляемая его участіемъ въ выраженіи національной воли и переданная ему закономъ.

Эта комбинація, созданная Національнымъ Собраніемъ изъ правъ гражданина и избирательной функціи, вытекаетъ очень ясно изъ многочисленныхъ текстовъ. Она въ другой лишь формѣ повторяетъ различіе, сдѣланное въ 1789—91 годахъ между *активными* и *пассивными* гражданами. Всѣ французы являются *пассивными* гражданами: это ихъ право. Нѣкоторые изъ нихъ, при наличности извѣстныхъ условій, вотируютъ или въ первичныхъ, или въ избирательныхъ собраніяхъ. Они — *активные* граждане, избиратели: это ихъ функція. Чтобы хорошо понять мысль Собранія, слѣдуетъ сблизить съ одной стороны, ст. 2 и 6 тит. II конституціи 1791 г., которыя объявляютъ всѣхъ французовъ гражданами, и, съ другой стороны, ст. 1 и 2 разд. 2, гл. I тит. III, которыя объявляютъ, что активные граждане собираются для образованія національнаго законодательнаго собранія, и опредѣляютъ далѣе условія, необходимыя для того, чтобы быть активнымъ гражданиномъ.

Нельзя ли противопоставить этому ст. 6 Декларації правъ: «Законъ есть выраженіе общей воли. *Всѣ граждане имѣютъ право* содѣйствовать лично или чрезъ своихъ представите-

лей образованію закона»? Не является ли это утвержденіемъ что всѣ граждане имѣютъ стоящее выше самаго закона право участвовать въ публичной власти? Противорѣчіе только кажущееся. Мысль Собранія такова: законъ есть выраженіе коллективной воли, т.-е. воли олицетворенной націи; всѣ участвуютъ въ образованіи этой коллективной воли, въ выработкѣ закона, такъ какъ всѣ являются гражданами, т.-е. составными частями націи, и избиратели вполнѣ выражаютъ волю всѣхъ, такъ какъ являются агентами, облеченными со стороны закона функціей выраженія этой воли.

Въ Конвентѣ торжествуютъ идеи Ж. Ж. Руссо, и избирательное право всякаго гражданина признается необходимымъ послѣдствіемъ принципа національнаго суверенитета. Ст. 27 жирондистской декларації правъ, вотированной Конвентомъ, гласитъ: «онъ (суверенитетъ) покоится по самому существу въ цѣломъ народѣ, и каждый гражданинъ имѣетъ равное право содѣйствовать его осуществленію». То же рѣшеніе дано въ монтаньярской конституціи 1793 г. Участіе въ выборахъ есть право и только право, оно сливается съ правомъ гражданина; всякій человѣкъ, рожденный и живущій во Франціи, достигшій 21-лѣтняго возраста, есть гражданинъ. Всякій гражданинъ является избирателемъ и имѣетъ право принимать участіе въ законодательномъ референдумѣ (конституція 1793 г., ст. 4, 7, 8 и 11). Однако Конвентъ совсѣмъ не установилъ избирательнаго права женщинъ; онъ не былъ послѣдователенъ. Извѣстно, что конституція 1793 г., хотя и вотированная Конвентомъ и одобренная народомъ, никогда не было примѣнена. Въ конституціи III года Конвентъ возвращается къ системѣ 1791 г. Его мысль, однако, остается нѣсколько неопредѣленной. По буквальному смыслу ст. 8 и 17 конституціи пред-

ставляется, что всякій гражданинъ—избиратель и всякій, не имѣющій избирательныхъ правъ, не является гражданиномъ. Но въ дѣйствительности,— воспроизведена система 1791 г.: всякій французъ признается гражданиномъ; но участіе въ выборахъ считается функціей, которой гражданинъ облекается лишь при извѣстныхъ спеціальныхъ условіяхъ.

Во время Консулата и Первой Имперіи участіе въ выборахъ въ дѣйствительности болѣе не существуетъ, такъ какъ, несмотря на свое имя, избирательныя коллегіи, учрежденныя на основаніи сенатусконсульта термидора X года, заняты скорѣе докладами, чѣмъ выборами. Реставрація и іюльское правительство возвращаются къ дѣйствительной и прямой подачѣ голосовъ, но ограниченной повышеннымъ цензомъ. Согласно избирательнымъ законамъ 5 февраля 1817 года, 29 іюня 1820 г. и 10 апрѣля 1831 г. участіе въ выборахъ есть исключительно функція; самое слово гражданинъ исчезаетъ изъ избирательныхъ законовъ; избиратель является лишь исполняющимъ функцію, и законъ разсматривается, какъ верховная компетенція для опредѣленія условій, открывающихъ доступъ къ этой функціи.

Декретъ временнаго правительства отъ 5 мая 1848 г. устанавливаетъ прямое, всеобщее и равное голосованіе. Конституція 1848 г. (ст. 1, 18, 23, 24 и 25) обращаетъ его въ конституціонный принципъ, а законъ 15 марта 1849 г. организуетъ и регламентируетъ его. Эти законы служатъ исходнымъ пунктомъ всего избирательнаго законодательства, примѣняемаго и до сихъ поръ. Какой характеръ носитъ въ этомъ законодательствѣ участіе въ выборахъ? Мы полагаемъ, что оно осталось тѣмъ, чѣмъ было

въ 1791 г. и является одновременно и правомъ и функціей. Читая пренія 1848 г., невольно поражаешься сходствомъ мыслей, принциповъ, доводовъ и формулъ въ 1789—91 и въ 1848 гг. Какъ въ началѣ Революціи, право гражданства признается за всѣми французами, и участіе въ выборахъ признается въ очень широкихъ размѣрахъ. Однако это участіе вовсе не разсматривается, какъ право, присущее достоинству француза и даруемое всѣмъ безъ различія. Оно не дается женщинамъ, и ст. 27 конституціи 1848 г. гласитъ, что избирательный законъ укажетъ причины, которыя могутъ лишить француза права избирать или быть избраннымъ. Такимъ образомъ участіе въ выборахъ вовсе не является правомъ, присущимъ достоинству француза, а остается порученіемъ, даваемымъ закономъ французскому гражданину. Ни одинъ изъ послѣдующихъ законовъ (законъ-декретъ отъ 2 февраля 1852 г., законъ 30 ноября 1875 г.) не противорѣчитъ такому пониманію.

Такимъ образомъ наше заключеніе будетъ таково: по французскимъ воззрѣніямъ, находящимся, кромѣ того, въ совершенномъ согласіи съ теоріей націилица, избиратель является одновременно и носителемъ права и облеченнымъ функціею; участіе въ выборахъ является вмѣстѣ и правомъ и функціей. Право заключается въ правѣ на признаніе качества гражданина, которое влечетъ за собою и власть вотировать, если оно сопровождается другими условіями, требуемыми положительнымъ закономъ для полученія права голоса. Функція заключается во власти, передаваемой опредѣленному индивиду, облеченному качествомъ гражданина, для осу-

ществленія опредѣленной публичной функціи, называемой вотумомъ.

Главное послѣдствіе, вытекающее изъ функціональнаго характера выборовъ, заключается въ томъ, что избиратель такъ же *обязанъ* вотировать, какъ и всякое должностное лицо обязано исполнять лежащую на немъ функцію. Однако во Франціи обязанность вотума не была еще до сихъ поръ санкціонирована положительнымъ закономъ. Но, можно сказать, эта обязанность существуетъ уже въ сознаніи людей; и въ ближайшемъ будущемъ она, конечно, будетъ освящена положительнымъ закономъ. Законъ 2 августа 1875 г. (ст. 18) установилъ обязательный вотумъ для избранія сенаторовъ. Избирательная обязанность освящена бельгійской конституціей, пересмотрѣнной въ 1893 г., ст. 86, § 2: «вотумъ обязателенъ».

Такъ какъ участіе въ выборахъ является функціей, то законодателю слѣдуетъ опредѣлить условія, которыя должны быть налицо для возможности отправленія этой функціи. Эти условія всегда могутъ быть видоизмѣнены законодателемъ, всегда могутъ быть сдѣланы болѣе строгими, и все-таки тѣ, кто лишены путемъ этой законодательной модификаціи участія въ выборахъ, не могутъ протестовать. Дѣйствительно, законодателю всегда принадлежитъ право регламентировать и измѣнять условія, необходимыя для осуществленія публичной функціи.

Такъ какъ участіе въ выборахъ есть функція, то избиратель не можетъ отъ нея отказываться. Это функція, которой онъ облеченъ и которую осуществляетъ въ общемъ интересѣ. Она возлагаетъ на него соціальную обязанность, отъ которой онъ не можетъ

окончательно уклониться. Онъ не можетъ даже, какъ мы видѣли, временно пренебречь ея исполненіемъ.

На томъ же самомъ основаніи законодатель можетъ, не совершая посягательства на принципъ національнаго суверенитета, признать за гражданами различную степень участія въ публичной власти. Онъ можетъ, напримѣръ, установить двухстепенную подачу голосовъ, или *множественный* вотумъ (*vote plural*). Принципамъ національнаго суверенитета нисколько не противорѣчитъ законъ, подобный заключающемуся въ бельгійской конституціи 1893 г. (ст. 47), признающему право голоса за всѣми гражданами, достигшими полныхъ 25 лѣтъ, и дающему дополнительный вотумъ подъ условіемъ опредѣленнаго возраста (45 л.), уплаты налога и положенія главы семейства, и два дополнительныхъ вотума на основаніи умственной зрѣлости, подтверждаемой опредѣленными университетскими степенями, при чемъ, однако, никто не можетъ соединять въ своемъ лицѣ болѣе трехъ вотумовъ.

Но участіе въ выборахъ есть также и право. Этимъ объясняется, почему всѣ положительныя законодательства организуютъ особую процедуру, позволяющую носителю этого права добиваться его признанія и исполнять формальности, необходимыя для его осуществленія (занесеніе въ избирательные списки, см. §§ 101 и 102). Но этотъ процессъ представляетъ нѣсколько своеобразныя условія, что объясняется тѣмъ, что участіе въ выборахъ, котораго добиваются, есть не только субъективное право, но вмѣстѣ съ тѣмъ и публичная функція. Такимъ образомъ возникающій при этомъ вопросъ, есть вопросъ не только субъективнаго

но и объективнаго права, вопросъ нарушенной законности. Избирательный процессъ входитъ въ категорію искового производства, которое мы называемъ *объективнымъ споромъ* и природа котораго будетъ опредѣлена ниже (ср. §§ 44—46). Этимъ именно объясняется, почему просьба о внесеніи въ избирательный списокъ или исключеніи изъ него можетъ быть подана не только самимъ заинтересованнымъ лицомъ, но также и всякимъ избирателемъ, внесеннымъ въ списки даннаго округа, и почему апелляція можетъ быть подана даже стороною, не участвовавшею въ процессѣ первой инстанціи (Орган. декретъ 2 февраля 1852 г., ст. 19—22).

Природа участія въ выборахъ, разсматриваемаго одновременно и какъ право и какъ функція, находитъ общее признаніе у французскихъ авторовъ, въ частности у Эсмена и Оріу[1]). Мы сами пришли къ выводамъ, аналогичнымъ съ теоріей участія въ выборахъ, какъ права и функціи, признавъ за участіемъ въ выборахъ по нашей терминологіи *объективную власть*[2]).

---

[1]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., 1906, стр. 268; Hauriou, *Droit administratif*, 5 изд., 1903, стр. 49; ср. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905, стр. 287.—По вопросу объ обязательномъ вотумѣ ср. у Moreau, *Le vote obligatoire*, *Revue politique et parlemen.*, XVII, 1896, стр. 36;—Coutant, *Le vote obligatoire*, 1898;—предложенія Letellier et Guillemet, 6 іюня 1893, объ обязательномъ вотумѣ и Ори 7 іюня 1905 г., *Journal Off. Doc. parlemen.*, Chambre. Sess. ord., стр. 781.—Jezè, *Revue du droit public*, 1905, стр. 782;—Labussiére, *Le vote par correspondence*, *Revue politique et parlem*, 10 августа 1905 г., стр. 119.—Mallat, *Le vote obligatoire*, тоже *Revue*, 10 апр. 1906 г., стр. 119.—Относительно природы процедуры внесенія въ избирательные списки и роли муниципальныхъ ревизіонныхъ комиссій ср. Ferron, *Note* къ слову Алжиръ 15 февраля 1901, S., 1904. II, 17 и Ièze, *Revue du droit public*, 1905, стр. 759 по поводу рѣшенія отъ 22 іюля 1905 г. трибунала о пререканіяхъ, признающаго за муниципальной комиссіей, ревизующей избирательные списки, характеръ судебной юрисдикціи.

[2]) Ср. нашу книгу *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, гл. I.

Доктрины, усматривающія въ выборахъ равное для всѣхъ право, которое законодатель долженъ признать за всѣми членами націи, исключая только тѣхъ, кто въ силу возраста или душевнаго состоянія не способенъ его осуществлять, и которое должно быть признано также и за женщинами, насчитываютъ многочисленныхъ сторонниковъ. Такова же общая идея, проникающая предложеніе, внесенное Жюлемъ Гедомъ въ бюро палаты депутатовъ 30 января 1894 г.: „проектъ закона, обезпечивающаго всеобщность такъ называемаго всеобщаго избирательнаго права“ [1]). Однако Жюль Гедъ сохранялъ нѣкоторыя основанія для лишенія этого права и не предлагалъ избирательнаго права женщинъ. Послѣдній вопросъ въ настоящее время сталъ очереднымъ. Устраненіе женщинъ отъ всякаго прямого участія въ публичной власти можно объяснить, лишь какъ результатъ исторической эволюціи; логическихъ доводовъ въ пользу этого устраненія не существуетъ; мы не видимъ причины, почему женщины не компетентны такъ же, какъ и мужчины, участвовать въ выраженіи національной воли. Это исключеніе является результатомъ упорнаго предразсудка, который, мы вѣримъ, исчезнетъ въ ближайшемъ будущемъ. Избирательное право женщинъ вовсе не является, по нашему мнѣнію, послѣдствіемъ принципа національнаго суверенитета; это видно изъ предыдущаго. Мы полагаемъ, что избирательное право должно быть признано за женщинами, потому что онѣ такъ же хорошо, какъ и мужчины, способны выражать національную волю и несутъ такія же соціальныя тягости, какъ и мужчины.

Многіе штаты американскаго союза, Уойомингъ, Колорадо и Идахо, многія англійскія колоніи Австралазіи, Новая Зеландія и Южная Австралія распространили на женщинъ избирательное право. Въ Англіи вопросъ нѣсколько разъ подымался въ палатѣ общинъ. Женщины имѣютъ тамъ право голоса на тѣхъ же условіяхъ, какъ и мужчины, для муниципальныхъ выборовъ въ городскихъ и сельскихъ приходахъ и въ мѣстечкахъ и для выборовъ въ совѣты

---

[1]) *J. Off.*, 1894, *Doc. parlem.*, chambre, стр. 337.

графствъ [1]). 16 марта 1904 г. палата общинъ 182 голосами противъ 68 вотировала резолюцію Макъ-Ларна въ пользу отмѣны тѣхъ ограниченій, которыя поражаютъ женщинъ, нарушающихъ *парламентскія привилегіи*. 28-го іюня 1904 г. палата лордовъ отвергла 57 голосами противъ 38 во второмъ чтеніи билль, внесенный лордомъ Бьючемпъ (Beauchamp) и вводившій для женщинъ право избранія въ мѣстные административные совѣты. Но 31 марта 1905 г. палата общинъ вотировала по предложенію Шипмана билль, аналогичный отвергнутому въ 1904 году палатой лордовъ и признающій избирательное право женщинъ въ мѣстные административные совѣты. 2 марта 1906 года палата общинъ приступила къ обсужденію предложенія Чарльза Дилька, распространяющаго на женщинъ тѣ же политическія права, какими пользуются мужчины; но дальнѣйшаго движенія этотъ проектъ не получилъ [2]).

Во Франціи феминистское движеніе, дискредитированное, быть-можетъ, своими руководителями, не сдѣлало еще серьезныхъ успѣховъ. Однако можно упомянуть, какъ связанный съ этимъ движеніемъ идей, законъ 7 декабря 1897 г., признающій за женщинами право быть свидѣтелями при письменныхъ сдѣлкахъ, законъ 23 января 1898 г., устанавливающій для нихъ избирательное право для выборовъ въ коммерческіе суды, и законъ 1 декабря 1900 г., позволяющій женщинамъ, обладающимъ дипломомъ лиценціата правъ, приносить адвокатскую присягу и заниматься этой профессіей [3]). Международный конгрессъ женщинъ засѣдалъ въ Парижѣ съ 14 по 17 іюня 1906 г. Отчетъ о его трудахъ еще не опубликованъ.

Авторы, допускающіе теорію націи-органа, видятъ, конечно, вообще въ выборахъ только функцію. Избиратель — членъ

---

[1]) D. Jenks, *L'administration local en Angleterre*, франц. изд., стр. 48.

[2]) Ср. Jèze, *Revue du droit public*, 1905, стр. 821. — Franqueville, *Les droits politiques des femmes en Angleterre, Académie des sciences morales et politiques*, XXXIII, стр. 115.—Hanson Robinson, *Le mouvement féministe aux Ètats Unis, Revue politique et parlem.*, 1898, XVII, стр. 259.

[3]) Ср. Turgeon, *Le féminisme français*, 2 т., 1898; — *Compté rendu du Congrès féministe, 1900, Mouvement socialiste* 15 октября и 1 ноября 1900 г.

націи; онъ—органъ-членъ и, какъ всякій органъ, не имѣетъ вовсе субъективнаго права; онъ только одно изъ орудій, помощью которыхъ государство осуществляетъ свои права если избиратель, повидимому, и имѣетъ право, то только съ внѣшней стороны. Въ дѣйствительности же здѣсь только проявляется рефлексъ объективнаго конституціоннаго права [1]). Такое рѣшеніе представляется единственно логичнымъ. Однако Еллинекъ, преподающій теорію націи-органа, допускаетъ, что участіе въ выборахъ является одновременно и функціей и правомъ. Да, говоритъ ученый профессоръ, избиратель есть должностное лицо, и, когда онъ вотируетъ, онъ осуществляетъ право, единственнымъ носителемъ котораго является государство; однако онъ имѣетъ и субъективное право; но это не право вотума, а право на признаніе за нимъ всѣми, и даже государствомъ, качества, позволяющаго ему осуществить функцію вотума [2]). Намъ представляется, что теорія Еллинека трудно совмѣстима съ представленіемъ о націи, какъ объ органѣ; пользуясь этой идеей логически, въ избирателѣ можно видѣть только должностное лицо, осуществляющее право, единственнымъ носителемъ котораго является государство, и такимъ образомъ, съ точки зрѣнія логики, Лабандъ совершенно правъ, возражая Еллинеку.

B. Территорія.

24. **Территорія, какъ субъективный элементъ государства.**—Теорія государства, которая господствуетъ въ настоящее время и которая, какъ мы увидимъ ниже,

---

[1]) См. въ этомъ смыслѣ: Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900, I, стр. 495;—Orlando, *Fondement de la représentation politique, Revue du droit public*, 1895, I, стр. 21; — Posada. *Dirrito politico*, 1893, I, стр. 372; — Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, II, стр. 93.

[2]) Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, изд. 2, 1905, стр. 146; ср. въ аналогичномъ смыслѣ Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905, стр. 287. Доктрину Еллинека подвергъ живой критикѣ Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900 г., I т., стр. 495. Прим. I. Еллинекъ даетъ отвѣтъ на эту критику въ своей книгѣ *Allgemeine Staatslehre*, 1900, стр. 382, прим. I, 2 изд. 1905, стр. 408, прим. 2.

вполнѣ согласуется въ этомъ пунктѣ съ принципами, формулированными нашими конституціями, допускаетъ, что территорія есть конститутивный элементъ государства. Коллективность можетъ быть государствомъ только тогда, когда она осѣла на территоріи съ опредѣленными границами. Безъ этого нѣтъ государства. Можетъ существовать цѣльная соціальная группа, въ ней можетъ возникнуть даже политическая власть, но эта коллективность, дойдя даже до политической дифференціаціи, не составляетъ и не можетъ составлять государства. Такимъ образомъ, согласно этой доктринѣ, кочующія племена Центральной Африки, не осѣвшія на территоріи съ прочными границами, не образуютъ вовсе государствъ, хотя и обладаютъ политической властью, часто достигшей уже настоящей организаціи. Поэтому европейскія націи могли, отбросивши предразсудки, отправляться на завоеваніе Африки и по отношенію въ населенію чернаго континента забывать всѣ правила международнаго права подъ тѣмъ предлогомъ, что эти народы не образуютъ государствъ. Пользуясь тѣмъ же принципомъ, приходятъ къ общему рѣшенію, что Католическая Церковь не составляетъ государства. Она можетъ признаваться лицомъ въ международныхъ отношеніяхъ, но не является государствомъ. До 1870 г. папа былъ временнымъ главой территоріальнаго государства. Но сама Католическая Церковь никогда не являлась и не является государствомъ. Нѣтъ сомнѣнія, она представляетъ организованную коллективность, ея послѣдователи признаютъ за Церковью верховную власть въ дѣлахъ духовныхъ; она располагаетъ своей администраціей, построенной на прочной іерархіи, начиная съ верховнаго первосвя-

щенника, стоящаго на вершинѣ, и кончая простыми священниками внизу. Однако она не есть государство, потому что она не связана съ опредѣленной территоріей. Характеръ государства можетъ и долженъ признаваться только за коллективностью, располагающей политической властью и обитающей на опредѣленной территоріи.

Нужно сказать, что предшествующія положенія формулированы господствующей доктриной скорѣе какъ постулаты, чѣмъ какъ истины, положительно и непосредственно доказанныя. Однако слѣдуетъ признать, что современное государство, какимъ его создала историческая эволюція, представляется намъ всегда тѣсно связаннымъ съ территоріей. Въ совершенно общемъ понятіи государства, данномъ нами выше (§ 8), территоріальный элементъ даже и не появляется. Но, когда хотятъ точно опредѣлить это понятіе, когда въ особенности хотятъ опредѣлить понятіе современнаго государства, какъ субъекта права, территоріальный элементъ трудно обойти. Кромѣ того, значеніе территоріальнаго элемента станетъ еще яснѣе при изученіи государственнаго суверенитета.

При всемъ томъ, каковъ, однако, въ юридической теоріи государства точный характеръ территоріи, разсматриваемой какъ конститутивный элементъ государства? На этотъ вопросъ часто даютъ отвѣтъ, что территорія имѣетъ важность съ двухъ точекъ зрѣнія: *отрицательной*, въ томъ смыслѣ, что, кромѣ самого государства, никакая другая держава не можетъ осуществлять какой-либо власти на принадлежащей ему территоріи; *положительной*, въ томъ смыслѣ, что всѣ индивиды, находящіеся въ дѣйстви-

тельности на территоріи какого-либо государства, подчинены этому государству, хотя бы и не принадлежали къ народностямъ этого государства. Эти положенія точны; но они недостаточны или, по крайней мѣрѣ, лишь вытекаютъ изъ болѣе общей идеи. Чтобы понять ее, нужно опредѣлить внутреннюю юридическую сущность территоріи.

Удовлетворяя этому требованію, мы говоримъ: территорія есть *субъективный* элементъ государства, или, пользуясь менѣе сжатой формулой, государство есть юридическое лицо, оно является носителемъ, *субъектомъ* политической власти, разсматриваемой, какъ субъективное право, и осуществляетъ ее при помощи органовъ; территорія есть конститутивный элементъ этого лица, т.-е. это юридическое лицо, этотъ носитель политической власти, не можетъ существовать, если не существуетъ территоріи, принадлежащей исключительно той коллективности, которая служитъ основой государства.

Почему территорія является конститутивнымъ элементомъ государства, какъ юридическаго лица, какъ носителя политической власти? Отвѣтъ: всякое государство, по самому опредѣленію своему, обладаетъ политической властью; власть же политическая есть возможность отдавать *безусловныя* приказанія, т.-е. предписанія, не подчиненныя никакимъ ограниченіямъ, лежащимъ внѣ воли тѣхъ, кто ихъ отдаетъ (подъ условіемъ, однако, по нашему мнѣнію, чтобы государство оставалось вообще въ границахъ, указанныхъ правомъ; но и эта оговорка допускается не всѣми авторами и, сверхъ того, не имѣетъ значенія для излагаемой тутъ теоріи). Если государство обладаетъ публичною властью именно въ такомъ смыслѣ,

то послѣдняя можетъ осуществляться только подъ условіемъ, чтобы извѣстная территорія была исключительно предназначена для ея осуществленія. Предположимъ, въ самомъ дѣлѣ, двѣ политическія власти, претендующія на господство надъ одной и той же территоріей. Всегда можно представить себѣ противорѣчащія предписанія. Тогда или одна изъ властей уступитъ и подчинится приказаніямъ, исходящимъ отъ другой; тѣмъ самымъ она перестаетъ быть властью государственной, и на территоріи водворяется одно государство; или обѣ власти начнутъ взаимно ограничивать и обусловливать себя, и тогда онѣ обѣ перестанутъ быть властями государственными; на территоріи могутъ возникнуть двѣ корпораціи, даже двѣ политическія корпораціи, но онѣ не составятъ государствъ.

Такимъ образомъ исключительная принадлежность территоріи одной коллективности является необходимой для существованія государства и именно потому, что иначе коллективность не могла бы располагать политической властью. Другими словами, *исключительность* территоріи есть условіе политической власти. А такъ какъ политическая власть является преимущественнымъ выраженіемъ личности государства, то *исключительность* территоріи является условіемъ самой личности государства. Въ этомъ смыслѣ мы и говоримъ, что территорія есть субъективный элементъ государства, конститутивный элементъ юридической личности государства.

Такого пониманія территоріи безспорно держались основатели современнаго публичнаго французскаго права. Это будетъ очевидно въ особенности изъ слѣдующаго параграфа, гдѣ мы укажемъ выводы,

которые вытекаютъ изъ этого понятія и которые всѣ были явно указаны или подразумѣвались въ нашихъ конституціяхъ. Но прямое доказательство, что авторы конституціи 1791 г. видѣли въ территоріи элементъ самой личности государства, содержитъ ст. 2 разд., I гл. I тит. III: «Представители будутъ распредѣлены между 83 департаментами, согласно отношенію трехъ элементовъ: территоріи, населенія и прямого обложенія». Если Собраніе рѣшаетъ, что территорія должна быть представлена на ряду съ населеніемъ, то оно, очевидно, признавало за территоріей такой же характеръ, какъ и за населеніемъ; это послѣднее, очевидно, составляетъ одинъ изъ элементовъ личности государства; слѣдовательно, такой же представляется и территорія. Что касается прямого обложенія, то не слѣдуетъ забывать, что качество активнаго гражданина признавалось только за тѣмъ, кто несъ извѣстное прямое обложеніе; естественно, что оно положено въ основу представительства.

25. **Выводы изъ субъективнаго характера территоріи.** — Первое послѣдствіе, связываемое новѣйшими теоретиками съ этимъ понятіемъ, заключается въ *нераздѣльности* территоріи. Дѣйствительно, составляя элементъ государственной личности, она нераздѣльна, какъ и эта личность. Наоборотъ, если бы территорія являлась объектомъ публичной власти и только объектомъ, она вовсе не должна бы непремѣнно быть нераздѣльной, потому что ничто не препятствуетъ раздѣльности объекта права. Такъ было въ эпоху патримоніальнаго государства: тогда государь олицетворялъ государство, а территорія являлась объектомъ власти государя; раздѣленіе владѣній государя такъ же могло быть произведено, какъ и

его частнаго имущества; исторія представляетъ многочисленные примѣры раздѣла наслѣдія князей. Наоборотъ, наши конституціи, признавая принципъ территоріи, какъ элемента государственной личности, утверждаютъ нераздѣльность французской территоріи. Въ ст. 1 тит. II конституціи 1791 г. мы читаемъ: «Королевство едино и нераздѣльно; его территорія распредѣлена между 83 департаментами». Та же самая идея выражена въ различныхъ текстахъ, объявляющихъ, что республика едина и нераздѣльна, именно, деклар. 25 сентября 1792 г.; конст. 1793 г., ст. 1; конст. III года, ст. 1; конст. VIII года, ст. 1; конст. 1848 г., введ., ст. 2 и ст. 48.

Изъ субъективнаго характера территоріи вытекаетъ второе слѣдствіе — *непроникновенность* территоріи. Оно именно обусловливаетъ право государства воспрещать всѣ акты чужого государства, способные угрожать его территоріальной неприкосновенности, а также воспрещать всякій актъ политической власти чужого государства. Это — принципъ *невмѣшательства*, о которомъ, однако, можно сказать, что онъ связывается съ общей обязанностью государствъ уважать личность другихъ государствъ.

Наши конституціи многократно выражали этотъ принципъ въ различныхъ формахъ. «Французская нація отказывается предпринимать какія-либо войны въ цѣляхъ завоеванія....» (конст. 1791, тит. VI); «Французскій народъ не вмѣшивается въ правленіе другихъ націй; онъ не потерпитъ, чтобы другія націи вмѣшивались въ его собственное». «Онъ не заключаетъ мира съ врагомъ, который занимаетъ его территорію» (конст. 1793, ст. 119 и 121). Та же идея въ конституціи 1848 г., введ., ст. V.

Исключительность территоріи—третій логическій выводъ изъ субъективнаго характера, признаннаго за территоріей. Мы уже говорили о немъ (§ 24), указывая, что территорія составляетъ элементъ самой личности государства, и что два государства не могутъ осуществлять совмѣстно своей политической власти на одной территоріи. Но въ дѣйствительности это послѣдствіе сталкивается съ очень большими затрудненіями. Прежде всего въ федеративныхъ государствахъ одна территорія представляется, повидимому, принадлежащей двумъ различнымъ государствамъ, — государству федеративному и отдѣльному государству - члену. Вопросъ о федеративномъ государствѣ ниже (см. § 32) будетъ подвергнутъ спеціальному изученію. Съ другой стороны, часто встрѣчаются случаи, когда два государства осуществляютъ сообща свою власть на одной территоріи. Въ видѣ примѣра можно указать на совладѣніе, которое Австрія и Пруссія осуществляли надъ Шлезвигъ-Гольштейномъ съ 1864 по 1866 гг., и на то, которое и доселѣ, со времени Берлинскаго трактата 1878 г., принадлежитъ Австріи и Венгріи надъ Босніей и Герцоговиной [1]). Эти факты трудно мирятся съ теоріей территоріи, какъ элемента личности государства.

Пытались объяснить эти факты, говоря, что тутъ дѣло идетъ о совершенно исключительномъ положеніи, что *coimperium* являлся результатомъ временнаго соглашенія между двумя участниками. Особенно говорили, становясь на чисто теоретическую точку зрѣнія, что пока длится *coimperium*, территорія, являющаяся ея объектомъ, подчинена власти, которая не представляетъ вовсе власти обоихъ участниковъ,

---

1) Ср. Despagnet, *Droit international public*, 3 изд., 1904, стр. 404.

осуществляемой нераздѣльно, но особой власти, отличной отъ власти двухъ участвующихъ государствъ и имѣющей своимъ субъектомъ публичное лицо, отличное отъ нихъ. Все это, конечно, однѣ фикціи. Еллинекъ [1]) усматриваетъ въ этихъ случаяхъ *coimperium'a* переживаніе понятія патримоніальнаго государства; быть-можетъ, онъ и правъ.

Послѣднимъ выводомъ изъ теоріи территоріи, какъ элемента личности государства, является *неотчуждаемость* территоріи. Логически разсуждая, слѣдуетъ признать, что государство не можетъ уступить всю или часть своей территоріи, окончательно или на ограниченный срокъ, и что всякая цѣлостная или частичная уступка, на время или навсегда, должна повлечь за собой смерть уступающаго государства. При этомъ не важно, является ли уступка добровольной или вынужденной, т.-е. продиктованной побѣдителемъ. Очевидно, что цѣлостная уступка территоріи государства влечетъ за собой его смерть, потому что съ этого момента исчезаетъ необходимый элементъ личности. Съ того дня, какъ территорія Мадагаскара была объявлена присоединенной къ Франціи, мальгашское государство перестало существовать. Въ тотъ самый моментъ, когда территорія южно-африканскихъ республикъ была присоединена къ Англіи, онѣ исчезли, какъ государства. Но, оставаясь послѣдовательнымъ, приходится такъ же относиться къ частичной и даже временной уступкѣ, такъ какъ эта уступка влечетъ за собой расчлененіе самой личности государства; кромѣ того, по самому понятію, всякая личность нераздѣльна и расчленять личность значитъ уничтожать ее. Территоріальныя уступки легко мирились съ понятіемъ патримоніаль-

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2-е изд., 1905, стр. 383.

наго государства; но съ тѣхъ поръ, какъ государство стали понимать, какъ территоріальную корпорацію, территоріальныя уступки сдѣлались логически и юридически необъяснимыми.

Въ данномъ случаѣ факты еще разъ категорически опровергаютъ юридическую логику. Французамъ слишкомъ хорошо извѣстно, что происходили территоріальныя уступки, и уступающее государство не исчезло. Въ качествѣ позднѣйшаго примѣра, напомнимъ о Портсмутскомъ договорѣ въ августѣ 1905 г., которымъ Россія согласилась на уступку территоріи въ пользу Японіи. Можно также указать на временныя уступки, арендныя передачи, часто совершаемыя въ Китаѣ и въ другихъ странахъ въ пользу европейскихъ государствъ. Всѣ эти факты трудно согласуются съ теоріей территоріи-субъекта.

Однако были сдѣланы попытки дать имъ объясненіе. Нѣмецкіе юристы всячески старались примирить возможность территоріальныхъ уступокъ со своей юридической теоріей территоріи. Но это имъ не удалось. Нельзя считать серьезнымъ объясненіе, заключающееся въ томъ, что уступающее государство мысленно исчезаетъ на время въ моментъ уступки и непосредственно вслѣдъ за этимъ возрождается со своей уменьшившейся территоріей. Не болѣе удовлетворительна формула тѣхъ, кто говорятъ, что не существуетъ вовсе настоящей территоріальной уступки, но что уступающее государство отказывается осуществлять свою власть на части своей территоріи, и что эта территорія, оказавшись такимъ образомъ безхозяйной, можетъ присоединиться къ территоріи присоединяющаго государства. Это все только тонкости, не объясняющія рѣшительно ничего [1]). Еллинекъ благоразумно ограничивается простымъ утвержденіемъ: «Нераздѣльность территоріи не ставитъ препятствій къ тому, чтобы вслѣдствіе войны часть государственной территоріи была отторгнута

[1]) Perrinjaquet, *Des cessions temporaires de souveraineté*, thèse Бордо, 1904.

и уступлена другому государству»[1]). Правда, авторъ прибавляетъ, что уступаемое не есть мертвая территорія, что всякая уступка есть исключительно переносъ *imperium'a*, что вслѣдствіе уступки *imperium* уступающаго государства сужается, тогда какъ *imperium* присоединяющаго государства увеличивается. Это рѣшительно ничего не объясняетъ. Мы предпочли бы совершенно просто сказать, что въ территоріальныхъ уступкахъ еще сохраняется пережитокъ представленій о патримоніальномъ государствѣ.

Цѣлая школа утверждаетъ, что территоріальная уступка можетъ происходить только съ согласія населенія уступленной территоріи. Франція приложила этотъ принципъ въ 1860 году въ эпоху присоединенія Ниццы и Савойи, и Германіи часто ставили въ упрекъ непримѣненіе въ 1870 году плебисцита о присоединеніи въ Эльзасъ-Лотарингіи. Безспорно, въ примѣненіи плебисцитовъ о присоединеніи заключается очень полезная практика; но мы не видимъ въ ней, подобно нѣкоторымъ авторамъ, необходимаго вывода изъ своего рода политической догмы, оказывающейся, впрочемъ, ничѣмъ инымъ, какъ ложной догмой общественнаго договора. Что же касается занимающей насъ теперь проблемы, то мы не усматриваемъ, какое рѣшеніе она можетъ получить въ силу этой практики. Пусть присоединеніе будетъ совершено съ согласія присоединяемаго населенія, но все-таки останется необъяснимымъ, какимъ образомъ расчлененіе территоріи, составляющей элементъ государственной личности, не влечетъ за собой уничтоженія расчленяемаго государства.

Въ результатѣ всего изложеннаго слѣдуетъ признать, что юридическая теорія территоріи въ томъ видѣ, какъ ее обычно признаютъ и какъ она вытекаетъ изъ нашихъ конституцій, представляетъ, пожалуй, нѣчто весьма искусственное.

26. **Территорія, какъ граница политической власти.**—Если территорія составляетъ элементъ юридической личности государства, то не является ли она одновременно

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, стр. 389.

объектомъ права, принадлежащаго государству? Уже было указано, что въ патримоніальной теоріи за государемъ признавалось реальное право надъ территоріей его государствъ, аналогично праву собственности. Эта идея еще и теперь защищается нѣкоторыми авторами, въ родѣ Зейделя, которые не допускаютъ личности государства и въ территоріи видятъ только объектъ права, носителемъ котораго является *Herrscher*. Впрочемъ эта доктрина насчитываетъ мало сторонниковъ. Но нѣкоторые публицисты, допускающіе юридическую личность государства и даже усматривающіе въ территоріи элементъ этой личности, утверждаютъ въ то же время, что государству принадлежитъ надъ его территоріей публичное право, отличное отъ права власти, осуществляемаго надъ лицами. Французскіе авторы и въ частности писатели по международному праву постоянно говорятъ о *территоріальномъ* суверенитетѣ, желая, конечно, обозначить этимъ принадлежащее государству право надъ своей территоріей. Они не опредѣляютъ точнымъ образомъ природы этого права; но, повидимому, идеи Прудона [1]) остаются еще господствующими. Это право государства надъ своей территоріей является, по ихъ словамъ, реальнымъ правомъ, но носящимъ характеръ публичнаго права. Слѣдуетъ различать то, что Прудонъ называлъ областью собственности и областью суверенитета. Область собственности — это собственность гражданскаго права; область суверенитета — это реальное право публичнаго порядка, принадлежащее государству надъ его территоріей.

---

[1]) Proudhon, *Traité du domaine public*, 1844, 2 изд.

Въ Германіи Лабандъ, убѣжденный сторонникъ личности государства, учитъ, что государство обладаетъ реальнымъ правомъ публичнаго характера надъ своей территоріей. «Слѣдуетъ признать,—говоритъ онъ,—что государство имѣетъ право надъ своей территоріей, которое существенно отличается отъ его правъ власти надъ своими подданными и которое нужно разсматривать, какъ реальное право публичнаго порядка. Съ его помощью государство можетъ исполнять свои функціи; оно простираетъ свою власть не только на своихъ подданныхъ, но также и на почву и подчиняетъ ее своей волѣ, своему могуществу» [1].

Мы полагаемъ, что за государствомъ не слѣдуетъ вовсе признавать реальнаго права публичнаго характера надъ его территоріей, права власти, отличнаго отъ его права власти надъ лицами. Не слѣдуетъ вовсе различать *территоріальнаго* и *личнаго суверенитета*. Государство располагаетъ однимъ и единственнымъ правомъ власти, и это право власти можетъ осуществляться только надъ лицами. Если ужъ пользоваться словомъ суверенитетъ, которое, хотя и способно часто вести къ смѣшенію понятій, но проникло въ употребленіе, то должно говорить, что государство имѣетъ и можетъ имѣть суверенитетъ только надъ лицами.

Это легко понять. Французы употребляютъ, слѣдуя выработавшейся привычкѣ, слово суверенитетъ въ смыслѣ политической власти. Власть же политическая есть власть формулировать повелѣнія. Эта политическая власть есть, безъ сомнѣнія, власть отдавать безусловныя предписанія. Впрочемъ, этотъ послѣдній признакъ здѣсь является безразличнымъ, такъ какъ все же остается неизмѣннымъ, что политическая власть есть власть повелѣвать. Повелѣ-

---

[1] Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900, I, стр. 287.

вать же можно только надъ людьми. Повелѣніе предполагаетъ двухъ лицъ: одно—отдающее, а другое—его получающее. Слѣдовательно, говорить о суверенитетѣ или политической власти надъ территоріей значитъ употреблять формулу, содержащую противорѣчіе въ самой себѣ.

Какова же, съ объективной точки зрѣнія, точная роль территоріи?— Территорія опредѣляетъ индивидовъ, къ которымъ могутъ обращаться повелѣнія государства. Когда въ обыденной рѣчи говорятъ, что государству принадлежитъ территоріальный суверенитетъ, то этимъ могутъ выражать только слѣдующую мысль: государство осуществляетъ свою власть надъ всѣми лицами, находящимися на его территоріи, и государство не можетъ, въ принципѣ, осуществлять своей власти надъ лицами, находящимися внѣ предѣловъ его территоріи. Безъ сомнѣнія, его подданные, находясь даже въ чужой странѣ, остаются въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ подчиненными его власти, но оно не можетъ привести въ исполненіе внѣ своей территоріи отдаваемые имъ приказы, такъ что дѣйствительная власть государства простирается только на лицъ, находящихся на его территоріи, и притомъ на всѣхъ безъ исключенія. Такимъ образомъ территорія представляется намъ съ объективной точки зрѣнія, какъ граница публичной власти. Это принято называть теоріей *территоріи - границы*, противопоставляемой теоріи *территоріи - объекта*, которая, по нашему мнѣнію, должна быть оставлена.

Согласно Еллинеку, территорія вовсе не есть автономный объектъ государственной власти; право надъ территоріей является только рефлексомъ власти надъ лицами; террито-

ріальный суверенитетъ вовсе не есть автономная функція государственной власти; онъ совпадаетъ въ публичномъ правѣ съ государственной властью въ цѣломъ, осуществляемой надъ лицами, находящимися на территоріи [1]).

Эта теорія *территоріи-границы*, представляющаяся намъ единственно допустимой, встрѣчаетъ, однако, нѣкоторыя возраженія, одно изъ которыхъ особенно серьезно. Доказательствомъ того утверждаютъ, что государство есть или можетъ быть носителемъ спеціальнаго права власти надъ своей территоріей, отличнаго отъ его права надъ лицами, служитъ обиліе необитаемыхъ территорій, принадлежащихъ современнымъ государствамъ. Франція, напр., владѣетъ множествомъ пустынныхъ островковъ, преимущественно вдоль береговъ Бретани, и огромными необитаемыми территоріями въ своихъ колоніяхъ. Не слѣдуетъ забывать, прибавляютъ, что государство имѣетъ извѣстное право надъ такими территоріями; нельзя утверждать, что территорія является только границей права политической власти надъ лицами.—Возраженіе не осталось безъ отвѣта. Еллинекъ пишетъ, что существованіе необитаемыхъ территорій, принадлежащихъ государствамъ, совершенно не доказываетъ, что государство дѣйствительно имѣетъ право территоріальной власти, отличное отъ его права власти надъ лицами. Необитаемая территорія всегда остается возможной сферой для дѣятельности государственной власти, которая можетъ осуществиться надъ этой территоріей только тогда, когда она дѣйствительно будетъ обитаема. Отвѣтъ представляется намъ не вполнѣ удачнымъ. Мы предпочитаемъ сказать, что возраженіе не поражаетъ теоріи, основанной всецѣло на идеѣ единства, нераздѣльности территоріи; дѣйствительно, именно въ силу этой идеи, нужно разсматривать различныя части территоріи не какъ независимыя одна отъ другой, но какъ образующія одно цѣлое; и вся эта территорія, въ своихъ обитаемыхъ и необитаемыхъ частяхъ, образуетъ общую границу, въ предѣлахъ которой можетъ дѣйствительно осуществляться, когда нужно, власть государства надъ лицами.

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905 стр. 385—388.

Изъ теоріи *территоріи-границы* вытекаютъ нѣкоторыя послѣдствія. Прежде всего (и какъ выводъ только изъ теоріи) всѣ лица, находящіяся на территоріи государства, подчинены власти этого государства, которое можетъ воспользоваться актами принужденія противъ нихъ всѣхъ, но въ то же время оно можетъ это сдѣлать только противъ лицъ, находящихся въ его территоріальныхъ границахъ.

Съ другой стороны, должна быть совершенно отброшена старая идея *верховной* собственности *(dominium eminens)* государства надъ всѣми входящими въ составъ территоріи землями, даже надъ находящимися въ частномъ обладаніи. Приводимая еще въ фискальныхъ цѣляхъ въ XVII и XVIII вѣкахъ, она, начиная съ Революціи, совершенно исчезла изъ французскаго публичнаго права. Тутъ еще разъ принципы французскаго публичнаго права совпадаютъ съ теоретическими выводами. Вслѣдствіе этого, экспропріація частной собственности вовсе не должна разсматриваться, какъ осуществленіе государствомъ верховнаго права собственности, но является просто актомъ политической власти, предписывающей собственнику вещи предоставить ее за вознагражденіе въ распоряженіе государства.

До временъ Революціи, король Франціи приписывалъ себѣ верховную собственность на всѣ земли своего королевства; говорили, что экспропріація являлась только выводомъ изъ этого верховнаго права. Безъ сомнѣнія, нѣкоторые ордонансы, какъ, напр., ордонансъ мая 1705 г., признали за лишеннымъ владѣнія собственникомъ право на вознагражденіе; но это была лишь милостивая уступка, и вознагражденіе за экспропріацію никогда не разсматривалось, какъ общее право собственника, такъ какъ сама экспропріація была лишь осуществленіемъ верховнаго реальнаго права, принадлежащаго королю.

Формулируя принципъ собственности, какъ индивидуальнаго и священнаго права [1]), Революція уничтожила безъ остатка верховную собственность короля. Государство не имѣетъ болѣе никакихъ верховныхъ правъ на землю, объектъ частнаго обладанія, и экспропріація является только приказомъ, отдаваемымъ государствомъ индивиду, въ силу принадлежащаго ему *imperium'a* надъ лицами, отказаться за вознагражденіе отъ своей вещи.

Точно такъ же, вслѣдствіе исчезновенія всякой верховной собственности государства надъ частными землями, земельный налогъ не слѣдуетъ вовсе разсматривать, какъ платежъ, свидѣтельствующій о признаніи мнимой верховной собственности, какъ плату за концессію, данную государствомъ. Придавать ему такое значеніе значило бы сохранять въ современномъ государствѣ идею феодальной сеньоріи и произошедшаго отъ нея патримоніальнаго суверенитета. Земельное обложеніе есть личный налогъ, и облагаемая недвижимость есть только внѣшній признакъ богатства, обложить которое стремится фискальное законодательство.

27. **Права государства надъ нѣкоторыми частями своей территоріи.** — Если государство не имѣетъ никакого реальнаго права надъ частями территоріи, которыя составляютъ объектъ частнаго обладанія, то остается безспорнымъ, что существуютъ извѣстныя части территоріи, составляющія объектъ права, принадлежащаго государству.

Прежде всего существуютъ извѣстныя недвижимости, которыя не предназначены ни для общественнаго пользованія, ни для общественнаго служенія, и которыя, тѣмъ не менѣе, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ, не являются объектами частнаго обла-

---

1 *Décl. des droits, 1789,* ст. 17.

данія. Говорятъ, что эти вещи принадлежатъ государству и образуютъ, какъ обычно говорятъ, *частные домены* государства. Нельзя не признать, что государство обладаетъ реальнымъ правомъ надъ этими вещами; а такъ какъ онѣ, по предположенію, не предназначены ни для общественнаго пользованія, ни для общественнаго служенія, то нѣтъ основаній не видѣть въ этомъ реальномъ правѣ государства права, аналогичнаго праву частной собственности. Государство, какъ уже сказано, является субъектомъ права, носителемъ правъ публичной власти и правъ патримоніальныхъ. Существуютъ ли тутъ два различныхъ лица,—государство и фискъ, или одно и единственное лицо? Это послѣднее рѣшеніе представляется болѣе логичнымъ. Важно не это; установимъ, что государство имѣетъ надъ этими вещами, не предназначенными для общественнаго служенія, право такого же характера, какъ и частная собственность.

Однако существуютъ нѣкоторыя части территоріи, которыя или по самой своей природѣ, или вслѣдствіе законнаго назначенія являются предназначенными или для общественнаго пользованія, или для общественнаго служенія. Мы хотимъ сказать, что онѣ находятся въ такомъ состояніи, при которомъ ими могутъ пользоваться всѣ, или что они употребляются для исполненія какой-либо изъ тѣхъ цѣлей, которыя въ данный моментъ считаются лежащими на государствѣ. Сюда относятся, напр., національное море, рѣки, пути сообщенія и всѣ недвижимыя имущества, предназначенныя для исполненія какой-либо общественной службы. Мы полагаемъ, что всѣ эти имущества образуютъ то, что называется *публичными доменами государства.*

Много споровъ возбудилъ вопросъ объ установленіи критерія, съ помощью котораго распознаются имущества, входящія въ составъ публичныхъ доменовъ государства. Въ теченіе долгаго времени французскіе юристы, вслѣдъ за Прудономъ, пытались искать этотъ критерій въ ст. 531 и сл. Code civil. Однако Баркгаузенъ окончательно доказалъ, что авторы Code civil, такъ же, какъ и авторы закона о доменахъ 22 ноября 1790 г., не проводили никакой разницы между доменами *публичными* и доменами *національными* и что это различіе, впрочемъ, вполнѣ логичное и соотвѣтствующее фактамъ, есть продуктъ доктрины и юриспруденціи въ теченіе XIX вѣка [1]). Въ виду того, что различіе между публичными и частными доменами является продуктомъ доктрины, наиболѣе соотвѣтствующимъ дѣйствительности различіемъ, повидимому, будетъ то, которое указано выше: къ публичнымъ доменамъ относятся всѣ вещи, предназначенныя для общественнаго пользованія, или для общественнаго служенія [2]).

Установивъ это, слѣдуетъ поставить вопросъ о томъ, какова природа права государства надъ составными частями его публичныхъ доменовъ.

Многіе юристы, руководствуясь идеями и пріемами частнаго права, пытались ввести эти отношенія въ рамки частнаго права и полагали, что государство обладаетъ надъ составными частями своихъ публичныхъ доменовъ настоящимъ правомъ собственности, аналогичнымъ праву частной собственности, и что это право подлежитъ нѣкоторымъ фактическимъ ограниченіямъ, вытекающимъ изъ назначенія вещей, входящихъ въ составъ публичныхъ доменовъ. Такъ Оріу опредѣляетъ публичные домены, „какъ административную собственность, ставшую неотчуждаемой и непогашаемой, благодаря своему назначенію служить общественной пользѣ и благодаря своей цѣли“ [3]).

---

[1]) Barckhausen, *Le domaine public, Revue du droit public*, 1902, II, стр. 401.

[2]) Ср. въ этомъ смыслѣ Hauriou, *Droit administratif*, 5 изд., 1903, стр. 577 и сл.

[3]) *Droit administratif*, 5 изд., 1903, стр. 577.

Но многіе авторы (и, по нашему мнѣнію, совершенно правильно) поняли, что правовая теорія, созданная для того, чтобы обезпечить служеніе богатства индивидуальной пользѣ, совершенно не примѣнима къ тому случаю (какой именно представляютъ публичные домены), когда богатство служитъ общественной пользѣ, и они полагаютъ, что нельзя говорить о правѣ собственности, принадлежащемъ государству надъ своими публичными доменами. Именно въ этомъ смыслѣ Дюкрокъ, слѣдуя Прудону [1]), пишетъ, что слова ст. 533 Code civil: *„которыя не являются способными къ частной собственности“* слѣдуетъ понимать такъ, что эти вещи не могутъ быть ничьею собственностью. Для самого государства публичные домены, пользуясь выраженіемъ Прудона, не являются областью собственности, и государство ихъ только охраняетъ и надзираетъ, сберегая ихъ для будущихъ поколѣній [2]). Де-Реси пишетъ [3]): „публичные домены не являются ни для кого, даже для государства, областью собственности; ихъ можно назвать публичной собственностью подъ условіемъ признанія, что публичная собственность не является вовсе настоящей собственностью, но властью суверенитета, прилагаемою къ извѣстнымъ вещамъ, непосредственно поставленнымъ въ нераздѣльное распоряженіе націи“ [4]). Наконецъ Отто Майеръ выработалъ очень интересную теорію такъ называемой имъ публичной собственности. Однако, какъ замѣчаетъ де-Реси, выраженіе не точно, можно говорить о публичной собственности, но лишь подъ условіемъ признанія, что публичная собственность вовсе не является собственностью [5]).

По нашему мнѣнію, нельзя вовсе говорить о правѣ собственности, принадлежащемъ государству надъ вещами, образующими публичные домены. Соеди-

---

1) *Traité du domaine public*, 1844.

2) Ducrocq, *Droit administratif*, 7 изд., IV, стр. 89.

3) *Répertoire du droit administratif*, v⁰ *Domaine*, n⁰ 199.

4) Ср. въ томъ же смыслѣ Berthélemy, *Droit administratif*, 3 изд., 1905, стр. 409 и слѣд.

5) Otto Mayer, *Droit administratif*, франц. изд., 1905, стр. 87 и сл.

неніе этихъ двухъ идей является антиноміей. Кто говоритъ: вещь, входящая въ публичные домены, тотъ разумѣетъ,—вещь, служащая общественной пользѣ; кто называетъ вещь объектомъ собственности, тотъ говоритъ, что вещь изъята изъ общественнаго пользованія. Собственность есть изобрѣтеніе римскихъ юристовъ, имѣющее цѣлью создать юридическую охрану назначенія вещи частной пользѣ. Слѣдовательно, намъ кажется, не подлежитъ сомнѣнію, что государство вовсе не имѣетъ надъ составными частями своихъ публичныхъ доменовъ права собственности, даже ограниченнаго мнимой неотчуждаемостью и непогашаемостью.

Но значитъ ли это тогда, что оно имѣетъ надъ публичными доменами право власти, право суверенитета, согласно выраженію де-Реси? Нѣтъ, такъ какъ установлено, что право власти, или государственнаго суверенитета, можетъ существовать только по отношенію къ лицамъ, а не къ вещамъ. Оно есть право повелѣвать, а повелѣнія можно отдавать только лицамъ, а не вещамъ. Приведенное выше выраженіе Дюкрока, говорящаго, что государство имѣетъ подъ своей охраной и наблюденіемъ публичные домены, очевидно, рѣшительно ничего не объясняетъ. Чтобы понять положеніе государства по отношенію къ публичнымъ доменамъ, слѣдуетъ прочно держаться той мысли, что публичныя субъективныя права государства являются по самому существу своему правами власти и что права власти могутъ осуществляться только надъ лицами. Прочно усвоивши это, можно утверждать, что государство не обладаетъ надъ имуществами, входящими въ составъ публичныхъ доменовъ, бо́льшимъ территоріальнымъ суве-

ренитетомъ, чѣмъ надъ остальными частями государственной территоріи. Почему же тогда эти имущества поставлены въ спеціальное положеніе? Потому что для защиты ихъ служенія общественной пользѣ государство обладаетъ по поводу этихъ имуществъ правами особой власти надъ лицами, какими оно не располагаетъ по отношенію къ другимъ составнымъ частямъ національной территоріи. Это именно и выражаютъ, хотя въ темной и несовершенной формѣ, говоря, что государство охраняетъ публичные домены. Выраженіе охрана не является здѣсь точнымъ. Но важность не въ выраженіи, если только понимать, что этой формулой хотятъ обозначить, что государство обладаетъ надъ лицами особыми правами власти, когда дѣло идетъ объ охранѣ назначенія для общественной пользы вещей, входящихъ въ составъ такъ называемыхъ публичныхъ доменовъ.

Можно ли создать общую теорію публичныхъ доменовъ, т.-е., опредѣлить помощью общей и единой формулы совокупность особыхъ правъ власти, принадлежащихъ государству по поводу его публичныхъ доменовъ? По нашему мнѣнію, слѣдуетъ категорически отвѣтить: нѣтъ. Даже принимая во вниманіе одно только французское законодательство, находимъ, что законъ и обычай установили безконечно разнообразныя и безконечно сложныя правила для различныхъ частей публичныхъ доменовъ. Постигнуть истинный характеръ можно, только изучивъ одну за другой составныя части публичныхъ доменовъ, и руководясь при этомъ только что указанной общей идеей.

Мы не скрываемъ отъ себя, что наша доктрина публичныхъ доменовъ возбуждаетъ затрудненія, которыя осо-

бенно сказываются въ томъ, что на практикѣ составныя части публичныхъ доменовъ часто являются для государства источникомъ денежныхъ выгодъ. Это обстоятельство, повидимому, указываетъ на существованіе имущественнаго предназначенія, настоящей собственности. Разрѣшить затрудненіе можно только путемъ детальнаго изученія каждой составной части публичныхъ доменовъ, которое, очевидно, не можетъ быть сдѣлано здѣсь. Слѣдуетъ лишь замѣтить, что денежныя выгоды, извлекаемыя изъ публичныхъ доменовъ, состоятъ, главнымъ образомъ, въ платежахъ, уплачиваемыхъ концессіонерами публичныхъ доменовъ, что эти платежи можно разсматривать скорѣе какъ установленный налогъ, чѣмъ какъ арендную плату, и что установленіе налога вполнѣ совмѣстимо съ правомъ власти, осуществляемымъ государствомъ по поводу своихъ доменовъ.

Слѣдуетъ прибавить, что можетъ случиться также, что на ряду съ правомъ власти, принадлежащимъ государству по поводу вещи, назначенной для общественной пользы, существуетъ право собственности въ настоящемъ смыслѣ слова надъ этой вещью или надъ принадлежностью этой вещи, въ пользу иного, кромѣ государства, лица, или даже въ пользу самого государства. Это объясняетъ, съ одной стороны, положеніе вещей, принадлежащихъ, напримѣръ, общинамъ или просто частнымъ лицамъ, и вещей, предназначенныхъ для государственнаго общественнаго служенія, а также права государства на естественные плоды, принесенные составными частями публичныхъ доменовъ.

Теорія, принципъ которой мы формулировали, логически приводитъ къ такъ называемой неотчуждаемости и непогашаемости публичныхъ доменовъ. Это правило нигдѣ не было формулировано въ общемъ видѣ; оно, однако, является уже традиціоннымъ, и въ немъ можно усматривать опредѣленную обычную норму публичнаго права. Мы оставляемъ въ сторонѣ споръ о смыслѣ и значеніи введенія и статьи 8 закона 22 ноября 1790 г. Части публичныхъ доменовъ, поскольку онѣ предназначены для общественной пользы, не могутъ стать частной собственностью, такъ какъ это было бы прямымъ отрицаніемъ ихъ назначенія для общественной пользы и государство, въ силу своего права власти, можетъ устранить всякія претензіи частнаго лица, ссылающагося на отчу-

жденіе или на давность. Вотъ смыслъ, къ которому сводится все правило; оно очень просто и, кажется намъ, вовсе не должно возбуждать поднимаемаго иногда вопроса: зависитъ ли эта неотчуждаемость отъ неправоспособности государства или отъ устраненія этихъ вещей изъ оборота. Намъ кажется очень страннымъ говорить о неправоспособности государства.

Замѣтимъ, съ своей стороны, что проблема *территоріальнаго* моря, подобно публичнымъ доменамъ, должна рѣшаться согласно съ той же самой общей идеей. Задавались вопросомъ, какова природа правъ государства надъ своими территоріальными водами: одни говорили, что это право собственности, другіе—право сервитута, третьи—право суверенитета Безспорно, что это ни право собственности, ни право суверенитета; иначе это означало бы исключительное служеніе территоріальнаго моря одному субъекту права. Истина заключается въ слѣдующемъ: каждое прибрежное государство обладаетъ надъ лицами, находящимися на корабляхъ, пересѣкающихъ или плавающихъ въ его территоріальныхъ водахъ, извѣстныя права публичной власти, которыя опредѣляются международнымъ правомъ и которыя отличаются отъ правъ, принадлежащихъ государству надъ индивидами, находящимися на его земельной территоріи. Территоріальное море вовсе не является объектомъ права государства, оно есть лишь граница извѣстнаго права власти надъ лицами.

Не нужно смѣшивать *территоріальнаго* моря съ *національными* (заливы, рейды, гавани и порты, проливы, заключающіеся между двумя территоріями, принадлежащими одному и тому же государству), которое образуетъ, дѣйствительно, составную часть публичныхъ доменовъ разсматриваемаго государства [1]).

С. Суверенитетъ.

28. **Общее понятіе суверенитета.** — Господствующая доктрина, въ согласіи съ основными положеніями

---

[1]) Кромѣ раньше названныхъ сочиненій, относительно территоріи спр. E. Radnitzky, *Die rechtliche Natur des Staatsgebietes* въ *Archiv für öffent. Recht*, XX, 1905, стр. 313,

нашихъ конституцій, учитъ, что государство есть территоріальная корпорація, облеченная политической властью. Корпорація является государствомъ только при условіи обладанія политической властью надъ опредѣленной территоріей, другими словами, при возможности подчинять своей волѣ, какъ таковой, всякое лицо, находящееся на этой территоріи. Является ли эта политическая власть суверенитетомъ? Мы уже нѣсколько разъ употребляли слово суверенитетъ въ смыслѣ такъ понимаемой политической власти. Несомнѣнно, въ этомъ же смыслѣ пользовались этимъ словомъ авторы нашихъ конституцій, и въ этомъ же смыслѣ чаще всего оно употребляется на языкѣ публичнаго французскаго права. Но часто оно имѣетъ другіе смыслы, и, чтобы избѣжать смѣшеній, слѣдуетъ ихъ указать. Благодаря отчасти несоблюденію этой предосторожности возникли очень запутанные споры относительно характера суверенитета.

Слово *суверенитетъ* и слово *суверенъ* часто употребляются для обозначенія высшаго органа государства, понимаемаго, какъ органъ, отъ котораго непосредственно или посредственно берутъ свое начало всѣ остальные органы государства. Такъ говорятъ, что въ абсолютной монархіи монархъ является сувереномъ, или обладаетъ суверенитетомъ, такъ какъ отъ него прямо или косвенно происходятъ всѣ остальные органы государства. Точно такъ же говорятъ, что во Франціи въ настоящее время избирательный корпусъ является сувереномъ, потому что всѣ органы государства, всѣ его агенты создаются прямо или косвенно имъ. Суверенитетъ въ такомъ его пониманіи мы оставляемъ совершенно внѣ нашего раз-

смотрѣнія. Этотъ органъ, называемый сувереномъ, въ дѣйствительности осуществляетъ только власть государства; приписываемый ему суверенный характеръ опредѣляетъ только его отношенія къ остальнымъ органамъ разсматриваемаго государства, а вопросъ, кто является такимъ суверенным органомъ, разрѣшается конституціоннымъ закономъ страны.

Слова *суверенъ* и *суверенитетъ* употребляются еще для обозначенія характера какого-либо органа или агента, который, согласно положительному праву страны, постановляетъ рѣшенія, не подлежащія отмѣнѣ или, по крайней мѣрѣ, обжалованію. Говорятъ, что парламентъ во Франціи является сувереномъ, обладаетъ суверенитетомъ, потому что его рѣшенія, согласно французскому положительному праву, не допускаютъ никакого обжалованія. Такъ же опредѣляется положеніе кассаціоннаго суда и государственнаго совѣта, рѣшающаго по жалобамъ на администрацію (зак. 24 мая 1872 г., ст. 9), и апелляціонныхъ судовъ, еще иногда называемыхъ, подобно древнимъ парламентамъ, суверенными судами, такъ какъ ихъ рѣшенія не допускаютъ обжалованія. Понимая такъ вопросъ о суверенитетѣ, его обращаютъ въ простой вопросъ объ іерархіи различныхъ органовъ государства, — іерархіи, регламентированной положительными органическими законами этого государства и совершенно не относящейся къ общей теоріи государства.

Слово *суверенитетъ* очень часто употребляется въ терминологіи публичнаго международнаго права. Депанье слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ суверенитетъ въ международномъ правѣ: «Внѣшній суверенитетъ есть власть государства утверждать себя въ качествѣ независимаго юридическаго лица

по отношенію къ другимъ государствамъ» [1]). Такимъ образомъ суверенитетъ въ международномъ правѣ предполагаетъ, съ одной стороны, личность государства, требующую уваженія со стороны другихъ государствъ, и сверхъ того способность разсматриваемаго государства вступать въ юридическія отношенія съ другими государствами, не обращаясь къ представительству или разрѣшенію другого государства. Такимъ образомъ съ точки зрѣнія международнаго права такъ называемыя покровительствуемыя государства не обладаютъ суверенитетомъ, такъ какъ, несмотря на различіе существующихъ въ дѣйствительности формъ протектората, въ нихъ всегда повторяется слѣдующее отношеніе: покровительствуемое государство въ своихъ внѣшнихъ отношеніяхъ представляется государствомъ - протекторомъ, или же оно не можетъ заключить никакого международнаго акта безъ разрѣшенія государства-протектора [2]).

Въ нашу задачу вовсе не входитъ изученіе такого пониманія суверенитета. Ставился вопросъ о томъ, отличается ли понятіе суверенитета въ международномъ правѣ отъ понятія суверенитета въ правѣ внутреннемъ. Германскіе юристы, какъ Лабандъ, Еллинекъ, Ремъ, и нѣкоторые французскіе авторы, напр., Моро, склонны, повидимому, считать понятіе суверенитета *единымъ* и полагать, что государство не можетъ, напр., обладать внутреннимъ суверенитетомъ, не имѣя его во внѣ. Наоборотъ, французскіе интернаціоналисты различаютъ обыкновенно суверенитетъ *внутренній* и суверенитетъ *внѣшній* [3]). Намъ нѣтъ необходимости высказываться по этому вопросу. Мы попытаемся опредѣлить понятіе внутренняго суверенитета, какимъ онъ намъ представляется въ положительномъ французскомъ правѣ, а послѣ этого отвѣтъ на вопросъ получится самъ собою.

Все выше сказанное показываетъ, что для опредѣленія понятія суверенитета совершенно не слѣдуетъ разсматривать той или другой формы госу-

---

[1]) Despagnet, *Droit intern. public*, 3 изд., 1905, стр. 82.

[2]) Despagnet, *Essai sur les protectorats*. 1896.

[3]) Despagnet, *op. cit.*, стр. 82.

дарства, того или другого государственнаго органа, но нужно обратиться къ государству, взятому въ себѣ самомъ, какъ юридическое лицо, какова бы ни была его форма и каковы бы ни были его органы. Съ другой стороны, мы разсматриваемъ суверенитетъ исключительно во внутреннихъ отношеніяхъ государства, т.-е. въ его отношеніяхъ съ находящимися на его территоріи индивидуальными и коллективными лицами.

Во французской доктринѣ, которая, какъ извѣстно, является точнымъ выраженіемъ нашего положительнаго права, внутренній суверенитетъ есть просто публичная власть, и такимъ образомъ суверенитетъ является самимъ элементомъ государства съ точки зрѣнія его внутренняго строенія. Если въ международныхъ отношеніяхъ могутъ существовать несуверенныя государства, то имъ совершенно нѣтъ мѣста въ правѣ внутреннемъ, такъ какъ, по самому опредѣленію своему, государство облечено властью повелѣвающею, а суверенитетъ и есть именно эта повелѣвающая власть. Подлежитъ анализу суверенитетъ именно въ такомъ пониманіи, потому что это понятіе не такъ просто, какъ это можетъ казаться на первый взглядъ.

Въ теченіе долгаго времени это понятіе суверенитета, какъ повелѣвающей власти государства, почти единодушно принималось во Франціи и въ другихъ странахъ подъ вліяніемъ Ж. Ж. Руссо и Революціи. Но ему пришлось столкнуться съ нѣкоторыми современными политическими фактами, именно съ федерализмомъ и протекторатомъ, которые трудно укладываются въ традиціонныя рамки суверенитета. И вотъ тогда нѣкоторые юристы, особенно

въ Германіи, стали учить, ссылаясь на историческіе прецеденты и на первоначальный смыслъ слова суверенитетъ, что суверенитетъ есть не самая политическая власть, а лишь извѣстный характеръ этой политической власти, и такимъ образомъ можетъ существовать политическая власть безъ суверенитета, а слѣдовательно, могутъ существовать и настоящія государства, не обладающія суверенитетомъ, несуверенныя государства.

Мы возвратимся еще (§ 31) къ этой теоріи. Она пока слабо проникла во французскую доктрину. Кромѣ того, она, несомнѣнно, противорѣчитъ принципамъ нашего публичнаго права. Суверенитетъ, о которомъ говорятъ наши конституціи и наши декларації правъ въ уже приводившихся статьяхъ [1]), понимается, какъ политическая власть, какъ повелѣвающая власть государства; это пониманіе суверенитета и подлежитъ нашему анализу.

29. **Анализъ суверенитета, понимаемаго, какъ повелѣвающая власть государства.** — Опредѣленія, даваемыя суверенитету, весьма многочисленны. У каждаго писателя есть свое собственное опредѣленіе. Мы не станемъ давать новаго; наша цѣль заключается въ анализѣ внутренней природы суверенитета, наблюдаемаго въ своихъ различныхъ проявленіяхъ. Такимъ образомъ, быть-можетъ, намъ удастся опредѣлить его истинную природу.

Вотъ, въ качествѣ указанія, опредѣленіе, даваемое Эсменомъ: «Государство есть субъектъ и опора публичной власти.

---

[1]) Именно Декларація правъ 1789 г., ст. 3; конст. 1791 г., тит. III, введ., ст. 1; Декларація правъ 1793 г., ст. 23, 25; конст. 1793 г., ст. 7; Декларація правъ III года, ст. 17 и 18; конст. III года, ст. 2; конст. 1848 г., ст. 1 и 18.

Эта власть, *естественно* не признающая надъ собой высшей или конкурирующей власти въ отношеніяхъ, которыми она управляетъ, называется суверенитетомъ. Она обладаетъ *двумя сторонами:* внутреннимъ суверенитетомъ, или правомъ повелѣвать всѣмъ гражданамъ, составляющимъ націю, и даже всѣмъ, кто обитаетъ на національной территоріи. Суверенитетъ есть существенное свойство государства» [1]).

Принимая суверенитетъ въ смыслѣ повелѣвающей власти государства, какъ фактъ, и наблюдая его проявленія во внѣ, мы видимъ, что онъ слагается изъ трехъ слѣдующихъ элементовъ. Суверенитетъ есть: 1) власть хотѣть; 2) власть повелѣвать; 3) независимая власть повелѣвать.

1. *Суверенитетъ есть власть хотѣть.* — Быть-можетъ, было бы точнѣе сказать, что суверенитетъ есть воля лица, образуемаго территоріальной корпораціей, снабженной правительствомъ, и являющагося государствомъ, поскольку оно облечено извѣстными полномочіями. Во французскомъ представленіи первоначальный суверенитетъ принадлежитъ коллективности, націи; это значитъ, что нація и до организаціи своей въ государство есть лицо, обладающее волей, и эта воля является суверенной. Въ силу остающагося не объясненнымъ явленія, когда нація организуется въ государство, эта національная воля сообщается государству, хотя ея сущность и остается за націей. Проще говоря, нація не различается отъ государства, которое является организованной націей, утвердившейся на опредѣленной территоріи, суверенитетъ же есть воля государства-націи. Суверенитетъ является для государства-личности тѣмъ же, чѣмъ воля для индивида - личности.

---

[1]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., 1906 г., стр. 1.

Пониманіе суверенитета, какъ воли государства, проникаетъ весь *Общественный договоръ* Ж. Ж. Руссо; во всѣхъ главахъ этого сочиненія рѣчь идетъ объ общей волѣ. Нѣмецкій писатель Герберъ прекрасно выразилъ это воззрѣніе: «Власть государства есть воля моральнаго организма, разсматриваемаго, какъ личность» [1]). Подобно Руссо, наши учредители видѣли въ законѣ преимущественное выраженіе суверенитета. Идея, что законъ есть самая воля общества, *совокупнаго я*, созданнаго общественнымъ договоромъ, является одной изъ господствующихъ идей знаменитой книги. Отсюда же происходитъ формула, постоянно повторявшаяся въ дебатахъ Собранія 1789 г.: «законъ есть воля управляемыхъ», и опредѣленія, даваемыя въ ст. 6 Декларациіи правъ 1789 г.: «законъ есть выраженіе общей воли»; въ ст. 4 Декларациіи правъ 1793 г.: «законъ есть свободное и торжественное выраженіе общей воли» и въ ст. 6. Декларациіи правъ III года: «законъ есть общая воля, выражаемая большинствомъ гражданъ или ихъ представителей».

Изъ пониманія суверенитета, какъ власти государства хотѣть, вытекаетъ, что онъ этимъ самымъ разсматривается, какъ субъективное право, носителемъ котораго является государство. Во всякомъ случаѣ, мы вынуждены всегда сводить понятіе субъективнаго права къ понятію власти хотѣть (см. выше § 1). Какое бы основаніе ни давать субъективному праву, о лицѣ можно сказать, что оно обладаетъ субъективнымъ правомъ только тогда, когда оно дѣйствительно можетъ хотѣть опредѣленной вещи и когда воля, выраженная въ силу этой власти, обязательна, какъ таковая, для другихъ воль. Именно, въ такихъ чертахъ и представляется намъ суверенитетъ. Слѣдовательно, это есть субъективное право, носителемъ котораго является государство.

---

[1]) Gerber, *Staatsrecht*, 3 изд., 1880 г., стр. 19.

Этотъ характеръ публичной власти, разсматриваемой, какъ субъективное право государства - лица, признанъ большинствомъ юристовъ, работающихъ теперь по публичному праву. Въ Германіи Гербером[1]), Еллинекомъ[2]), Лабандомъ[3]) и Ремомъ[4]); въ Италіи—Орландо[5]); во Франціи—Эсменомъ[6]) и Оріу[7]). Бертелеми, слѣдуя въ этомъ отношеніи Дюкроку, не допускаетъ этой идеи и противопоставляетъ государство-власть государству - лицу, которое одно является носителемъ правъ, т.-е. правъ имущественныхъ[8]). Къ сожалѣнію, авторъ не развиваетъ своихъ мыслей по этому вопросу.

Изъ понятія суверенитета, какъ субъективнаго права многіе писатели выводятъ то заключеніе, что онъ долженъ конструироваться согласно пріемамъ юридической діалектики. Изъ него выводятъ также и другое заключеніе, что государство, будучи субъектомъ права, можетъ и должно быть, въ свою очередь, субъектомъ обязанностей, что если оно можетъ своей волей ограничивать другую волю, то и его воля можетъ быть ограничена правомъ другой воли. Въ какой мѣрѣ и какъ? Здѣсь не мѣсто изслѣдовать эти вопросы. Но слѣдуетъ повторить (ср. § 16), что если государство разсматривается, какъ субъектъ права, а его суверенитетъ, какъ власть хотѣть, т.-е. какъ субъективное право, то оно входитъ этимъ самымъ въ область права; оно становится,

---

[1]) Gerber, *Staatsrecht*, 3 изд., 1880.

[2]) Jellinek, *System der subjectiven Rechte*, 1893 и 1905.

[3]) Laband, *Droit public*, франц. изд., I, 1900.

[4]) Rehm, *Staatsrecht* въ *Handbuch* Маквардсена, 1900.

[5]) Orlando, *Principes de droit public* (переводъ Bouyssy и Mestre), 1902. Ср. Forti, *Jl realismo nel diritto publico*, 1903—очень важный трудъ, въ которомъ авторъ взялъ на себя трудъ детально обсудить рѣшенія, предложенныя въ нашей книгѣ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 —и Biglioti, *Diritto internazionale e diritto costituzionale*, 1904. См. также Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates*, 1905; Affolter, *Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staats*, *Archiv für öffent. Recht*, XX, 1905, стр. 374.

[6]) Esmein, *Droit const.*, 4 изд., 1906.

[7]) Hauriou, *Droit administ.*, 5 изд., 1903.

[8]) Berthélemy, *Droit administ.*, 3 изд., стр. 45.

согласно нѣмецкому выраженію, *правовымъ государствомъ*, (*Rechtsstaat*), и публичное объективное право является, какъ всякое объективное право, совокупностью правилъ, управляющихъ волями и въ частности волей государства.

2. *Суверенитетъ есть власть повелѣвать.*—Государство обладаетъ властью хотѣть и эту свою волю дѣлать обязательной. Эта власть принадлежитъ всякому субъекту права, проявляющему свою волю въ границахъ своей юридической сферы. Всякое индивидуальное и коллективное лицо можетъ дѣлать свою волю обязательной для другихъ воль, когда оно желаетъ того, что ей юридически предоставлено хотѣть. Государство обладаетъ этою властью; но оно располагаетъ большимъ, чѣмъ эта власть: оно имѣетъ власть дѣлать свою волю обязательной, какъ волю повелѣвающую. Проявленія его воли носятъ повелительный характеръ; они являются приказами.

Носятъ ли проявленія государственной воли всегда повелительный характеръ, или обладаютъ они имъ подъ условіемъ возникновенія въ границахъ права, — этотъ вопросъ будетъ изслѣдованъ нами ниже и не входитъ въ разсмотрѣніе сюда [1]).

Повелѣніе, приказъ предполагаютъ высшую волю, обращающуюся къ волѣ низшей. Приказъ есть односторонній юридическій актъ. Однако существуетъ много одностороннихъ юридическихъ актовъ, не являющихся приказами. Односторонній актъ, не являющійся приказомъ, можетъ произвести правовое дѣйствіе; но тогда это происходитъ не потому, чтобы воля лица, совершающаго актъ, стояла надъ другими волями, а потому, что она выражается въ границахъ своей юридической способности и ради цѣли, признанной объективнымъ правомъ законной. Наоборотъ, въ приказѣ заключается воля, которая

[1]) См. ниже, гл. IV, *Государство и право.*

повелѣваетъ и которая по своему существу является стоящей надъ волями, къ которымъ она обращается.

Установивши это, говорятъ, что воля государства стоитъ надъ другими волями, находящимися на его территоріи, что она является волей повелѣвающей, что она есть не только юридическая *воля*, но и юридическая *власть*. Такова она потому, что воля государства по самой своей природѣ стоитъ надъ всякой другой индивидуальной или коллективной волей, находящейся на его территоріи.

Почему воля государства является стоящей надъ другими волями, находящимися на его территоріи? Эта проблема извѣстна подъ именемъ проблемы происхожденія суверенитета. Въ §§ 9 — 13 указаны различныя доктрины, предложенныя по этому вопросу, являющемуся, откровенно говоря, неразрѣшимымъ, а также и та точка зрѣнія, на которую, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ стать.

Это пониманіе суверенитета, какъ повелѣвающей власти государства, возбуждаетъ въ своемъ приложеніи очень большія затрудненія. Если воля государства, какъ говорятъ, является по самой природѣ своей властью, суверенитетомъ, она никогда не можетъ потерять этого характера. Государство, по крайней мѣрѣ, на своей территоріи можетъ всегда выступать только какъ публичная власть, и всѣ акты, осуществляемые отъ имени государства, должны быть актами публичной власти, т.-е. актами односторонними и содержащими повелѣніе обязательное, какъ таковое.

А между тѣмъ всѣ эти положенія абсолютно противорѣчатъ фактамъ. Постоянно случается, что государство дѣйствуетъ не въ качествѣ публичной власти и совершаетъ акты, не имѣющіе характера повелѣній. Достаточно указать на многочисленные договоры, заключаемые государствомъ съ индивидуальными и коллективными лицами. Мы не говоримъ о международныхъ соглашеніяхъ, носящихъ черты спеціальнаго характера. Государство вступаетъ въ переговоры съ другимъ государствомъ; здѣсь обнаруживается международный суверенитетъ; въ отношенія вступаютъ два

суверенныхъ и равныхъ лица. Мы имѣли въ виду только договоры внутренняго права. Какимъ образомъ государство, которое, по самому своему опредѣленію, является властью, можетъ быть связано договоромъ, и не перестаетъ ли оно, благодаря этому, быть публичной властью?

Проблема не ускользнула совершенно отъ вниманія публицистовъ, и они постарались дать ей разрѣшеніе.

Доктрина, пользовавшаяся до послѣдняго времени въ Германіи большимъ кредитомъ, разрѣшаетъ затрудненіе, говоря, что государство является *единымъ*, но *единымъ* въ двухъ лицахъ, во-первыхъ, лицомъ публичной власти, дѣйствующимъ путемъ повелѣнія, а во-вторыхъ, лицомъ *фискальнымъ* (*fiscus*), которое вовсе не облечено публичною властью и совершаетъ обыкновенные юридическіе акты, именно договоры, нисколько не носящіе характера повелѣній [1]). Если трудно уже доказать, что государство образуетъ лицо, то еще труднѣе, если не совершенно невозможно, установить, что оно образуетъ ихъ два. Тутъ заключалось бы таинство двойственности, объяснить которое было бы совершенно невозможно. Это понятіе государства, представляемаго какъ *фискъ*, есть ничѣмъ не оправдываемый пережитокъ патримоніальныхъ воззрѣній на суверенитетъ.

Во Франціи эта теорія никогда не пользовалась большимъ кредитомъ. Разрѣшая проблему, Оріу учитъ, что государство есть юридическая личность, но личность съ *двойнымъ дѣйствіемъ* (*à double effet*), къ которому слѣдуетъ относить пользованіе частными правами и пользованіе правами публичной власти [2]). Въ предшествующихъ изданіяхъ своего руководства Оріу пользовался выраженіемъ *двусторонняя личность* (*personnalité à double face*). Этимъ же выраженіемъ пользуется Мишу [3]). Мишу формулировалъ свои идеи въ книгѣ *La théorie de la personnalité morale*, 1905. Онъ пишетъ: «государство, какъ публичная власть, и государство, какъ юридическое лицо

---

[1]) Ср. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuche*, 1899; герм. гражд. улож., ст. 89.

[2]) *Droit administratif*, 5 изд., 1903, стр. 372.

[3]) *La responsabilité de l'Etat, Revue du droit public*, 1895, II, стр. 2.

частнаго права, образуютъ одного и того же субъекта права... Въ области договора недопустимо, чтобы государство могло въ качествѣ публичной власти нарушать безъ вознагражденія договоръ, заключенный государствомъ, какъ частнымъ лицомъ. Два акта, договоръ и актъ авторитета, совершены во имя одного коллективнаго интереса и, слѣдовательно, за счетъ одного и того же лица... Безъ сомнѣнія, можетъ быть полезнымъ съ нѣкоторыхъ точекъ зрѣнія различать въ государствѣ *двѣ стороны его личности*, и мы сами постараемся сдѣлать это позднѣе»[1])... Эта личность съ *двойнымъ дѣйствіемъ* и съ *двумя сторонами* всегда казалась намъ столь же загадочной, какъ и двойная личность германскихъ юристовъ.

Еллинекъ, не допускающій доктрины фиска, излагаетъ цѣлую теорію договоровъ государства, которую можно резюмировать слѣдующимъ образомъ. Несомнѣнно, государство можетъ, въ силу своего *imperium*, обязывать къ взносамъ, но это право имѣетъ предѣлъ; въ силу *признанія отрицательнаго статута* подданныхъ государства возникаетъ съ необходимостью область, въ которой государство и индивидъ являются не зависящими другъ отъ друга въ предѣлахъ существующаго юридическаго порядка. Если государство хочетъ воспользоваться отрицательнымъ статутомъ индивида, не измѣняя существующаго порядка, договоръ является для этого единственнымъ юридическимъ средствомъ [2]). Эта доктрина не разрѣшаетъ проблемы. По мысли автора, *отрицательный статутъ*, статутъ свободы, созданъ лишь волей государства. А это значитъ, что государство въ силу способности самоопредѣленія и самоограниченія опредѣляетъ случаи, гдѣ оно будетъ дѣйствовать путемъ повелѣній, и случаи, гдѣ оно можетъ вступать лишь на путь договора. И безъ обсужденія теоріи самоограниченія, намъ представляется яснымъ, что она не объясняетъ, какимъ образомъ государство, заключившее договоръ, можетъ быть связано этимъ договоромъ, не переставая быть суверенной властью.

Индивидуалистическое представленіе, господствующее еще въ положительномъ французскомъ правѣ и во французской

---

[1]) Стр. 271, 272 и 276.

[2]) Jellinek, *System*, 1905, стр. 203 и слѣд.;—ср. ibid., стр. 8, опредѣленіе *отрицательнаго статута*.

доктринѣ, является удовлетворительнымъ объясненіемъ обязательнаго характера договоровъ государства. Вслѣдствіе существованія неприкосновенныхъ правъ, принадлежащихъ индивиду, существуетъ область, гдѣ государство не можетъ выступать, какъ власть повелѣвающая, а потому, если государство вступаетъ въ подобную область оно можетъ это сдѣлать только, какъ лицо равное тому, съ кѣмъ оно вступаетъ въ отношенія; слѣдовательно, оно вступаетъ тогда на путь договора и этотъ договоръ обязываетъ его потому, что иначе было бы сдѣлано посягательство на права индивида, которыя государство должно уважать. Это разсужденіе является безспорно правильнымъ, по крайней мѣрѣ, если допускать индивидуалистическое воззрѣніе. Однако, даже разсуждая съ такими предположеніями, намъ кажется, оставляютъ не выясненнымъ, какимъ образомъ государство можетъ переставать въ извѣстные моменты быть властью повелѣвающею. Индивидуалистическая доктрина позволяетъ установить ограниченіе государственнаго суверенитета, но она совершенно не объясняетъ, какимъ образомъ государство, которое по природѣ и по опредѣленію своему является властью, можетъ переставать быть ею въ опредѣленный моментъ.

3. *Суверенитетъ есть независимая власть повелѣвать.*—Съ самаго начала слѣдуетъ избѣжать одного смѣшенія понятій. Нѣкоторые авторы полагаютъ, что суверенитетъ есть право, принадлежащее государству, — и только ему одному, — формулировать общій или индивидуальный приказъ, безъ всякихъ ограниченій и какихъ-либо границъ, и что всякое повелѣніе, исходящее отъ государства, обладаетъ юридическимъ значеніемъ, какова бы ни была область, которой оно касается, и каково бы ни было его содержаніе. Въ Германіи Зейдель[1]) неоднократно писалъ, что не существуетъ права, стоящаго выше или на ряду

---

[2]) Seydel, *Grundzüge*, 1873, именно стр. 14.

съ сувереномъ; право существуетъ только благодаря суверену (*Herrscher*). Для политической власти, говорили, существуютъ границы фактическія, политическія, моральныя, но нѣтъ вовсе границъ юридическихъ, и это именно обстоятельство дѣлаетъ государственную власть суверенной [1]).

На эти разсужденія было сдѣлано очень справедливое замѣчаніе о смѣшеніи суверенитета съ произволомъ. Эсменъ совершенно справедливо говоритъ въ своемъ опредѣленіи суверенитета: «Эта власть, которая не признаетъ надъ собой высшей или конкурирующей власти *въ отношеніяхъ, которыя она регулируетъ*»... Да, существуютъ отношенія, которыя свободны отъ власти государства; существуетъ область, на которую власть государства не можетъ юридически простираться; и существованіе этой области вовсе не приводитъ къ тому, чтобы власть государства перестала быть властью суверенной. Какимъ образомъ опредѣляется эта область? Не въ этомъ заключается теперь вопросъ. Безразлично, допускать ли, что эту область образуютъ естественныя, индивидуальныя права, которыхъ государство не можетъ нарушить, а лишь можетъ ограничить въ извѣстной мѣрѣ; или допустить, подобно намъ, что та область, которая избѣгаетъ дѣйствія государства, опредѣляется принципомъ общественной солидарности; или полагать вмѣстѣ съ Іерингомъ и Еллинекомъ, что та область, куда не можетъ вступать государство, опредѣляется самимъ государствомъ въ силу его *самоограниченія*. Важно хорошо усвоить, что существуетъ область, которая всегда свободна отъ дѣй-

---

1) См. именно Saripolos, *L'élection proportionnelle*, I стр. 276.

ствія государства; что назвать суверенитетъ *независимой* властью хотѣть еще не значитъ сказать, что онъ есть *неограниченная* власть хотѣть. Суверенитетъ государства есть право, и, какъ всякое право, онъ можетъ осуществляться только въ извѣстныхъ юридическихъ границахъ. Нужно, слѣдовательно, сначала предположить, что мы находимся въ области дѣйствія государства, а потомъ, предположивши это, опредѣлить, въ чемъ состоитъ та *независимость*, которая дѣлаетъ принадлежащую государству власть повелѣвать властью суверенной.

Самое собою разумѣется, что воля государства есть воля, которая повелѣваетъ и которая обязательна для индивидуальныхъ и коллективныхъ воль, находящихся на національной территоріи, потому что она является волею высшею по сравненію съ ними. Но установивши это, можно представить: 1) что воля, которая повелѣваетъ и которая обязательна, какъ таковая, отдаетъ свои приказы только потому, что она сама получаетъ соотвѣтствующій приказъ; 2) что, говоря вообще, область, въ которой можетъ дѣйствительнымъ образомъ обнаруживаться повелѣвающая воля, можетъ быть расширена или сужена другой волей; что повелѣвающая воля не обладаетъ, пользуясь нѣмецкимъ выраженіемъ, *компетенціей компетенціи*. Однимъ словомъ, можно представить, что коллективная воля является волей повелѣвающей, но что другая воля, помимимо нея, опредѣляетъ повелѣнія, отдаваемыя ею. Такая воля, хотя и является по природѣ своей стоящей надъ другими волями, и хотя въ силу этого превосходства и обладаетъ властью повелѣвать, тѣмъ не менѣе, не есть воля суверенная и по этому самому не есть воля государственная.

Примѣръ французской общины прекрасно пояснитъ смыслъ этого положенія. Французская община есть коллективное лицо съ принадлежащей ему собственной территоріей; она обладаетъ органами, меромъ и муниципальнымъ совѣтомъ, обязанными представлять ее и выражать ея волю. Эта воля стоитъ надъ индивидуальными и коллективными волями, находящимися на коммунальной территоріи; въ силу этого превосходства община обладаетъ правами публичной власти, именно, она является носительницей права коммунальной полиціи. Въ настоящее время почти единогласно признается, что меръ при осуществленіи своихъ полицейскихъ функцій является агентомъ общины [1]). Община можетъ устанавливать извѣстные налоги по рѣшенію муниципальнаго совѣта, подлежащему исполненію безъ всякаго контроля [2]). И тѣмъ не менѣе французская община не является суверенной коллективностью. Представивъ эти права публичной власти общины еще болѣе широкими, нельзя было бы признать ее суверенной коллективностью. Причина этого заключается въ томъ, что община не сама опредѣляетъ область, въ которой можетъ осуществляться ея повелѣвающая дѣятельность, что эта область опредѣляется волею, стоящею надъ ней, волею государственной коллективности, составную часть которой образуетъ коммунальная коллективность. Сверхъ того, воля государства можетъ, конечно, обязывать общину принимать извѣстныя рѣшенія, относящіяся къ осуществленію правъ публичной коммунальной власти, напримѣръ, къ осуществленію правъ полиціи. Такимъ образомъ,

---

[1]) Зак. 5 апр. 1884 г., ст. 91; ср. Cons. d'État, 1 іюня 1902 г., S., 1902, III, 81.

[2]) Зак. 5 апр. 1884 г., ст. 139.

напримѣръ, согласно выраженію ст. 99 зак. 5 апр. 1884 г., префектъ, отъ имени государства, можетъ предписать меру общины принять извѣстныя полицейскія мѣры, въ противномъ же случаѣ префектъ принимаетъ ихъ самъ. Повинуясь полицейскому приказу, отданному при такихъ условіяхъ, я повинуюсь приказу коммунальной коллективности; осуществленіе коммунальной полиціи остается всегда осуществленіемъ права публичной власти, принадлежащаго общинѣ; но община, формулируя этотъ полицейскій приказъ, дѣйствуетъ не по своей собственной волѣ, а лишь сообразуется съ приказомъ высшей воли; и потому она не является суверенной.

Такимъ образомъ коллективность, которая хотя и безспорно обладаетъ властью повелѣвать и даже на дѣлѣ располагаетъ силою, чтобы требовать повиновенія своимъ приказамъ, но, формулируя свои приказы, не руководится всегда своей собственной волей, — такая коллективность не является суверенной коллективностью, государствомъ. Коллективность бываетъ суверенной только въ томъ случаѣ, когда она всегда руководится своей собственной волей, т.-е. когда она сама устанавливаетъ границы области, въ которой она можетъ повелѣвать, и когда отдаваемый ею приказъ никогда не вызывается волею, стоящею надъ ней, но отдается исключительно потому, что она хочетъ его отдать. Эту именно идею и хотятъ выразить писатели, которые опредѣляютъ суверенную волю, какъ волю, опредѣляющуюся исключительно сама собой. Это также хотятъ выразить, когда говорятъ, что суверенитетъ обладаетъ одновременно положительнымъ и отрицательнымъ характерами. *Положительный* ха-

рактеръ: суверенитетъ есть воля, которая, какъ таковая, обладаетъ властью повелѣвать. *Отрицательный* характеръ: суверенитетъ есть воля, которой никогда не повелѣваетъ другая воля.

Итакъ, суверенитетъ есть воля государства-лица, которое обладаетъ самостоятельною властью повелѣвать независимо отъ всякой другой воли.

30. **Выводы изъ изложенной теоріи суверенитета.**—Изъ такого пониманія суверенитета вытекаетъ цѣлый рядъ выводовъ, большая часть которыхъ была ясно формулирована въ нашихъ конституціяхъ. Это доказываетъ, что только что изложенная теорія суверенитета и является той, которая была усвоена нашими законодателями учредителями.

1. *Суверенитетъ единъ.* — Таковы именно выраженія ст. 1 введенія титула III конституціи 1791 г., ст. 25 Декларації 1793 г. Это значитъ, что на одной и той же территоріи можетъ существовать лишь одинъ суверенитетъ и что одно и то же лицо можетъ быть подчинено только одному суверенитету. На французской территоріи можетъ существовать одинъ лишь суверенитетъ, и лица, находящіяся на французской территоріи, могутъ быть подчинены только одному суверенитету. Предположимъ, въ самомъ дѣлѣ, въ цѣляхъ анализа, что одинъ и тотъ же индивидъ подчиненъ двумъ волямъ, называющимъ себя суверенными, и что эти двѣ воли отдаютъ ему противорѣчивыя повелѣнія. Въ виду этого противорѣчія, разсматриваемый индивидъ или не будетъ обязанъ повиноваться ни той, ни другой волѣ; тогда ни одна, ни другая не будетъ волею суверенною. Или, наоборотъ, индивидъ будетъ обязанъ повиноваться повелѣніямъ одной воли и, слѣдовательно,

не повиноваться повелѣнію другой воли, противорѣчащей первой. Тогда одна изъ повелѣвающихъ воль не будетъ въ состояніи осуществить своего приказа, такъ какъ приказъ, отданный другою, будетъ стоять надъ нею, и только этому приказу обязанъ повиноваться управляемый. Такимъ образомъ одна изъ повелѣвающихъ воль не является волею независимой, такъ какъ ей оказывается повиновеніе, лишь при условіи соотвѣтствія ея приказовъ съ повелѣніями другой воли; она, слѣдовательно, лишена суверенитета, и изъ двухъ разсматриваемыхъ воль только одна является суверенной.

На одной и той же территоріи можетъ существовать только одна суверенная воля. Мы уже раньше (см. *исключительность* территоріи, § 25) пришли къ аналогичному выводу, исходя изъ идеи, что территорія является элементомъ личности государства. Теперь мы приходимъ къ тому же выводу, исходя только изъ понятія суверенитета и совершенно отвлекаясь отъ территоріи, понимаемой, какъ субъективный элементъ государства. Если оставить въ сторонѣ субъективный характеръ территоріи и допустить, подобно намъ (ср. § 26), что территорія является границей повелѣвающей власти государства, т.-е. указываетъ лицъ, на которыхъ простирается эта власть, то все-таки приходится возвратиться къ только что высказанной гипотезѣ и еще разъ повторить: на одной и той же территоріи не могутъ сосуществовать двѣ или нѣсколько суверенныхъ воль, потому что люди, населяющіе эту территорію, не могутъ быть подчинены двумъ или нѣсколькимъ суверенитетамъ.

Если, наоборотъ, считать вмѣстѣ съ нѣкоторыми авторами, что территорія служитъ самымъ объектомъ суверенитета, то одна и та же территорія не можетъ быть объектомъ двухъ суверенитетовъ, такъ какъ суверенитетъ есть абсолютное превосходство, неспособное ни къ увеличенію ни къ уменьшенію, и изъ всѣхъ воль, которыя обнаруживаются на данной территоріи, только одна можетъ носить такой характеръ. И дѣйствительно, если бы одна и та же территорія была подчинена двумъ суверенным волямъ и проявленія ихъ были бы противорѣчивы, то или ни одна не была бы обязательной для другой, и тогда ни одна не была бы суверенной, или проявленіе одной воли было бы обязательнымъ въ ущербъ другой, которая была бы вынуждена уступить и, слѣдовательно, перестала бы быть суверенной.

2. *Суверенитетъ недѣлимъ.*—Принципъ недѣлимости суверенитета былъ провозглашенъ уже Ж. Ж. Руссо въ *Общественномъ договорѣ,* въ кн. III, гл. II, на томъ основаніи, что суверенитетъ является не чѣмъ инымъ, какъ волею коллективнаго лица: всякая воля нераздѣльна, какъ и само лицо, служащее ея основой.

Начиная съ 1789 г., принципъ недѣлимости является своего рода догматомъ. Онъ торжественно провозглашенъ въ нѣсколькихъ нашихъ конституціяхъ: «Суверенитетъ... недѣлимъ. Онъ принадлежитъ націи; никакая часть народа и никакой индивидъ не можетъ приписывать себѣ его осуществленіе» [1]). «Суверенитетъ недѣлимъ» [2]).

---

[1]) Конст. 1791 г., тит. III, ст. I.

[2]) Декларація правъ 1793 г., ст. 25.

Изъ недѣлимости суверенитета вытекаетъ другая догма,—догма единой и нераздѣльной республики, провозглашенная Конвентомъ, 24 сентября 1792 г.: «Національный Конвентъ объявляетъ, что французская республика едина и недѣлима», и съ тѣхъ поръ провозглашаемая вновь всѣми нашими республиканскими конституціями вплоть до 1848 г.: конст. 1793 г., ст. 1; III г., ст. 1; VIII г., ст. 1; 1848 г., введ., ст. II. и ст. 48. Правило о нераздѣльности республики является, впрочемъ, не столько выводомъ изъ недѣлимости суверенитета, сколько принципомъ республиканской организаціи суверенитета. Въ силу этого принципа ни въ какомъ государствѣ, и въ особенности государствѣ республиканскомъ, отдѣльное лицо, корпорація, подраздѣленіе народа не могутъ приписывать себѣ обладанія какою-либо частью суверенитета. Отсюда вытекаетъ прежде всего, что избиратель не можетъ утверждать, что онъ является носителемъ извѣстной доли суверенитета, что индивидъ-членъ націи не обладаетъ, какъ таковой, правомъ быть избирателемъ, и что законодатель можетъ опредѣлить условія, при которыхъ индивидъ долженъ быть избирателемъ [1]).

Изъ недѣлимости суверенитета и республики вытекаетъ также, что никакая коллективность не можетъ быть облечена какой-либо долей суверенитета, и что *федерализмъ*, находящійся въ противорѣчіи съ самой природой суверенитета, является противорѣчащимъ существеннымъ принципамъ французскаго публичнаго права. Извѣстна строгость, съ которой Конвентъ прилагалъ эти принципы, и какъ пали 31 мая 1793 г. жирондисты, обвиненные въ *федерализмѣ*.

[1]) См. развитіе этой идеи въ § 23.

Безспорно, существованіе въ странѣ территоріальныхъ коллективностей, отличныхъ отъ государства и облеченныхъ правами публичной власти, находится въ логическомъ противорѣчіи съ французскимъ представленіемъ объ единомъ и недѣлимомъ суверенитетѣ. Это противорѣчіе существуетъ не только въ тѣхъ случаяхъ, когда эти мѣстныя коллективности объявлены суверенными государствами, какъ штаты-члены Американскаго Союза или швейцарскіе кантоны, но даже и тогда, когда онѣ разсматриваются только какъ децентрализованные административные округи. Французская община (ср. § 29, n⁰ 3), согласно почти единодушно принятому теперь взгляду, обладаетъ правами публичной власти; права эти могутъ быть только частью, отдѣленной отъ національнаго суверенитета, а это противно принципу недѣлимости суверенитета. Справедливо говорятъ, что эти права уступлены государствомъ, которое всегда можетъ взять обратно уступленное. Въ этомъ нѣтъ сомнѣнія; но пока эта уступка существуетъ, суверенитетъ расчлененъ. Чтобы онъ не былъ таковымъ, община должна была бы осуществлять эти права власти, какъ органъ, какъ представитель, а единственнымъ носителемъ ихъ оставалось бы государство. Но это было бы совершенно обратно тому, что признается существующимъ во французскомъ правѣ. Короче говоря, такъ какъ суверенитетъ недѣлимъ, то логически на одной и той же территоріи единственнымъ лицомъ, могущимъ обладать правами публичной власти, является государство; на ней существуетъ и можетъ существовать только одно государство.

Иногда приходятъ къ заключенію, что недѣлимость суверенитета должна имѣть слѣдствіемъ единство народнаго представительства, т.-е. что въ логически построенной конституціи парламентъ, какъ учрежденіе, представляющее національную волю, долженъ слагаться только изъ одного собранія. Когда въ 1789, 1791 и 1848 гг. возникалъ вопросъ о двойственности парламента, то главный аргументъ, которымъ

---

1) По вопросу о суверенитетѣ въ федеративныхъ государствахъ см. §§ 31 и 32.

пользовались, особенно въ 1848 г., для установленія единства парламента, заключался въ слѣдующемъ: такъ какъ суверенитетъ *единъ* по своей сущности, то онъ можетъ быть только единымъ и въ своемъ представительствѣ [1]).

Этого аргумента, конечно, недостаточно для того, чтобы лишать страну безспорныхъ преимуществъ, представляемыхъ двойственностью парламента. Но въ то же время вполнѣ понятно, что эти доводы производятъ большое впечатлѣніе на умы, пристрастные къ логикѣ. Если дѣйствительно допустимо съ одной стороны, существованіе суверенной національной воли, а съ другой — представительство этой суверенной воли въ томъ смыслѣ, что чья-то другая воля занимаетъ мѣсто воли національной, то, подобно тому, какъ едина представляемая воля, точно такъ же должна быть единой и воля представляющая; какъ единъ прямой суверенитетъ, точно такъ же долженъ быть единъ и суверенитетъ въ своемъ представительствѣ [2]).

Послѣднее слѣдствіе, логически вытекающее изъ недѣлимости суверенитета, заключается въ невозможности создавать раздѣленіе властей.

Руссо хорошо понялъ это, и въ одномъ любопытномъ мѣстѣ онъ пишетъ: „Но наши политики, не имѣя возможности дѣлить суверенитетъ въ принципѣ, дѣлятъ его по его объекту; они раздѣляютъ его на форму и волю, на власть законодательную и исполнительную, на право налоговъ, правосудія и войны, на внутреннюю администрацію и на власть заключать договоры съ иностранными государствами; они то согласуютъ всѣ эти стороны, то раздѣляютъ ихъ. Они

---

1) Ср. докладъ Армана Марраста, докладчика конституціи 1848 года, въ *Moniteur*, отъ 31 августа 1848 года.

2) Ср. по вопросу о двухъ палатахъ § 56.

дѣлаютъ изъ суверена какое-то фантастическое существо, образованное изъ сборныхъ кусковъ, какъ если бы они слагали человѣка изъ нѣсколькихъ тѣлъ, изъ которыхъ одно имѣло бы глаза, другое—руки, третье—ноги и ничего болѣе. Говорятъ, японскіе фокусники на глазахъ у зрителей разрываютъ ребенка на части и бросаютъ въ воздухъ одинъ за другимъ всѣ его члены, а обратно падаетъ живое и вполнѣ собранное дитя. Почти таковы фокусническія продѣлки нашихъ политикановъ; расчленивъ соціальное тѣло какимъ-то ярмарочнымъ чудомъ, они вновь собираютъ куски неизвѣстно какъ“ [1]).

Руссо былъ абсолютно правъ. Раздѣленіе властей, какъ понимали его авторы декларації правъ 1789 года (ст. 16), конституціи 1791 года (ст. III, введ.), декларації правъ (ст. 22) и конституціи III года (ст. 45) и конституціи 1848 года (ст. 19), логически несовмѣстимо съ понятіемъ недѣлимаго суверенитета. Дѣйствительно, въ представленіи, которое стремились осуществить наши учредители, власти явились частями, оторванными отъ суверенитета и ввѣренными различнымъ органамъ, а не функціями только, отдѣльно отправляемыми различными органами отъ имени суверенитета, остающагося единымъ и недѣлимымъ. Три созданныхъ органа: парламентъ, глава государства и судебная власть не были только *облечены различными функціями*; они являлись *каждый носителемъ нѣкоторой доли суверенитета* и поэтому-то они и считались властями. Создавалось три суверена: одинъ—въ законодательной области, другой—въ исполнительной, третій—въ судебной. Только Кантъ былъ поистинѣ логиченъ, когда объявилъ, что въ *единомъ* суверенитетѣ заключаются три различныхъ суверенныхъ лица, совокупность которыхъ

---

[1]) *Contrat social*, кн. II, гл. II.

образуетъ, однако, только единое суверенное лицо, именно государство. Новая тайна Троицы, которой мы не беремся объяснить [1]).

Когда въ 1789—91 гг. хотѣли провозгласить принципъ раздѣленія властей, то различные ораторы, и въ частности Редереръ, сильно настаивали на томъ, что система трехъ властей находится въ полномъ противорѣчіи съ принципомъ недѣлимости суверенитета. Но эту теорію раздѣленія властей считали изложенной въ XI книгѣ *Esprit des lois* и провели ее, вопреки логическимъ аргументамъ Редерера [2]). Въ 1848 году возраженіе даже не ставилось, и современники не поняли, что если принципъ недѣлимости суверенитета, быть-можетъ, былъ нарушенъ уже введеніемъ второй палаты, то провозглашеніе и организація раздѣленія властей были гораздо болѣе тяжкимъ посягательствомъ на него. Логичными оказались одни члены учредительнаго собранія 1793 года, отвергшіе раздѣленіе властей и провозгласившіе, что „соціальная гарантія неосуществима *безъ яснаго опредѣленія въ законѣ границъ публичныхъ функцій*“ [3]).

3. Суверенитетъ неотчуждаемъ.— Всѣмъ извѣстно, что эту идею развилъ Руссо въ I главѣ II книги *Contrat social*, гдѣ мы обращаемъ вниманіе на слѣдующее мѣсто: «Такимъ образомъ я утверждаю, что суверенитетъ, будучи только осуществленіемъ общей воли, никогда не можетъ отчуждаться, и что суверенъ, являющійся существомъ только коллективнымъ, можетъ быть представленъ лишь самимъ собою: передаваться можетъ власть, но не воля». Авторъ *Contrat social* остался вѣрнымъ чистой логикѣ системы: суверенитетъ является личностью націи, насколько она

---

[1]) Kant, *Théorie du droit*, франц. изд., 1855 г., стр. 175 и 180.—Ср. ниже, § 54.

[2]) Рѣчь 10 августа 1791 г., *Archives parl.*, 1-я серія, XXIX, стр. 323.

[3]) Декларація правъ 1793 года, ст. 22.—Ср. Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893 и ниже, §§ 54 и 55.

надѣлена повелѣвающей волей; но очевидно, что личность не можетъ отчуждаться. Отчуждаясь, она исчезаетъ, перестаетъ быть личностью. Безъ сомнѣнія, суверенитетъ есть право, а право можетъ отчуждаться. Но суверенитетъ представляетъ собою право, сложившееся благодаря самому характеру личности, которая является его носителемъ. Такъ обстоитъ дѣло потому, что нація есть нація, обладающая суверенитетомъ, и, если бы она отчудила суверенитетъ, то исчезла бы, какъ нація. Другими словами, суверенитетъ является одновременно и нераздѣльно личностью націи и правомъ повелѣвать: нація не можетъ отчудить одно, не отчудивъ другого. Но такъ какъ личность націи неотчуждаема, то такъ же неотчуждаемъ и суверенитетъ.

Французскія конституціи очень ясно провозгласили принципъ неотчуждаемости суверенитета. Положеніе ст. 1 введенія въ разд. III конституціи 1791 года: «Суверенитетъ неотчуждаемъ» вновь появляется въ ст. 25 декларації правъ 1793 года, въ ст. 17 и 18 декларації III года и въ ст. 1 и 18 конституціи 1848 года. Учредители 1791 и 1793 гг., воспроизводя формулу Руссо, желали, подобно ему, выразить протестъ противъ доктринъ, предшествовавшихъ XVIII вѣку, которыя, провозглашая принципъ народнаго суверенитета, тѣмъ не менѣе, учили, что народъ можетъ отречься отъ своей власти въ пользу какого-нибудь государя, и особенно противъ доктрины Гоббеса, который, признавая за народомъ первоначальный суверенитетъ, тѣмъ не менѣе, приходилъ къ чистому деспотизму [1]). Съ другой стороны, утвержденіе неотчу-

---

[1]) Ср. выше, § 11.

ждаемости суверенитета предполагало полный отказъ отъ стараго представленія патримоніальнаго государства, гдѣ суверенитетъ является собственностью, въ принципѣ отчуждаемою подобно всякой собственности.

Руссо шелъ дальше и изъ неотчуждаемости суверенитета выводилъ, что онъ не можетъ быть и представляемъ. Учредители 1793 г. пытались на дѣлѣ осуществить хотя отчасти доктрину Руссо; но ихъ конституція не была примѣнена. Въ 1791 и 1848 гг., напротивъ, утверждали, что принадлежащій націи суверенитетъ не можетъ осуществляться иначе, какъ путемъ представительства. Система представительства подвергнется изученію ниже и тамъ же будетъ дано изслѣдованіе, противорѣчитъ ли представительство, какъ это утверждалъ Руссо, принципу неотчуждаемости суверенитета. (Ср. §§ 51—53).

4. *Суверенитетъ непогашаемъ.*—Тексты, только что приведенные въ предыдущемъ пунктѣ и провозглашающіе неотчуждаемость суверенитета, провозглашаютъ также и его непогашаемость; одна, очевидно, предполагается другою. Почему въ 1791 г. считали необходимымъ утверждать, что суверенитетъ не только неотчуждаемъ, но и непогашаемъ? Для того, чтобы окончательно порвать съ представленіемъ о патримоніальномъ государствѣ и прямо осудить доктрину нѣкоторыхъ юристовъ стараго режима, которые утверждали, что, хотя первоначальная публичная власть, быть-можетъ, и принадлежала народу, но короли, и въ частности короли французскіе, путемъ давностнаго владѣнія, пріобрѣли по давности право собственности на публичную власть.

Луазо именно писалъ: „Уже давно всѣ земные короли давностью пріобрѣли права собственности на суверенную власть“ [1]).

---

[1]) *Traité des offices*, кн. II, гл. II, n⁰ 28, Paris, 1640 г., стр. 128.

Такъ какъ суверенитетъ непогашаемъ, то правитель-узурпаторъ, фактически въ теченіе какого-нибудь времени лично или черезъ своихъ наслѣдниковъ осуществлявшій прерогативы суверенитета, вовсе не пріобрѣталъ его, какъ бы долго ни продолжалось это владѣніе. Узурпація остается узурпаціей. Если индивидъ фактически осуществляетъ прерогативы суверенитета, потому что на его сторонѣ перевѣсъ силы, то народъ все же остается сознательной и имѣющей волю личностью, а такъ какъ эта личность народа именно и представляетъ суверенитетъ, то послѣдній ненарушимо сохраняется въ народѣ.

Замѣчаніе.—Въ § 28 мы сказали, что возникаетъ вопросъ, совпадаетъ ли понятіе суверенитета во внутреннемъ правѣ съ понятіемъ суверенитета въ правѣ международномъ. Не стремясь дать вопросу твердаго рѣшенія, замѣтимъ только, что въ международномъ правѣ, какъ и въ правѣ внутреннемъ, суверенитетъ имѣетъ опорою утвердившуюся на извѣстной территоріи и организованную личность націи, однимъ словомъ, личность государства, и что эта личность требуетъ къ себѣ уваженія со стороны другихъ личностей. Только въ международныхъ отношеніяхъ она оказывается въ кругу подобныхъ ей суверенныхъ личностей, и возникающія при этомъ юридическія отношенія представляютъ отношенія между равными личностями. Наоборотъ, во внутреннемъ правѣ государство-личность состоитъ въ отношеніи съ личностями, по природѣ стоящими ниже его, и возникающія при этомъ отношенія являются отношеніями повелителя къ подчиненному, правящаго къ управляемому.

Короче говоря, внутренній и внѣшній суверенитеты—ясно, кажется—основаны оба на одномъ и томъ же представленіи; но проявленія ихъ принимаютъ силою вещей различные виды.

Признавши это, мы съ трудомъ можемъ допустить, какъ, однако, сплошь дѣлаютъ это французскіе интернаціоналисты, чтобы государство обладало внутреннимъ суверенитетомъ и

не имѣло внѣшняго; ибо это государство или является, или не является личностью, требующей къ себѣ уваженія всѣхъ личностей; если нѣтъ, то не существуетъ и государства; если да, то оно должно оставаться имъ во внѣшнихъ отношеніяхъ такъ же, какъ и во внутреннихъ. Сказать о государствѣ, что оно не имѣетъ внѣшняго суверенитета, не значитъ ли это сказать, что оно не является государствомъ [1])?

31. Понятіе суверенитета, разсматриваемаго, какъ особый характеръ публичной власти.—Теорія суверенитета была выработана примѣнительно къ государствамъ, называемымъ *унитарными*. Французское публичное право, вышедшее изъ революціи, представляетъ по самому существу своему право унитарное. Единство, недѣлимость націи, принадлежащаго ей суверенитета и республики, являющейся его организованной формой, установлены въ качествѣ неприкосновенной догмы; уже нами указывалось, какъ партія жирондистовъ была осуждена и пала подъ болѣе или менѣе основательнымъ обвиненіемъ въ федерализмѣ. Но въ теченіе XIX вѣка сложились политическія формаціи, къ которымъ оказалось невозможнымъ примѣнить теорію унитарнаго суверенитета. Сюда относятся прежде всего федеральныя государства, типъ которыхъ былъ данъ Сѣверо-Американскими Соединенными Штатами. Въ этомъ случаѣ, на одной и той же территоріи повелѣваютъ два государства, существуютъ два суверенитета: суверенитетъ самого федеральнаго государства и суверенитетъ одного изъ государствъ-членовъ, совокупность которыхъ образуетъ федеральное государство. Напримѣръ, гражданинъ Нью-Йорка является одновременно подчиненнымъ суверенитету штата Нью-Йорка и суверенитету Американскаго Союза. Но, какъ указано раньше, суверенитетъ, по самому опредѣленію, *единъ* и одна и та же территорія, одинъ и тотъ же человѣкъ не могутъ быть подчинены двумъ суверенитетамъ. Съ другой стороны, подъ именемъ покровительствуемыхъ государствъ образовались политиче-

---

[1]) По этимъ различнымъ пунктамъ, см. этюды *Pillet, Les drois fondamentaux des Etats, Revue de droit intern. public*, V, 1898 г., особенно стр. 239 и слѣд.; и *Mérignhac, Droit public internat.*, 1905 г., I, стр. 162 и слѣд.

скія группы, которыя сохранили названіе государствъ, пользуются повелѣвающею властью надъ подданными, но которыя, однако, зависятъ отъ власти другого государства. Размѣры этой зависимости очень измѣнчивы; но, тѣмъ не менѣе, она существуетъ и тѣмъ самымъ уничтожаетъ суверенитетъ. Однако въ этомъ случаѣ нельзя сказать, что страна, какъ, напр., Тунисъ, является лишь французской провинціей. Тунисъ сохранилъ названіе государства; его бей обладаетъ, очевидно, всѣми свойствами главы государства. Какъ прилагается здѣсь и во всѣхъ аналогичныхъ случаяхъ классическая теорія суверенитета? Повидимому, эта теорія сталкивается съ нѣкоторыми фактами, которые совершенно невозможно ввести въ ея строгія рамки.

Нѣмецкіе авторы, главнымъ образомъ, стремясь создать юридическую конструкцію Германской имперіи, обратили вниманіе на эти серьезныя затрудненія. Они очутились передъ задачей объяснить, какимъ образомъ на одной и той же территоріи, напр., прусской, одновременно уживается политическая власть Германской имперіи съ политической властью Прусскаго государства. Пруссія сохранилась какъ государство; если суверенитетъ является элементомъ государства, Пруссія обладаетъ суверенитетомъ. Имперія была создана, какъ государство, въ 1871 г.; слѣдовательно, она также обладаетъ суверенитетомъ; такимъ образомъ на одной и той же территоріи появляются два суверенитета, что невозможно.

Чтобы устранить эту антиномію, нѣкоторые нѣмецкіе авторы и въ частности Еллинекъ, Лабандъ и Ремъ измыслили теорію суверенитета, согласно которой суверенитетъ не представляетъ самой власти государства; онъ является только характеромъ, которымъ государственная власть можетъ обладать, но не непремѣнно обладаетъ, такъ что могутъ существовать государства *несуверенныя*. Такимъ образомъ указанная выше антиномія въ значительной степени исчезаетъ, потому что, если государство-членъ можетъ существовать, какъ государство, не обладая суверенитетомъ, то на одной и той же территоріи будетъ существовать только одинъ суверенитетъ, а также потому, что покровительствуемая страна получитъ возможность быть государствомъ, не

обладая полной независимостью, т.-е. суверенитетомъ. Что же тогда по этой теоріи представляетъ собою суверенитетъ?

Всякое государство, говорятъ, обладаетъ повелѣвающей властью, и существованіе государства возможно только тамъ, гдѣ есть повелѣвающая власть, т.-е. власть формулировать приказанія, обязательныя сами по себѣ, потому что они исходятъ отъ высшей власти, какою является именно государство. Власть формулировать приказанія (нѣмецкіе авторы часто говорятъ о *безусловныхъ* приказаніяхъ) есть то, что они называютъ *Herrschaft;* всякое государство по самому опредѣленію обладаетъ *Herrschaft*. Но это вовсе не суверенитетъ; суверенитетъ представляетъ собою характеръ, часто, но не всегда, принадлежащій политической власти. Политическая коллективность будетъ суверенной коллективностью, сувереннымъ государствомъ, будетъ обладать суверенной политической властью только тогда, когда она будетъ въ состояніи самостоятельно опредѣлять ту область, въ которой она можетъ осуществлять свою власть по отданію безусловныхъ приказовъ, свою *Herrschaft* или, выражаясь иначе, когда область, въ которой она будетъ осуществлять свою власть по отданію безусловныхъ приказовъ, не будетъ опредѣляться никакой другой волей, кромѣ ея собственной. По указанной уже формулѣ, государство представляетъ суверенное государство тогда и только тогда, когда оно обладаетъ „компетенціей компетенцій“.

Дѣлая выводы изъ этой идеи, приходятъ къ слѣдующимъ результатамъ. Государство - членъ федеральнаго государства является государствомъ, потому что оно, по крайней мѣрѣ, въ извѣстной области, можетъ формулировать *безусловныя* приказанія, обязательныя, какъ таковыя; оно обладаетъ *Herrschaft*; но оно не представляетъ суверенаго государства, потому что оно не само по своей собственной волѣ опредѣляетъ область, въ которой оно можетъ осуществлять свою власть по отданію приказовъ. Эта область опредѣлена федеральнымъ государствомъ, представляющимъ единственнаго суверена, или, по крайней мѣрѣ, федеральной конституціей; но она есть продуктъ федеральнаго государства. Точно такъ же покровительствуемое государство является государствомъ, потому что, какъ бы широкъ ни былъ протекторатъ,

всегда остается извѣстная область, въ которой покровительствуемое государство осуществляетъ повелѣвающую власть. Но оно вовсе не представляетъ суверенаго государства, такъ какъ его повелѣвающая дѣятельность не осуществляется независимымъ образомъ.

Итакъ, возможно ли существованіе несуверенныхъ государствъ? Отвѣчаютъ, конечно, да. „Суверенитетъ и политическая власть,—говоритъ Еллинекъ,—представляютъ собою не абсолютныя, а историческія категоріи. Всегда существовали, и существуютъ еще и теперь государства несуверенныя". Исторія суверенитета, говорятъ, показываетъ, что до конца XVI-го вѣка суверенитетъ понимался всегда, не какъ сама политическая власть, а какъ характеръ, принадлежащій извѣстной политической власти. Только въ XVI-мъ вѣкѣ, вслѣдствіе страннаго злоупотребленія словами и благодаря смѣшенію, обязанному въ значительной мѣрѣ своимъ происхожденіемъ Бодену, стали смѣшивать суверенитетъ съ политической властью или, точнѣе, съ совокупностью прерогативъ королевской власти [1]). Но первоначально суверенитетъ былъ лишь качествомъ не платящихъ дани и не вассальныхъ державъ; въ средніе вѣка и въ новое время многія державы, безспорно признанныя государствами, являлись, однако, платящими дань или вассальными и, слѣдовательно, несуверенными державами. Достаточно указать на обширныя феодальныя сеньоріи, вассальныя французскому королю. Точно такъ же въ наше время еще существуютъ несуверенныя государства, напримѣръ, покровительствуемыя государства и государства - члены федеральныхъ государствъ. При допущеніи, что эти страны суть государства, но несуверенныя, исчезаетъ всякое затрудненіе, ибо возраженіе, что одна и та же территорія, одни тѣ же индивиды подчинены двумъ суверенитетамъ, становится невозможнымъ, такъ какъ суверенитетомъ обладаютъ единственно только федеральное государство или государство-протекторъ [2]).

---

[1]) Bodin, *Les six livres de la Republique*, кн. III, гл. VIII и X.

[2]) Относительно этой теоріи суверенитета, ср. Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900 г., I, стр. 56 и слѣд.; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, стр. 61 и 107 и слѣд., въ Handbuch Марквардсена; Jellinek, *Staatenverbindungen*, 1883 г. и *Allgemeine*

Насколько намъ извѣстно, единственными французскими авторами, принявшими въ чистомъ видѣ это представленіе о суверенитетѣ, являются лишь Лапрадель и Мишу. Въ своей статьѣ *La question finlandaise* [1]), они защищали мысль, что возможны несуверенныя государства, т.-е. государства, подчиненныя другимъ государствамъ, и что „качество государства существуетъ, разъ заходитъ рѣчь о правахъ публичной власти, о защитѣ ихъ противъ посягательства, посредствомъ юридическаго разграниченія“ [2]). Мишу вновь возвратился къ этой темѣ въ своей книгѣ *Théorie de la personnalité morale*, 1906 г. На стр. 239 онъ пишетъ: «Если государство всѣ свои права власти осуществляетъ свободно, то оно—суверенное государство. Но даже если оно по отношенію къ нѣкоторымъ изъ нихъ ограничено иностранной или высшей властью, то и тогда отсюда не слѣдуетъ, что оно теряетъ характеръ государства».

Эта теорія занимаетъ слишкомъ крупное мѣсто въ доктринѣ современнаго публичнаго права, чтобы мы могли избавить себя отъ ея изложенія; но мы не имѣемъ возможности обсуждать ее въ деталяхъ. Замѣтимъ лишь, что она встрѣчаетъ очень серьезное возраженіе, на которое совсѣмъ не дано удовлетворительнаго отвѣта. Если допустить, что существуютъ несуверенныя государства, подчиненныя въ болѣе или менѣе значительной степени суверенному государству, то необходимо признать, что существуютъ также территоріальныя коллективности, облеченныя правами публичной власти и, несомнѣнно, не представляющія государствъ; достаточно указать на децентрализованные округа унитарнаго государства, которые, какъ французская община или провинціи нѣкоторыхъ странъ (напр., Австро-Венгріи) обладаютъ болѣе или менѣе широкими правами публичной власти, но несомнѣнно, не представляютъ собою государствъ, а также на нѣкоторыя колоніи великихъ европейскихъ странъ, обла-

---

Saatslehre, 2-ое изд., 1905 г., стр. 470 и слѣд.; Rosenberg, *Archiv für öffent. Recht*, XIV, 1899 г., стр. 328. Ср. также относительно нѣсколько отличной теоріи, Burckhardt, *Schweizerische Bundesverfassung*, 1905 г., стр. 13 и слѣд.

[1]) *Revue du droit public*, 1901 г., I, стр. 41 и слѣд.

[2]) Стр. 55.

дающія болѣе или менѣе широкой автономіей и также не являющіяся государствами. Мы не хотимъ далѣе обсуждать вопроса, являются ли государствами канадская *Dominion* и австралійская *Commonwealth;* но мы склонны думать, что они не являются таковыми и въ дѣйствительности они не болѣе, какъ сильно децентрализованныя провинціи Британской имперіи. При этихъ условіяхъ, съ теоріей *несуверенныхъ* государствъ, помощью какого критерія возможно отличить несуверенныя государства, напримѣръ, государства-члены федеральнаго государства, отъ децентрализованныхъ коллективностей унитарнаго государства? Авторы, допускающіе существованіе несуверенныхъ государствъ, тщетно стараются опредѣлить этотъ критерій. Обыкновенно говорятъ, что несуверенное государство и децентрализованную коллективность различаетъ не полнота власти, а то обстоятельство, что право власти, осуществляемой децентрализованной коллективностью, является *чужимъ* правомъ, тогда какъ право власти, отправляемой несуверенным государствомъ, есть *собственное* право [1]). Эта формула подверглась вполнѣ справедливой критикѣ: собственное право, указывали, является правомъ, принадлежащимъ тому, кто его осуществляетъ, чужое право есть то, которое не принадлежитъ пользующемуся имъ; вотъ все различіе, которое можетъ существовать между собственнымъ и чужимъ правомъ. Но децентрализованная единица по самому опредѣленію отправляетъ то право, носительницей котораго является; слѣдовательно, она, какъ несуверенное государство, осуществляетъ собственное право. Проистекаетъ ли это право отъ уступки государствомъ или отъ другой причины, это не важно; оно есть собственное право, потому что носителемъ своимъ имѣетъ субъекта права, который осуществляетъ его.

Тогда подвергли измѣненію формулу и стали говорить: право власти несуверенаго государства является первоначальнымъ правомъ, а право децентрализованной единицы *производнымъ* или *уступленнымъ*. Формула не лучше предыдущей. Прежде всего, различіе источника права отнюдь не влечетъ за собой различіе его природы; право собственности

---

[1]) Laband, *loc. cit.*, I, стр. 66.

всегда одинаково, возникло ли оно отъ завладѣнія или путемъ передачи; право власти всегда одинаково, будетъ ли оно первоначальнымъ или производнымъ. Съ другой стороны, невѣрно утверждать, что право децентрализованныхъ единицъ является всегда производнымъ правомъ. Во Франціи, до 1789 г., многія общины разсматривались, какъ обладающія извѣстными *собственными* публичными правами, принадлежащими имъ первоначально, безъ пожалованія королемъ, и эти права, очевидно, были признаны ст. 49 закона 14 декабря 1789 года, который говоритъ о „функціяхъ *свойственныхъ* муниципальной власти". Наоборотъ, совершенно неточно говорить, что право власти несуверенаго государства всегда является правомъ первоначальнымъ и никогда не бываетъ правомъ уступленнымъ. Въ странѣ, бывшей сначала унитарной и организующейся на федеральныхъ началахъ, какъ Бразилія въ 1891 г. можно ли говорить, что право власти государствъ-членовъ является правомъ первоначальнымъ, и не бываетъ ли оно, наоборотъ, результатомъ уступки со стороны центральнаго государства.

Еллинекъ, понимая слабость предложенныхъ критеріевъ, пытался въ своей книгѣ [1]) точнѣе опредѣлить различіе, существующее между децентрализованными единицами и несуверенными государствами, и считалъ его найденнымъ въ такъ называемой имъ *автоорганизаціи*. Только государство, даже несуверенное, обладаетъ, по его словамъ, властью организоваться по своимъ собственнымъ законамъ; децентрализованная единица совершенно не имѣетъ этой власти; органическій законъ является всегда закономъ государства, отъ котораго оно зависитъ. Этотъ критерій стоитъ не выше другихъ. Гирке обратилъ вниманіе на то, что подобная автономія принадлежитъ извѣстнымъ городамъ, нѣкоторымъ провинціямъ, которыя, конечно, не являются государствами; а съ другой стороны, по отношенію къ государствамъ-членамъ федеральнаго государства учредительная власть можетъ быть значительно ограничена, напримѣръ, федеральныя конституціи швейцарская и американская запрещаютъ государствамъ принимать иную политическую форму, кромѣ республики [2]).

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, стр. 475.

[2]) Gierke, *Jahrbücher Шмоллера*, VII, 1883 г., стр. 1130.

Еще менѣе вѣрно говорить вмѣстѣ съ Еллинекомъ, что характеристика государства, даже несувереннаго, заключается въ томъ, что только оно, а не децентрализованная единица, обладаетъ всѣми аттрибутами политической власти, властью законодательной, административной, юрисдикціонной, безъ сомнѣнія, ограниченными извѣстною областью, опредѣляемою не имъ самимъ, но, тѣмъ не менѣе, находящимися всѣ въ наличности. И дѣйствительно, французскія общины обладали въ опредѣленный моментъ законодательствомъ, юрисдикціей, администраціей; однако онѣ вовсе не были государствами, но лишь децентрализованными корпораціями. Еще теперь онѣ обладаютъ въ нѣкоторомъ родѣ учредительной властью и организуютъ у себя полицію, при числѣ жителей менѣе 40.000 (Зак. 5 апрѣля 1848, ст. 103); онѣ располагаютъ законодательной властью, и меръ издаетъ полицейскіе регламенты, которые, съ матеріальной точки зрѣнія являются настоящими законами; а до закона 27 мая 1873 г. меры пользовались юрисдикціонными полномочіями. Однако никому не придетъ въ голову утверждать, что французскія общины XIX вѣка представляютъ собой несуверенныя государства.

Согласно Мишу, критерій для различенія государствъ и децентрализованныхъ коллективностей заключается въ слѣдующемъ: „Власть, господствующая надъ несуверенным государствомъ юридически ограничена; всецѣло разрушить права публичной власти, принадлежащія этому государству, она можетъ лишь путемъ грубаго насилія. Наоборотъ, власть, господствующая надъ общиной или провинціей, можетъ, не нарушая права, ограничить или даже уничтожить права власти, принадлежащія этимъ лицамъ“ [1]).

Не походятъ ли нѣсколько разсужденія Мишу на circulus vitiosus? Дѣйствительно, онъ говоритъ, что несуверенное государство можно признать по тому, что государство, которому оно подчинено, не можетъ лишить его юридически его положенія. Но не приходится ли одновременно изъ того, что подчиненная коллективность представляетъ государство,

---

[1]) Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, стр. 239.— Ср. Michoud et de Lapradelle, *La question finlandaise, Revue du droit public*, 1901 г., I, стр. 42 и слѣд.

заключать, что ея положеніе не можетъ быть у нея отнято? Развѣ *неприкосновенность* положенія создаетъ государство? Не вѣрнѣе ли, что, такъ какъ коллективность представляетъ государство, ея положеніе неприкосновенно? Прибавимъ, что намъ совершенно не представляется установленнымъ, чтобы въ федеральномъ государствѣ, созданномъ, подобно Бразиліи въ 1891 году, путемъ чисто-односторонняго акта, центральное правительство юридически не могло по своему усмотрѣнію упразднить государствъ-членовъ. Съ другой стороны, въ Германіи, хотя и признано невозможнымъ упраздненіе государства-члена имперіей, тѣмъ не менѣе, допускается возможность, путемъ измѣненія конституціи, односторонняго акта, измѣнить юридическую сферу государствъ [1]). Въ Соединенныхъ Штатахъ 13, 14, и 15 поправки къ конституціи, отъ 1865, 1866 и 1869 годовъ, ощутительно сократили, преимущественно съ точки зрѣнія избирательнаго законодательства, законодательную власть штатовъ. Если сфера юридической дѣятельности государствъ-членовъ такимъ образомъ можетъ быть ограничена одностороннимъ актомъ центральнаго государства, то почему же невозможно полное уничтоженіе ея [2])?

Итакъ, мы полагаемъ, что на основаніи всего сказаннаго можно прійти, подобно Гирке [3]), къ выводу, что тщетны всѣ усилія найти различіе между *несуверенным*ъ государствомъ, зависящимъ отъ государства суверенаго, и децентрализованнымъ округомъ унитарной страны [4]).

32. Вопросъ о суверенитетѣ въ федеральномъ государствѣ.

Мы только что видѣли въ § 31, что необходимость построить юридическую конструкцію федеральныхъ и находящихся подъ покровительствомъ государствъ дала поводъ къ возникновенію особой теоріи суверенитета и доктрины, допускающей существованіе несуверенныхъ государствъ. Но

---

[1]) Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900 г., I, стр. 115.

[2]) По вопросу о правахъ швейцарскихъ кантоновъ по отношенію къ центральной власти ср. Burckardt, *Schweizerische Bundesverfassung*, 1905 г., стр. 21 и слѣд.

[3]) Gierke, *Jahrbücher Шмоллера*, VII, 1883 г. стр. 1137.

[4]) Ср. также для критики теоріи несуверенныхъ государствъ, Mérignhac, *Droit public internat.*, 1905 г., I, стр. 173 и слѣд.

не безполезно посвятить нѣсколько строкъ спеціально федеральнымъ государствамъ. Эта политическая форма имѣла въ XIX вѣкѣ особую судьбу. Федеральная конституція Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, введенная въ концѣ XVIII вѣка, послужила образцомъ почти для всѣхъ американскихъ странъ, и въ настоящее время Мексика, Бразилія, Венецуела, Аргентинская республика, называя только важнѣйшія государства, построены въ федеральной формѣ Канадская Dominion и австралійская Commonwealth, разсматривать ли ихъ какъ государства, или какъ децентрализованныя провинціи Британской имперіи, также усвоили федеральную форму. Въ Европѣ Швейцарія представляетъ федеральную республику, а Германская имперія, хотя и сохранившая еще нѣкоторые слѣды стараго германскаго союза, является по преимуществу федеральной имперіей. Если въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ совершится политическое объединеніе Европы, то оно, весьма вѣроятно, приметъ федеральную форму.

Федеральное государство, приведенное къ своимъ простымъ элементамъ является государствомъ, состоящимъ изъ опредѣленнаго числа государствъ, или, по нѣмецкому выраженію *государствомъ государствъ* (*Staatenstaat*), такъ что желающій построить теорію федеральнаго государства долженъ къ опредѣленнымъ выше элементамъ (нація, территорія, суверенитетъ) прибавить четвертый элементъ, соединеніе извѣстнаго числа государствъ. Изъ этой структуры вытекаетъ, что политическія проявленія, совершающіяся въ федеральномъ государствѣ, относятся къ двумъ порядкамъ: проявленія самого федеральнаго государства и проявленія слагающихъ его государствъ, называемыхъ государствами-членами; существуетъ публичная власть федеральнаго государства и публичная власть каждаго изъ государствъ-членовъ.

Необходимо остерегаться смѣшивать федеральное государство (*Bundesstaat*) и *конфедерацію государствъ* (*Staatenbund*). Въ конфедераціи государствъ нѣтъ центральнаго государства; существуетъ только политическая власть каждаго изъ союзныхъ государствъ. Каждый членъ конфедераціи сохраняетъ свою полную автономію; лишь путемъ договора международнаго права установлено соглашеніе, чтобы извѣстныя дѣла, признаваемыя

имѣющими общій интересъ, регулировались и велись сообща. Собраніе, которое ведетъ эти дѣла, является не парламентомъ государства, а дипломатической конференціей, состоящей изъ делегатовъ отъ каждаго государства. Въ федеральномъ государствѣ, наоборотъ, существуетъ центральное государство; и федеральные органы являются органами этого центральнаго государства. Въ конфедераціи государствъ индивиды подчинены лишь одной власти, именно того изъ союзныхъ государствъ, подданными котораго они состоятъ, или на территоріи котораго находятся; въ федеральномъ государствѣ индивиды всегда подчинены двумъ властямъ: власти центральнаго государства и власти того государства-члена, подданными котораго они состоятъ, или на территоріи котораго находятся.

Именно здѣсь возникаетъ крупная проблема федеральнаго государства. Изъ понятія суверенитета, какимъ мы его опредѣлили, согласно классической теоріи и французскому представленію, слѣдуетъ (см. § 30), что одна и та же территорія и одни и тѣ же индивиды никогда не могутъ быть подчинены двумъ суверенитетамъ; но въ федеральномъ государствѣ, по самому опредѣленію его, одни и тѣ же индивиды и одна и та же террриторія всегда подчиняются двумъ суверенитетамъ: суверенитету центральнаго государства и суверенитету государства-члена.

Антиномія не ускользнула отъ вниманія французскихъ авторовъ первой половины XIX вѣка. Токвиль [1]) ясно замѣтилъ ее. Онъ видѣлъ въ федеральной системѣ продуктъ особыхъ обстоятельствъ и полагалъ, что американская федеральная власть будетъ постепенно ослабляться въ пользу власти государствъ-членовъ. Факты опровергли эти ожиданія[2]). Федеральная политическая форма распространяется, а область ея примѣненія увеличивается. Въ Америкѣ и Швейцаріи власть федеральнаго государства, вмѣсто уменьшенія въ пользу государствъ-членовъ, напротивъ увеличивается, ограничивая, главнымъ образомъ, область дѣйствія государствъ-членовъ.

---

[1]) De Toqueville, *La démocratie en Amérique*, 1835 г.

[2]) Ср. *La démocratie en Amerique*, 7-е изд., 1839 г., I, стр. 266 и II, стр. 366.

Современные французскіе авторы, за исключеніемъ Лефюра [1]) и Мериньяка [2]), вовсе не занимались этимъ вопросомъ. Эсменъ, повидимому, пренебрегаетъ затрудненіемъ. Дѣйствительно онъ пишетъ: „Въ *унитарныхъ государствахъ* суверенитетъ единъ... *Федеративное государство*, хотя и отвѣчаетъ истинному національному единству, *напротивъ*, дробитъ суверенитетъ... Извѣстные аттрибуты суверенитета отняты конституціей у отдѣльныхъ государствъ и перенесены на федеральное государство“ [3]). Какимъ образомъ примиряетъ Эсменъ это дробленіе суверенитета съ опредѣленіемъ, которое онъ даетъ ему на 1 страницѣ: „Эта власть естественно не признаетъ высшей или совмѣстной власти въ тѣхъ отношеніяхъ, которыми она управляетъ“?

Всѣ авторы, которые занимались этимъ вопросомъ и которые удержали понятіе о суверенитетѣ, какъ о независимой власти государства, и какъ о существенномъ характерѣ государства, были вынуждены признавать, или что федеральное государство не имѣетъ суверенитета и не является настоящимъ государствомъ, или что государства-члены не представляютъ государствъ, потому что не обладаютъ суверенитетомъ.

Въ Германіи, баварскій юристъ Зейдель защищалъ положеніе, что одни только государства-члены Германской имперіи обладаютъ суверенитетомъ, лишь они одни являются государствами, и что имперія, взятая сама по себѣ, вовсе не представляетъ государства и совершенно не обладаетъ суверенитетомъ [4]). Эта доктрина естественно возбудила въ Германіи очень живую критику [5]).

Другіе авторы, особенно Борель въ Швейцаріи, наоборотъ, доказываютъ, что въ федеральномъ государствѣ существуетъ лишь одно центральное государство, что только въ

---

[1]) Lefur, *L'état fédéral* большой томъ in 8, 1897 г., нѣмецкій переводъ въ 2 т., 1903 г. съ очень полной библіографіей.

[2]) Mérignhac, *loc. cit.*, стр 190.

[3]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4-е изд., 1906 г., стр. 7.

[4]) Seydel, *Kommentar zur Verfassungskunde für das Deutsche Reeich*, 2-е изд. 1897 г., стр. 6 и 23.

[5]) См. особенно Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900 г., стр. 80, и Rosenberg, *Archiv für öffent. Recht*, XIV, 1899 г., стр. 328.

немъ можно видѣть суверенное государство, что суверенитетомъ обладаетъ лишь одно это центральное государство, и что, слѣдовательно, составныя части, какъ бы ихъ ни называли, никогда не являются государствами. „Суверенитетъ, говоритъ Борель, представляетъ собою существенный элементъ природы государства; такъ какъ *федеративное* государство является суверенным государствомъ, то отдѣльныя составляющія его государства не могутъ быть государствами въ юридическомъ смыслѣ слова. Называть ли ихъ кантонами, государствами или провинціями, они не будутъ носить, въ глазахъ публичнаго права, того высшаго характера, котораго это право требуетъ отъ государства“ [1]).

Не входя въ детальное обсужденіе этихъ различныхъ теорій, легко понять, что онѣ недопустимы. Съ одной стороны, очевидно, нельзя допустить, что Американская республика, Гельветическій союзъ и Германская имперія не представляютъ государствъ въ юридическомъ смыслѣ слова. Съ другой стороны, несомнѣнно, также невозможно уподобить децентрализованнымъ округамъ унитарнаго государства швейцарскіе кантоны и государства Американскаго Союза и Германской имперіи.

Лефюръ хорошо понялъ это. Подобно Борелю, онъ полагаетъ, что центральное государство безспорно обладаетъ суверенитетомъ, что оно является государствомъ, и что государства-члены на томъ основаніи, что на одной и той же территоріи и надъ одними и тѣми же индивидами можетъ существовать только одинъ суверенитетъ, совершенно не обладаютъ суверенитетомъ и, слѣдовательно, не представляютъ собой государствъ. Но въ то же время нашъ коллега считаетъ покушеніемъ противъ фактовъ и права утверждать, подобно Борелю, что государства-члены федеральнаго государства носятъ такой же характеръ, какъ и болѣе или менѣе децентрализованные округа унитарнаго государства, и различіе ихъ объясняетъ слѣдующимъ образомъ: Федеральное государство должно понимать, какъ корпорацію государствъ; слѣдовательно, государства-члены содѣйствуютъ образова-

---

[1]) Borel, *Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, Женева, 1886 г., стр. 103.

нію федеральнаго суверенитета; государства-члены въ федеральномъ государствѣ являются тѣмъ же, чѣмъ граждане въ унитарномъ демократически-построенномъ государствѣ. „Если членъ федеральнаго государства,—пишетъ Лефуръ,—не обладаетъ характеромъ государства, то все-таки невѣрно будетъ заключать отсюда, что онъ представляетъ собою только низшую публичную коллективность, аналогичную тѣмъ, которыя устанавливаетъ унитарное государство (провинціи, департаменты, общины). Онъ отличается отъ нихъ существенной чертой: участіемъ въ образованіи воли государства, и, слѣдовательно, въ *самой сущности*, суверенитета, а не только въ его осуществленіи, благодаря которому въ одномъ и томъ же существѣ сливаются отличительныя черты автономной провинціи и гражданина республики“ [1]).

Если держаться французской теоріи суверенитета, какъ независимой, единой и недѣлимой власти государства, то, конечно, эта теорія федеральнаго государства менѣе всего даетъ поводовъ для критики. Однако она насъ не удовлетворяетъ вполнѣ. Дѣйствительно, утверждая вмѣстѣ съ Лефюромъ, что государства-члены участвуютъ въ сущности федеральнаго суверенитета, подобно тому, какъ граждане унитарной демократической республики причастны къ сущности національнаго суверенитета, мы логически приходимъ къ выводу, который не согласуется съ фактами. Было указано (§ 23), что если суверенитетъ въ своей сущности принадлежитъ націи, слагающейся изъ гражданъ, то отсюда не слѣдуетъ, что граждане обладаютъ субъективнымъ правомъ осуществлять этотъ суверенитетъ. Точно такъ же, если суверенитетъ принадлежитъ въ своей сущности корпораціи государствъ-членовъ, то отсюда не слѣдуетъ. что государства-члены имѣютъ право на осуществленіе этого суверенитета. Но, повидимому, въ дѣйствительности федерализмъ характеризуется правомъ слагающихъ государствъ участвовать въ суверенитетѣ. Правда, можно сказать, что какъ индивиды имѣ-

---

[1]) Lefur, *L'Etat fédèral* 1897 г., стр. 680—682.—Ср. аналогичную доктрину у Гирке, *Jahrbücher Шмоллера*, VII, 1883 г., стр. 1097 (доктрина, оспариваемая Лабандомъ, I, стр. 75); Haenel, *Studien*, 1887 г., I, стр. 63 и слѣд.—См. критику этихъ теорій, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, стр. 749 и слѣд.

ютъ право,)3 на признаніе въ качествѣ членовъ націи (ср. § 2 такъ и государства-члены имѣютъ право быть признаваемыми въ качествѣ членовъ федеральной корпораціи.

Мы уже видѣли (§ 31), что нѣкоторые нѣмецкіе и французскіе авторы предъ наличностью всѣхъ этихъ затрудненій измыслили теорію несуверенныхъ государствъ и учатъ, что единственнымъ сувереномъ является центральное государство, и что члены представляютъ государства, но только несуверенныя. Мы пытались показать (§ 31), что сторонники этой теоріи не могутъ установить различія между несуверенным государствомъ-членомъ федеральнаго государства и децентрализованнымъ округомъ унитарнаго государства. Кромѣ того, если бы эта доктрина суверенитета и несуверенныхъ государствъ и была правильна, она не даетъ юридически удовлетворительнаго объясненія федеральнаго государства. Въ самомъ дѣлѣ, говорятъ, что центральное государство является единственнымъ сувереномъ; это объясняетъ, какимъ образомъ оно можетъ опредѣлять сферу своей собственной дѣятельности, а также и сферу дѣятельности несуверенныхъ государствъ-членовъ; эта сфера обоюдной дѣятельности опредѣлена федеральной конституціей, которая, говорятъ, является выраженіемъ федеральной воли. На это мы отвѣтимъ: пока не установлена федеральная конституція, федеральнаго государства не существуетъ; между тѣмъ федеральное государство, которое еще не существуетъ строитъ свою конституцію, опредѣляющую сферу взаимнаго дѣйствія центральнаго государства и государствъ-членовъ. Это чистый circulus vitiosus *).

На умъ напрашивается мыслъ, повидимому, согласная съ фактами, относительно Соединенныхъ Штатовъ, Швейцаріи и Германской имперіи: федеральная конституція является продуктомъ не односторонней воли федеральнаго государства, а результатомъ сотрудничества (*Vereinbarung*), образовавшагося между государствами-членами. Въ дѣйствительности это они установили область взаимодѣйствія центральнаго государства и государствъ-членовъ. Только они, слѣдо-

---

*) Объ юридической природѣ федеральнаго акта ср. Pohl, *Bundesstaatsschöpfung, Archiv für öffent. Recht*, XX, 1905 г., стр. 173.

вательно, и являлись бы въ союзѣ суверенными государствами. Но весьма трудно утверждать, что центральное государство не обладаетъ суверенитетомъ. И вотъ мы вновь упираемся въ тупикъ: на одной и той же территоріи уживаются два суверенитета.

Въ концѣ-концовъ, хотя мы и выразили наше предпочтеніе въ пользу доктрины федеральной корпораціи, изложенной Лефюромъ, но наше заключеніе будетъ скорѣе отрицательнымъ, и мы продолжаемъ думать, что каково бы ни было понятіе, составленное относительно суверенитета, нельзя, сохраняя эту концепцію, основанную на личности государства, создать юридически удовлетворительную конструкцію федеральнаго государства *).

---

*) Развитіе этой идеи см. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903 г., гл. VI.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Функціи государства.

33. Функціи государства въ юридическомъ смыслѣ.— Очень часто, говоря о функціяхъ государства, имѣютъ въ виду вмѣшательство послѣдняго въ общественную, экономическую и духовную жизнь народа. Одни желаютъ свести это вмѣшательство къ минимуму; они требуютъ, чтобы государство ограничивалось обезпеченіемъ внѣшней безопасности націи и территоріи и внутренней безопасности индивидовъ и никоимъ образомъ не вмѣшивалось бы въ экономическія отношенія, умственную и нравственную жизнь страны. Это сторонники, хотя и убывающіе съ каждымъ днемъ въ своемъ числѣ, знаменитаго девиза: «laissez faire, laissez passer». Другіе, напротивъ, думаютъ, что государство имѣетъ весьма широкую миссію, отнюдь не поддающуюся опредѣленію въ точныхъ положеніяхъ,—миссію, весьма измѣнчивую, и которая въ наши дни обнаруживаетъ естественную тенденцію къ дальнѣйшему росту. Они полагаютъ, что государство преслѣдуетъ *культурную* цѣль, и что оно не въ силахъ достигнуть этой цѣли иначе, какъ путемъ дѣятельнаго вмѣшательства въ экономическія отношенія индивидовъ, отношенія труда и капитала, и взявъ въ свои руки регулиро-

ваніе матеріальныхъ, нравственныхъ и духовныхъ интересовъ народа. Не имѣя вовсе въ виду обсуждать этотъ вопросъ, мы должны, однако, констатировать значительное усиленіе дѣятельности государства, какъ общую тенденцію, наблюдаемую во всѣхъ современныхъ странахъ. Объ этомъ можно сожалѣть, или, наоборотъ, этому можно радоваться, но измѣнить здѣсь ничего нельзя. Это фактъ неизбѣжный и непререкаемый.

Говоря о функціяхъ государства, мы имѣемъ въ виду только юридическія его функціи. Очевидно, это тѣ функціи, которыя проявляются въ области права. Но такое опредѣленіе слишкомъ широко, оно должно быть формулировано точнѣе. Для этого же надо вспомнить, что право, какъ объективное, такъ и субъективное, по самому существу своему имѣетъ ближайшее отношеніе къ волѣ; что объективное право есть норма, связывающая воли, а право субъективное представляетъ властную волю. Отсюда слѣдуетъ, что юридическія функціи государства предполагаютъ открытое проявленіе воли государства, понимаемое въ смыслѣ воздѣйствія этого послѣдняго на другія воли. Изслѣдовать юридическія функціи государства, вовсе не значитъ изучать результатъ, преслѣдуемый государствомъ, съ соціальной, умственной, моральной и экономической точки зрѣнія; это значитъ изслѣдовать дѣйствіе, которое оказываетъ на другія воли проявленіе той воли, посредствомъ которой государство достигаетъ какой-либо цѣли.

Необходимо какъ слѣдуетъ усвоить себѣ это и понять, что для классифицированія различныхъ юридическихъ функцій государства, вовсе не тре-

буется разсматривать преслѣдуемую имъ цѣль. Государство стремится къ какой-нибудь цѣли; чтобы достигнуть ее, оно хочетъ; этотъ волевой актъ производитъ дѣйствіе въ сферѣ права, т.-е. воздѣйствуетъ на другія воли: онъ творитъ, констатируетъ или видоизмѣняетъ объективное право, творитъ или констатируетъ право субъективное. Вотъ юридическая функція. Только единственно согласно тому дѣйствію, которое государственные акты производятъ на другія воли, только по ихъ результатамъ въ области объективнаго или субъективнаго права мы должны опредѣлять различные виды юридическихъ функцій государства.

. Въ настоящее время господствующая доктрина различаетъ три важныхъ функціи государства: a) *законодательную*, b) *административную* и c) *юрисдикціонную*. Однако существуютъ разногласія насчетъ того, какъ должна быть опредѣлена каждая изъ этихъ функцій. Не оспаривая пока и не защищая этихъ опредѣленій, мы понимаемъ ихъ слѣдующимъ образомъ. Посредствомъ *законодательной* функціи государство формулируетъ объективное право; посредствомъ *административной* — создаетъ состояніе субъективнаго права; посредствомъ *юрисдикціонной* — констатируетъ существованіе и объемъ правовой нормы или правового состоянія, а въ случаѣ нарушенія или оспариванія ихъ, предписываетъ необходимыя мѣропріятія, чтобы обезпечить уваженіе къ нимъ.

Этихъ краткихъ опредѣленій достаточно, чтобы показать, что мы разсматриваемъ функціи государства сами по себѣ, въ совершенномъ отвлеченіи отъ тѣхъ органовъ и агентовъ, которымъ въ дѣй-

ствительности поручено отправленіе этихъ функцій. По общепринятой нынѣ терминологіи, мы изучаемъ эти функціи съ чисто *матеріальной* точки зрѣнія, т.-е. мы пытаемся опредѣлить ихъ внутреннюю природу, не касаясь характера того органа или агента, который ихъ отправляетъ. Напротивъ, когда эти функціи квалифицируются сообразно характеру органа или агента, ихъ отправляющаго, тогда онѣ получаютъ опредѣленіе лишь съ *формальной* точки зрѣнія.

Однако этимъ мы не хотимъ еще сказать, что *формальная* точка зрѣнія не имѣетъ значенія. Чаще всего для того, чтобы опредѣлить себѣ порядокъ обжалованія извѣстнаго акта, нужно стать на формальную, а не на матеріальную точку зрѣнія.

Точку зрѣнія формальную и матеріальную часто смѣшивали; самъ законодатель иногда допускалъ подобнаго рода смѣшеніе. Такъ, нерѣдко смѣшиваютъ юрисдикціонную функцію съ судебной. Судебная функція— это функція, которую отправляютъ должностныя лица, существующія въ большинствѣ странъ и образующія такъ называемое судебное сословіе; такова формальная точка зрѣнія. Безъ сомнѣнія, судебное сословіе совершаетъ множество юрисдикціонныхъ актовъ, но оно совершаетъ также не мало и такихъ актовъ, которые не имѣютъ этого характера. Съ другой стороны, многочисленные юрисдикціонные акты отправляются органами и агентами, которые не принадлежатъ къ судебному сословію. Вотъ почему, ради точности и во избѣжаніе смѣшеній, слѣдуетъ говорить о *юрисдикціонной* функціи, а не о *судебной*.

Французскіе авторы часто различаютъ двѣ основныя функціи государства: законодательную и исполнительную. Одни при этомъ относятъ къ исполнительной функціи функцію административную и юрисдикціонную (которую они называютъ судебной), другіе же образуютъ изъ юрисдикціонной функціи третью функцію, отличную отъ исполнительной. Можетъ-быть, французскій законодатель въ извѣстныя эпохи и допускалъ существованіе особой исполнительной функціи, но постановленія его на этотъ счетъ никогда не были настолько опредѣленны, чтобы они могли помѣшать теоріи въ ея стремленіи создать раціональную классификацію государственныхъ функцій. Мы же надѣемся показать (§ 47), что исполнительная функція вовсе не имѣетъ специфическаго характера, который отличалъ бы ее отъ другихъ функцій, и что акты, которые стремятся ей приписать, или относятся къ одной изъ трехъ—законодательной, административной или юрисдикціонной—государственныхъ функцій, или являются дѣйствіями, лишенными юридическаго характера, какъ, напр., всѣ акты физическаго принужденія, которые несомнѣнно образуютъ одну изъ самыхъ важныхъ вѣтвей государственной дѣятельности, но не могутъ быть отнесены къ юридической функціи государства. Наконецъ выраженіе, которое мы находимъ въ нашей конституціи, есть, именно, *исполнительная власть*, и можно быть увѣреннымъ, что мы ни разу не встрѣтимъ тамъ выраженія *исполнительная функція*. Выраженіемъ *исполнительная власть* законодатель-учредитель обозначилъ (см. § 30, № 2, §§ 54 и 55) долю суверенитета, воплощаемую въ извѣстномъ органѣ. Исходя изъ того, что конституція создавала особый органъ, надѣленный исполнительною властью, и вывели, что существуетъ дѣйствительно исполнительная функція. Но это значитъ смѣшивать матеріальную и формальную точки зрѣнія.

Тѣ же замѣчанія можно сдѣлать и относительно *правительственной gouvernementale*) и *регламентарной* функцій, которыя иногда обозначаютъ, какъ особыя функціи. Нетрудно было бы, однако, показать, что акты, которые относятъ къ этимъ пресловутымъ функціямъ, являются или законодательными или административными актами, или же дѣйствіями, лишенными юридическаго характера; смѣшеніе этихъ двухъ

точекъ зрѣнія, матеріальной и формальной, было истинной причиной ошибочнаго стремленія найти несуществующее въ дѣйствительности различіе между закономъ и распоряженіемъ въ томъ, что акты эти исходятъ отъ различныхъ органовъ, такъ что и о *правительственной* функціи говорили, именно, потому, что одинъ изъ основныхъ государственныхъ органовъ носилъ имя *правительства* (см. §§ 40 и 41).

А. Законодательная функція.

34. Законъ въ матеріальномъ смыслѣ. — Законодательная функція, очевидно, есть та функція, въ которой по преимуществу выражается суверенитетъ государства, такъ что часто смѣшивали даже законодательство съ суверенитетомъ, полагая, что законъ не можетъ исходить иначе, какъ отъ органа, въ которомъ воплощается государственный суверенитетъ, и что всякій актъ, исходящій отъ этого органа, есть законъ.

Не избѣжали этого смѣшенія и творцы французскаго публичнаго права. Говоря въ 6-й ст. Декларації правъ, что «законъ есть выраженіе общей воли», Собраніе 1789 г., съ одной стороны, выражало ту мысль, что лишь одна суверенная воля общества (collectivité) можетъ создать законъ; съ другой—какъ бы говорило, что всякое постановленіе, выражающее общую волю, есть законъ. Но и то и другое неправильно, или, по крайней мѣрѣ, требуетъ поясненій. Что законъ не можетъ исходить иначе, какъ отъ общей воли, это, пожалуй, вѣрно; но этого нельзя сказать обо всѣхъ актахъ государства,— государства въ смыслѣ организованной общей воли. Если бы этимъ хотѣли сказать, что законъ можетъ исходить только отъ органа, который непосредственно представляетъ общую волю, то это было бы невѣрно, потому что очень многіе акты, являющіеся по существу законами, исходятъ отъ иныхъ органовъ, чѣмъ парламентъ. Наконецъ было бы также неправильно называть всякій актъ общей воли закономъ, потому что парламентъ, который непосредственно предста-

вляетъ эту волю, издаетъ очень часто такіе акты, которые по существу не имѣютъ характера закона.

Необходимо соединять съ понятіемъ закона отмѣченное уже выше различіе его съ *формальной* и *матеріальной* точекъ зрѣнія.

Съ формальной точки зрѣнія закономъ будетъ всякое опредѣленіе, исходящее отъ органа, который въ данной странѣ разсматривается, какъ непосредственный выразитель суверенной воли коллективности, образующей основу государства. Напримѣръ, во Франціи, систему органовъ, непосредственно выражающихъ суверенную волю націи, образуетъ парламентъ совмѣстно съ президентомъ республики. Такимъ образомъ во Франціи всякое опредѣленіе, вотированное парламентомъ и обнародованное главою государства, согласно ст. 1 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 г. и ст. 7 конституціоннаго закона 16 іюля 1875 г., есть законъ въ *формальномъ* смыслѣ или *формальный законъ*.

Съ матеріальной точки зрѣнія закономъ будетъ всякій актъ, который по самому своему существу является закономъ, независимо отъ государственнаго органа, его создавшаго. Это законодательный актъ по самой своей природѣ, который можетъ въ то же время быть формальнымъ закономъ, но который также можетъ имъ и не быть и, дѣйствительно, очень часто имъ не бываетъ. Когда хотятъ опредѣлить, что такое законодательная функція, то должны только, но зато уже вполнѣ, выяснить характеръ законодательнаго акта въ матеріальномъ смыслѣ.

Это различіе между матеріальнымъ и формальнымъ закономъ раціонально и нынѣ общепризнано. Но соотвѣтствуетъ ли оно тексту нашего положительнаго конституціоннаго права?

Въ началѣ этого § уже было обращено вниманіе на неопредѣленный смыслъ 6-й ст. Декларацiи правъ 1789 г.; кажется, что ея творцы разумѣли подъ понятіемъ закона лишь законъ въ формальномъ смыслѣ, приписывая характеръ закона всякому акту, исходящему отъ коллективной воли или отъ ея представителей. Ст. 6-я раз. 3 гл. 3 тит. IV конституціи 1791 г. даетъ также опредѣленіе закона только въ формальномъ смыслѣ: «декреты, утвержденные королемъ... имѣютъ силу закона, носятъ имя и титулъ *законовъ*». Правда, согласно буквальному тексту ст. 1 раз. I гл. 3, тит. III, законодательное собраніе получаетъ власть «предлагать и издавать законы», но оно получаетъ также и цѣлую серію спеціально обозначенныхъ предметовъ вѣдѣнія, которые совершенно отличны отъ законовъ. Изъ этого текста видно, что вовсе не всякое постановленіе законодательнаго корпуса является закономъ, и что законодатель-учредитель 1791 г. имѣлъ понятіе о матеріальномъ законѣ. Въ виду этихъ нѣсколько противорѣчивыхъ текстовъ, кажется, что Собраніе 1789 г. имѣло лишь весьма смутное представленіе объ истинномъ понятіи закона.

Декларація правъ 1793 г. опредѣляетъ законъ тоже какъ выраженіе общей воли, но она прибавляетъ: «Онъ можетъ предписывать только то, что справедливо и полезно для общества и можетъ запрещать только то, что вредно послѣднему» (ст. 4). Это значило опредѣлять законъ по его содержанію, т.-е. давать опредѣленіе закона въ матеріальномъ смыслѣ. Но конституція 1793 г., напротивъ, придала слову законъ чисто *формальный* смыслъ. Она различаетъ *законы* и *декреты*: декреты *издаются* законодательнымъ органомъ, *законы* только имъ *предлагаются*; *предложенный* законъ становится закономъ, если, въ теченіе 40 дней съ момента его разсылки, въ болѣе чѣмъ половинѣ департаментовъ десятая часть первичныхъ собраній каждаго изъ нихъ не протестовала; если есть протесты, законодательная палата созываетъ первичныя собранія, которыя и принимаютъ или отвергаютъ законъ простымъ *да* или *нѣтъ* (конст. 1793 г. ст. 53—60 въ связи со ст. 10 и 19). Ст. 54 перечисляетъ предметы, которые являются объектомъ закона, и среди этихъ предметовъ, являющихся объектомъ закона, есть такіе, которые въ самомъ текстѣ квалифи-

цируются административными. Это чисто *формальная* конструкція закона. Конституція III года содержитъ тоже только формальное опредѣленіе. «Законъ есть общая воля, выраженная большинствомъ гражданъ или ихъ представителей». «Рѣшенія совѣта пятисотъ, принятыя совѣтомъ старѣйшинъ, называются законами» (Декл. правъ III года, ст. 6 и Конст., ст. 92).

Что касается нынѣ дѣйствующихъ конституціонныхъ законовъ 1875 г., то они содержатъ всего лишь одинъ темный и двусмысленный текстъ. Это 1 ст. закона 25 февраля 1875 г. «Законодательная власть отправляется двумя палатами, палатой депутатовъ и сенатомъ». Мысль законодателя 1875 г. заключалась, главнымъ образомъ, въ томъ, чтобы утвердить въ этомъ текстѣ принципъ парламентскаго дуализма. Что касается опредѣленія закона, то, если таковое и было здѣсь, оно представляется, во всякомъ случаѣ, крайне несовершеннымъ. Хочетъ ли этотъ текстъ сказать, что всякое опредѣленіе двухъ палатъ есть законъ, каково бы ни было его содержаніе? Или значитъ ли это, что законъ въ матеріальномъ смыслѣ не можетъ получиться иначе, какъ въ результатѣ вотума двухъ палатъ? Было бы затруднительно высказаться по данному поводу.

Изъ всего этого слѣдуетъ, что юристъ не связанъ никакимъ текстомъ нашего положительнаго права и поэтому можетъ совершенно свободно строить раціональную теорію законодательной функціи.

Нѣкоторые французскіе авторы, именно, Дюкрокъ, Бёданъ, Жакленъ [1]) допускаютъ только *формальную* конструкцію закона и приписываютъ качество закона всякому акту, созданному парламентомъ въ законодательномъ порядкѣ, не вдаваясь въ разсмотрѣніе характера этого акта по существу. Но теперь большинство авторовъ ясно различаетъ *формальный* и *матеріальный* законъ и ищетъ точнаго опредѣленія понятія матеріальнаго закона и законодательной функціи. Эсменъ вполнѣ принимаетъ это различіе, не давая, однако,

---

[1]) Ducrocq, *Droit administ.*, I, стр. 12,7 изд., 1897; Beudant, *Cours de droit civil*, опубл. его сыномъ, I, стр. 4, 1896; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899.

какъ представляется намъ, достаточно точнаго опредѣленія матеріальнаго закона. «Эти твердо установленныя нормы, предшествующія факту, который онѣ регулируютъ... и есть законы» [1]. Планіоль, Артюръ и Оріу [2] также допускаютъ это различіе и показываютъ, что самая сущность вопроса заключается въ опредѣленіи матеріальнаго характера закона, внутренней природы законодательной функціи. Оріу говоритъ, что законъ долженъ быть опредѣленъ съ точки зрѣнія его содержанія, въ противоположность регламенту. Мы полагаемъ, что въ данномъ пунктѣ Оріу ошибается, и мы надѣемся показать, что нѣтъ ни малѣйшаго *матеріальнаго* различія между закономъ и регламентомъ (см. § 40). Оріу, сверхъ того, даетъ опредѣленіе закона, которое не лишено нѣкоторой неясности. «Законъ — это эманація соціальной среды, онъ является условіемъ существованія государства, разсматриваемаго, какъ соціальная среда» [3].

Въ Германіи, различіе формальной и матеріальной точки зрѣнія сбщепринято [4].

Съ матеріальной точки зрѣнія законъ является актомъ, посредствомъ котораго государство формулируетъ норму объективнаго права или создаетъ правила и организуетъ учрежденія, обезпечивающія примѣненіе этой нормы. Законодательная функція, естественно, есть государственная функція, предназначенная для созданія законовъ въ указанномъ смыслѣ. Положительный законъ, будемъ ли мы смотрѣть на него, какъ на простую формулу правовой

---

[1]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., стр. 14.

[2]) Planiol, *Droit civil*, I, n° 136; Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, стр. 6 и сл.; Hauriou, *Droit administratif*, 5 изд., 1904, стр. 19.

[3]) *Op. cit.*, стр. 18 и 19.

[4]) См. именно Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, стр. 313 и сл.; Laband, *Droit public*, франц. изд., 1901, II, стр. 260 и сл.; G. Meyer, *Staatsrecht*, 4 изд., 1895, стр. 481, и библіографія, приведенная Лабандомъ и Г. Мейеромъ.

нормы, принятую въ данное время, или какъ на совокупность правилъ, предназначенныхъ для обезпеченія примѣненія этой правовой нормы,—всегда имѣетъ въ своей основѣ норму объективнаго права. Нормы эти, которыя государство формулируетъ или съ цѣлью констатированія объективнаго права или съ цѣлью его примѣненія, въ свою очередь, являются нормами объективнаго права, такъ что lato sensu матеріальный законъ можно было бы опредѣлить вообще, какъ актъ, исходящій отъ государства и содержащій въ себѣ норму объективнаго права.

Само собою разумѣется, что мы можемъ считать это положеніе установленнымъ лишь тогда, когда мы докажемъ, что основныя черты нормы объективнаго права находятся и должны находиться въ матеріальномъ законѣ. Двумя же существенными признаками правовой нормы (см. § 1) являются ея общій и повелительный характеръ. Остается, такимъ образомъ, показать, что всякій матеріальный законъ имѣетъ обѣ эти черты, и не можетъ ихъ не имѣть, т.-е. что онъ не можетъ не быть общимъ положеніемъ, не можетъ не быть повелѣвающей нормой.

35. Законъ, какъ общее предписаніе.—Мы хотимъ сказать, что законъ содержитъ въ себѣ предписаніе, которое вовсе не исчезаетъ послѣ своего примѣненія къ указанному напередъ и заранѣе опредѣленному случаю, но что оно переживаетъ это примѣненіе и до тѣхъ поръ, пока не отмѣнено, распространяется на всѣ тожественные случаи, предусмотрѣнные закономъ. Предписаніе это является общимъ даже и тогда, когда въ дѣйствительности оно примѣнялось всего лишь одинъ разъ. Напротивъ, положеніе индивидуальнаго права устанавливается по

поводу опредѣленнаго предмета; будучи примѣнено къ послѣднему, оно изчезаетъ, потому что достигнута та спеціальная конкретная цѣль, которая имѣлась въ виду при установленіи этого положенія. Предписаніе же закона, нося общій характеръ, останется въ силѣ и послѣ своего примѣненія къ одному или нѣсколькимъ указаннымъ случаямъ. Именно, изъ его общности слѣдуетъ, что оно вмѣстѣ съ тѣмъ и абстрактно, т.-е., что оно не имѣетъ отношенія къ опредѣленному предмету или лицу.

Два очень простыхъ примѣра сдѣлаютъ понятнымъ для насъ различіе между индивидуальнымъ и конкретнымъ предписаніемъ, съ одной стороны, и общимъ и абстрактнымъ — съ другой. Государство рѣшаетъ выдать награду такому-то гражданину, оказавшему важныя услуги отечеству: предписаніе индивидуальное и конкретное, имѣющее въ виду вполнѣ опредѣленные случай и лицо и теряющее силу, какъ исчерпанное, послѣ своего примѣненія, такъ какъ преслѣдуемая цѣль достигнута. Напротивъ, государство рѣшаетъ, что всякое лицо, совершившее такой-то поступокъ, понесетъ такое-то наказаніе,—предписаніе общаго характера и абстрактное. Это предписаніе послѣ перваго своего примѣненія сохраняетъ въ неприкосновенности свою силу и будетъ примѣняться, пока не послѣдуетъ его отмѣна, всякій разъ, когда произойдетъ фактъ, соединяющій въ себѣ всѣ тѣ условія, которыя предусматриваются этимъ предписаніемъ.

Предписаніе общаго и абстрактнаго характера есть законъ въ матеріальномъ смыслѣ. Предписаніе же индивидуальное и конкретное есть юридическій актъ, въ собственномъ смыслѣ слова, и мы увидимъ въ

§§ 38—43, что это актъ административный въ матеріальномъ смыслѣ.

Можно указать два новѣйшихъ примѣра формальныхъ законовъ, т.-е. актовъ, изданныхъ въ формѣ закона, но вовсе не имѣющихъ характера матеріальнаго закона, такъ какъ они являются индивидуальными актами. Это два закона 13 іюля 1906 г., изъ которыхъ одинъ постановляетъ, что подполковникъ въ отставкѣ Пикаръ возвращается въ ряды арміи и производится въ бригадные генералы, и другой—что капитанъ артиллеріи Дрейфусъ, въ противность ст. 4 закона 4 марта 1880 г., производится въ эскадронные командиры [1]).

Ж. Ж. Руссо хорошо подмѣтилъ и очень отчетливо и рельефно выдвинулъ въ законѣ его характеръ общности, показавъ, что именно въ этомъ заключается существенная черта закона. Онъ пишетъ: «Когда я говорю, что объектъ закона всегда носитъ общій характеръ, то подъ этимъ я разумѣю, что законъ разсматриваетъ подданнаго, какъ часть общества, а дѣйствія, какъ отвлеченныя, и никогда не разсматриваетъ ни человѣка, какъ индивида, ни частнаго поступка» [2]).

Самые выдающіеся представители французской науки полагаютъ, что общность есть самый характерный и существенный признакъ закона. Эсменъ говоритъ, что законъ «предписываетъ не въ частномъ, но въ общемъ интересѣ, не по отношенію къ отдѣльному лицу, но во вниманіе ко всѣмъ, на будущее время и навсегда» [3]). Планіоль: «Законъ устанавливается неизмѣнно для неограниченнаго числа актовъ и событій; всякое постановленіе публичной власти, которое должно быть выполнено всего лишь одинъ разъ, не законъ, это административный актъ» [4]). Артюръ: «Законъ—это общая норма, которая не связана, подобно исполнительному акту, ни съ какимъ другимъ предшествующимъ предписаніемъ» [5]).

---

[1]) *Journal officiel*, 14 іюля 1906, стр. 4837.

[2]) *Contrat social*, кн. II, гл. 6.

[3]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., 1906, стр. 14 и 15.

[4]) Planiol, *Droit civil*, I, n⁰ 136.

[5]) Artur, *Séparations des pouvoirs et des fonctions*, стр. 8.

Мы остаемся при особомъ мнѣніи относительно нѣкоторыхъ выраженій этихъ опредѣленій. Но они показываютъ, что самые выдѣляющіеся новѣйшіе французскіе авторы видятъ въ общности основной элементъ закона.

Въ Германіи лучшіе авторы учатъ, какъ и мы, что общность есть характерная черта закона, напримѣръ, Моль и Герберъ, считающіеся основателями современной доктрины нѣмецкаго публичнаго права. «Первичная дѣятельность государства, — говоритъ Моль, — это законодательство, т.-е. установленіе общихъ правилъ, которыя опредѣляютъ отношенія подданныхъ къ государству и также отношенія подданныхъ между собой»[1]). Также Герберъ: «Какъ законодатель, государство проявляетъ свою волю въ формѣ абстрактныхъ положеній» [2]). Мейеръ, возражая на одну статью Мартица, показалъ и, какъ намъ представляется, рѣшающимъ образомъ, что только то постановленіе можетъ считаться закономъ, которое издано въ видѣ общаго положенія [3]).

Характеръ общности, который является основной чертой закона, по нашему мнѣнію, имѣетъ двоякое основаніе,—раціональное и историческое.

Раціональное основаіе. — Характеръ общности является логическимъ слѣдствіемъ того понятія о законѣ, которое сложилось повсюду. Въ законѣ всегда видѣли и теперь видятъ выраженіе объективнаго права. Почему же государство является выразителемъ объективнаго права? Потому что именно оно есть органъ коллективности. Не вѣря въ существованіе національнаго сознанія, какъ реаль-

---

[1]) Mohl, *Staatsrecht,* I, стр. 193, 2 изд.

[2]) Gerber, *Grundzüge Staatsrechts,* стр. 145, 3 изд.

[3]) G. Meyer, *Zeitschrift* Grünhut'a, VIII, 1881 г., стр. 1 и сл. См. статью Мартица, на которую отвѣчаетъ Г. Мейеръ, *Zeitschrift* Тюбингенское, XXXVI, стр. 206, 1880. Полная библіографія у Laband, *Droit public,* франц. изданіе, 1895 г., и Anschütz, *Kritischen Studien zur Lehre vom Rechtssatz,* 1902.

ности, отличной отъ индивидуальныхъ сознаній, можно, однако, говорить о національномъ сознаніи, разумѣя подъ этимъ, что въ извѣстный моментъ, въ данной странѣ, во всѣхъ индивидуальныхъ сознаніяхъ живетъ извѣстное представленіе объ объективномъ правѣ. Именно въ этомъ смыслѣ можно говорить, что объективное право исходитъ изъ національнаго сознанія, что государство есть организованная нація, и что, слѣдовательно, оно является естественнымъ органомъ національнаго права, уполномоченнымъ формулировать нормы, которыя содержитъ въ себѣ это право, и принимать мѣры, чтобы приводить его въ дѣйствіе.

Понятая такимъ образомъ норма права индивидуальна, потому что она примѣняется къ индивидамъ; но она также и соціальна, потому что исходитъ отъ самого общества. Будучи соціальной, она имѣетъ общее значеніе. Она не имѣетъ въ виду отдѣльнаго предмета съ тѣмъ, чтобы послѣ примѣненія къ нему потерять свою силу. Она является элементомъ соціальной жизни и должна имѣть тотъ же объемъ, что и сама соціальная жизнь. Говоря иначе, норма права есть правило поведенія для людей, живущихъ въ обществѣ; она имѣетъ общій характеръ, потому что примѣняется ко всѣмъ людямъ и ко всѣмъ обстоятельствамъ соціальной жизни. Законъ есть норма права, формулированная государствомъ; она не можетъ измѣнить своего характера на томъ только основаніи, что она формулирована; выраженная въ законѣ, она остается тѣмъ же, чѣмъ она является въ дѣйствительности, т.-е. общей нормой.

Историческое основаніе. — Съ другой стороны, общность является основаніемъ самаго существова-

нія закона, и именно потому, что законъ былъ понимаемъ, какъ общая норма, образовалась исторически и законодательная функція. Эта функція явилась, чтобы отвѣтить на извѣстную соціальную потребность, единственно потому, что законъ есть общая норма.

Въ настоящее время, кажется, соціологія прочно установила, что законодательная функція есть та самая юридическая функція государства, которая появилась хронологически послѣдней. Въ теченіе долгаго времени политическая власть, даже у народовъ, достигнувшихъ извѣстной степени цивилизаціи, дѣйствовала лишь путемъ индивидуальныхъ актовъ, совершая то, что мы называемъ теперь актами административными и юрисдикціонными. Правители изъявляютъ свою волю по тому или иному опредѣленному поводу, по своей иниціативѣ или по просьбѣ подданныхъ, у которыхъ идетъ споръ, и употребляютъ свою матеріальную силу, чтобы обезпечить повиновеніе этой волѣ. Изготовленіе положительнаго закона, само собой разумѣется, не могло имѣть мѣста, пока люди не познакомились съ письменами и матеріальными средствами сохранять писанное право. Но этого еще не было достаточно, такъ какъ, кромѣ того, нужно было, чтобы сознаніе соціальной нормы права глубоко проникло человѣческій умъ. Писанный законъ былъ естественной экстеріоризаціей юридическаго сознанія коллективности. Этому явленію предшествовалъ періодъ исключительнаго господства обычнаго права, когда обычай былъ, хотя несовершеннымъ, но дѣйствительнымъ способомъ выраженія права. Это выраженіе права черезъ обычай удержалось рядомъ

съ выраженіемъ права въ писанномъ законѣ; но съ того дня, когда законодательная функція государства была ясно понята, послѣдняя заняла рѣшительно преобладающее мѣсто въ процессѣ выраженія права.

Дѣйствительно, наступилъ моментъ, когда поняли, что точная формулировка, общность и абстрактный характеръ писаннаго закона образуютъ самую дѣйствительную защиту индивида противъ произвола государства; наступилъ моментъ, когда явилось понятіе о *законности*. Поняли, что обладатели политической власти не должны имѣть власти произвольно принимать тѣ или иныя индивидуальныя рѣшенія въ виду того или иного опредѣленнаго положенія; что и они связаны общей нормой, формулированной въ абстрактномъ видѣ безотносительно къ опредѣленному предмету или лицу, и не могутъ принимать индивидуальныхъ рѣшеній иначе, какъ въ соотвѣтствіи съ общей нормой, заключающейся въ законѣ. Съ того момента, когда этотъ порядокъ былъ понятъ и примѣненъ, индивидъ почувствовалъ, что онъ прочно защищенъ отъ всемогущества правителей, такъ какъ стало очевидно, что эта общая абстрактная норма, которая ограничиваетъ ихъ дѣйствіе, представляетъ гораздо менѣе опасности произвола, чѣмъ индивидуальное рѣшеніе, которое всегда можетъ быть вызвано ненавистью, честолюбіемъ или местью.

Подобное пониманіе *законности* было выработано по преимуществу въ древней Греціи. Часто говорятъ объ античной свободѣ; иногда, напротивъ, указываютъ, что въ древней гражданской общинѣ человѣкъ былъ поглощенъ общиной Что же истинно въ этихъ противорѣчивыхъ утвержденіяхъ? Свобода, въ современномъ смыслѣ, есть извѣстное положеніе,

предоставленное индивиду и являющееся результатомъ нѣкотораго органиченія власти государства. Древніе никогда не знали такой свободы, и они никогда не представляли возможности органиченія власти государства, общины, въ интересѣ индивида. Но они имѣли очень опредѣленную идею (и именно въ этомъ заключается ихъ понятіе свободы), что государство все можетъ дѣлать, но лишь подъ условіемъ, что оно постановляетъ не въ индивидуальномъ, а въ общемъ порядкѣ, т.-е. путемъ закона, и что индивидуальное постановленіе правительства есть тиранія, если оно не соотвѣтствуетъ закону, т.-е. общей нормѣ, формулированной для всѣхъ. Тиранъ тотъ, кто дѣлаетъ индивидуальныя постановленія вопреки закону. Община, напротивъ, свободна, когда власть вмѣшивается только въ силу закона, понимаемаго, какъ общая норма, напередъ формулированная для всѣхъ какъ правителей, такъ и управляемыхъ. Германъ [1]) очень ясно и выпукло выдвинулъ эту мысль. «Въ отношеніи къ государству,—говоритъ онъ,—свобода грека состоитъ, собственно говоря, просто въ сознаніи, что онъ не зависитъ ни отъ какой власти, такъ какъ каждый изъ его согражданъ равенъ ему благодаря власти закона» [2]).

Эта идея дошла до насъ, претерпѣвъ многочисленныя измѣненія и своеобразныя превращенія, но она вполнѣ жива и въ наши дни. Безъ сомнѣнія, современное пониманіе ушло дальше; оно требуетъ органиченія государственыхъ властей даже въ установленіи ими общихъ нормъ. Государство даже путемъ закона не можетъ дѣлать всего, и болѣе того, съ изданіемъ закона, никакой органъ, никакой агентъ государства не можетъ сдѣлать постановленія въ нарушеніе этого закона. Законъ можетъ быть дуренъ, несправедливъ, но разъ онъ форму-

---

[1]) Hermann, *Lehrbuch der juristischen Rechtsalterthümer*, стр. 28, изд. Thaleim, 1884 г.

[2]) Ср. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905 г., стр. 285—305.

лированъ въ общей и абстрактной формѣ, опасность сводится до минимума. Такимъ образомъ и защитительный характеръ закона и самый смыслъ его существованія основываются на его общности.

Съ раціональной, исторической и соціальной точекъ зрѣнія законъ представляется намъ съ основнымъ своимъ признакомъ общности.

Временные законы.—Нѣкоторые авторы, которые, подобно намъ, признаютъ общность существеннымъ признакомъ закона, думаютъ, что отсюда слѣдуетъ, что для того, чтобы какое-нибудь постановленіе стало закономъ, оно должно распространяться на неопредѣленный періодъ времени, и что постановленія, даже въ видѣ общаго положенія, но изданныя на заранѣе опредѣленный срокъ, вовсе не будутъ закономъ въ матеріальномъ смыслѣ. Такова именно мысль Эсмена, когда онъ пишетъ: «законъ можно опредѣлить, какъ правило, которое установлено... на будущее время и навсегда... безъ сомнѣнія, во всѣхъ странахъ есть законы, которые изданы только на заранѣе опредѣленное время, но въ большинствѣ случаевъ это акты административные, изготовленные компетентнымъ органомъ, который отправляетъ законодательную власть; при нормальныхъ условіяхъ, разъ законъ является общею и справедливою нормою права, трудно представить, какимъ образомъ его творцамъ пришло бы на мысль ограничивать его господство опредѣленнымъ временемъ» [1]). Эсменъ удерживаетъ, однако, тотъ случай, когда подъ давленіемъ серьезной опасности, законодатель издаетъ *исключительный* законъ. Мы думаемъ, что общее постановленіе остается общимъ постановленіемъ, а слѣдовательно, и матеріальнымъ закономъ, хотя бы оно и распространялось на періодъ времени, заранѣе опредѣленный, при непремѣнномъ, однако, условіи, что это ограниченіе во времени не имѣетъ своей истинною цѣлью ограничить примѣненіе закона единственнымъ предметомъ или какимъ-нибудь опредѣленнымъ лицомъ, въ какомъ случаѣ постановленіе, конечно, не будетъ имѣть характера общности. Эсменъ говоритъ,

---

[1]) *Droit const.*, 4 изд., 1906 г., стр. 15 и стр. 15 прил. 2.

что трудно понять, чтобы законъ, который, какъ предполагается, формулируетъ правила справедливости, былъ бы изданъ на ограниченное время. Онъ забываетъ, что справедливость есть понятіе измѣнчивое и относительное, какъ все человѣческое. Именно потому, что законъ долженъ быть справедливъ, т.-е. приспособленъ, насколько возможно точно, къ соціальнымъ нуждамъ, благоразумный законодатель, предвидя напередъ вѣроятныя измѣненія соціальныхъ отношеній, ограничиваетъ примѣненіе своего закона опредѣленнымъ срокомъ времени. Мы охотно признаемъ, однако что мысль французскаго законодателя вовсе не была такова, когда нѣсколько разъ въ XIX ст. онъ издавалъ такъ называемые законы объ *общей безопасности*, которые должны были примѣняться только въ теченіе извѣстнаго времени, какъ, напр., законъ 27 февраля 1858 г. Подобнаго рода распоряженія могутъ быть неполитичны; они могутъ даже нарушать строго-конституціонное право или неписанное объективное право и превышать полномочія, которыя принадлежатъ государству. Но если ихъ разсматривать сами по себѣ, хотя бы они были и временными, нельзя имъ отказать въ характерѣ общности и признакахъ матеріальныхъ законовъ.

Законы о налогахъ.—Законы о налогахъ, какъ ихъ понимаютъ во Франціи, представляютъ замѣчательный примѣръ матеріальныхъ временныхъ законовъ. Всякій налогъ во Франціи, прямой или косвенный, долженъ быть вотированъ и не можетъ быть вотированъ иначе, какъ на одинъ годъ; и налогъ, который не будетъ, по меньшей мѣрѣ, внесенъ въ ежегодный финансовый законъ, будетъ тѣмъ самымъ отмѣненъ и не можетъ быть взимаемъ. Принципъ ежегодности налога есть конституціонный принципъ, хотя конституція 1875 г. объ немъ не упомянула; но онъ освященъ всѣми нашими конституціями, ст. 1 тит. V конституціи 1791 г. и ст. 17 конституціи 1848 г., и если даже считать, что эти тексты утратили конституціонный характеръ, то несомнѣнно, что принципъ ежегодности налога является нормою обычнаго конституціоннаго права. Постановленіе, которымъ утверждается налогъ на годъ, безспорно есть матеріальный законъ, хотя его примѣненіе и ограничено заранѣе опредѣ-

леннымъ періодомъ времени, такъ какъ постановленіе это, несомнѣнно, представляетъ постановленіе общаго и абстрактнаго характера, формулированное безотносительно къ опредѣленному предмету или лицу [1]).

Теорія Лабанда и Еллинека.—Эти авторы учатъ, что законъ, дѣйствительно, есть норма права; что норма права, а слѣдовательно, и законъ, ее выражающій, является *обыкновенно*, хотя и не обязательно, общимъ правиломъ, и что могутъ быть правовыя нормы и, слѣдовательно, матеріальные законы, представляющіе спеціальный характеръ. Согласно этимъ авторамъ, ошибка, которую допускаютъ, говоря, что всякій матеріальный законъ имѣетъ общій характеръ, происходитъ благодаря неправильному уподобленію юридическихъ законовъ законамъ естественнымъ. Эти послѣдніе, дѣйствительно, выражаютъ общія и постоянныя отношенія, существующія между естественными феноменами. Но соціальныя отношенія вовсе не представляютъ такого же постоянства, а поэтому нѣтъ ничего невозможнаго въ томъ, чтобы юридическіе законы имѣли спеціальный характеръ. Матеріальнымъ закономъ является всякое опредѣленіе, создающее новое право съ обязательной силой, т.-е. устанавливающее для государства или для индивидовъ права или обязанности, еще не содержащіяся въ существующемъ юридическомъ строѣ; постановленіе, измѣняющее юридическую сферу государства или индивида, хотя бы въ частномъ отношеніи, является матеріальнымъ закономъ, потому что оно измѣняетъ существующій юридическій строй и содержитъ, дѣйствительно, правовую норму. Лабандъ пишетъ именно слѣдующее: «Велѣніе права вступаетъ въ силу, безъ различія, въ видѣ ли индивидуальнаго приказа или общаго положенія, только тогда, когда воля субъекта ограничивается по отношенію къ чужой волѣ приказомъ, запретомъ, разрѣ-

---

[1]) См. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 г., стр. 526; для противоположнаго рѣшенія см. Bouvier et Jèze, *La véritable notion de la loi et la loi annuelle des finances, Revue critique*, 1897 г., стр. 445.

шеніемъ, или когда право, обязанность, защита создаются въ интересахъ третьихъ лицъ» [1]).

Эта доктрина непріемлема; доводы, которые она приводитъ, и возраженія, которыя она выдвигаетъ противъ нашей теоріи, не пригодны. Прежде всего она заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Лабандъ и Еллинекъ принимаютъ вмѣстѣ съ нами, что матеріальный законъ содержитъ норму права, и они совершенно справедливо противопоставляютъ законъ, *Rechtsgesetz*, юридическому акту, *Rechtsgeschäft*. Но норма права, будучи по самому существу соціальной нормой, необходимо является общимъ правиломъ. Если законъ можетъ имѣть спеціальный характеръ, мы не видимъ различія, которое можетъ тогда существовать между юридическимъ актомъ, исходящимъ отъ государства (актомъ административнымъ) и спеціальнымъ закономъ. Юридическій актъ (актъ административный) есть выраженіе воли, которое имѣетъ цѣлью и результатомъ измѣненіе, въ смыслѣ расширенія или сокращенія, юридической сферы лица, государства или отдѣльной личности. Нельзя дать иного опредѣленія юридическаго акта, а это какъ разъ и есть то опредѣленіе, которое цитированные выше авторы даютъ спеціальному закону. Если бы они были логичны, они должны были бы видѣть, напримѣръ, въ актѣ назначенія чиновника спеціальный законъ, потому что здѣсь, дѣйствительно, мы имѣемъ актъ, который измѣняетъ юридическую сферу лица.

Правда, говорятъ, что такъ какъ соціальныя отношенія не являются отношеніями постоянными, то не слѣдуетъ уподоблять юридическіе законы законамъ природы. Это совершенно вѣрно. Юридическіе законы представляютъ правила, которыя воздѣйствуютъ на сознательныя воли; законы природы выражаютъ соотношенія, существующія между явленіями, соотношенія, которыя намъ представляются постоянными и неизмѣнными. Впрочемъ, очень можетъ быть, что это только иллюзія [2]). Это не доказываетъ, что юридическій

---

1) *Droit public*, франц. изданіе, 1901 г., II, стр. 260. См. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887 г., стр. 232, и *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905 г., стр. 595.

2) См. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature.*

законъ не долженъ быть логически и соціально всегда общей нормой; онъ можетъ быть временнымъ, измѣнчивымъ, какъ соціальныя отношенія, которыя онъ регулируетъ, но тѣмъ не менѣе, онъ остается общимъ, потому что вытекаетъ изъ самой соціальной жизни.

Регламентарные акты. — Наша теорія объ общности закона встрѣчаетъ возраженіе, которое резюмируется такъ: нельзя говорить, что общность является характернымъ признакомъ матеріальнаго закона, потому что есть много актовъ, которые содержатъ общія положенія, и которые не являются законами въ матеріальномъ смыслѣ, а актами административными или, можетъ-быть, исполнительными; это такъ называемые *регламентарные акты*.

Само собою разумѣется, если бы было установлено, что есть акты, содержащіе общія положенія, за которыми нельзя признать характера матеріальнаго закона, наша теорія матеріальнаго закона была бы поколеблена. Но возраженіе падаетъ, если замѣтить, что оно есть результатъ смѣшенія матеріальной и формальной точекъ зрѣнія. Регламенты являются общими опредѣленіями, и мы надѣемся доказать (§§ 40 и 47), что нельзя въ нихъ видѣть ни актовъ исполнительныхъ ни актовъ административныхъ, и что они имѣютъ всѣ признаки закона. Но, возразятъ намъ, эти акты не имѣютъ всѣхъ признаковъ закона, потому что они не могутъ измѣнять закона, и потому что тотъ, кто ихъ издаетъ, связанъ закономъ. Это вѣрно, но это есть слѣдствіе характера того органа или агента, который создаетъ эти акты, а не результатъ особой природы этихъ актовъ.

Именно такимъ образомъ Артюръ смѣшиваетъ обѣ точки зрѣнія, когда онъ пишетъ: «Законъ есть общая норма, которая не связана ни съ какимъ другимъ предшествующимъ предписаніемъ, подобно исполнительному акту... Когда законодатель регулируетъ какой-нибудь предметъ, онъ дѣлаетъ это съ неограниченной свободой, онъ пользуется самымъ радикальнымъ и самымъ полнымъ суверенитетомъ» [1]. Мы очень хотѣли бы знать, что такое значитъ *самый радикальный и*

---

[1]) Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905 г., стр. 8.

самый полный суверенитетъ. Артюръ, который хотѣлъ, какъ онъ самъ говоритъ, изучить положительное французское право, забываетъ, что, согласно наиболѣе опредѣленнымъ принципамъ нашего конституціоннаго права, суверенитетъ единъ и недѣлимъ, т.-е. что онъ или есть, или его нѣтъ, что онъ не способенъ быть болѣе или менѣе, т.-е. не можетъ быть болѣе или менѣе радикаленъ, болѣе или менѣе полонъ. Не обративъ на то вниманія, Артюръ далъ опредѣленіе характера органа, производящаго обыкновенно законъ, а не характера закона. Помимо своего вѣдома, Артюръ оказывается во власти той идеи, что законъ всегда исходитъ отъ суверенаго органа, народа, парламента, абсолютнаго государя, и вноситъ въ опредѣленіе матеріальнаго закона элементъ чисто формальный.

Но, говоритъ Артюръ, регламенты являются актами административными, потому что они не имѣютъ характера радикальнаго суверенитета, хотя и устанавливаютъ общія положенія. Нѣтъ, распоряженія не административные акты: невозможно установить качественнаго различія между содержаніемъ распоряженія и матеріальнаго закона. Моро отказался отъ этого [1]) разграниченія, Оріу тщетно пытался его установить [2]), Артюръ даже не попытался (см. ниже § 40). Но, возражаетъ Артюръ, противъ регламента возможно обжалованіе, противъ закона его нѣтъ. Разумѣется, если возможно обжалованіе регламента, то это просто потому, что, хотя регламентъ и имѣетъ матеріальный характеръ закона, но онъ исходитъ отъ органа или агента, противъ постановленій котораго, при данной политической организаціи, допускается путь обжалованія. Допустимость обжалованія акта зависитъ не отъ внутренней природы акта, но отъ характера органа или агента, создавшаго актъ.

36. Законъ, какъ предписаніе повелительнаго характера.— Изъ указанныхъ выше опредѣленій видно, что обыкновенно закономъ называютъ повелительную или запретительную норму. Этимъ хотятъ сказать, что законъ содержитъ приказъ или запрещеніе совер-

---

1) *Le règlement administratif*, 1903.

2) *Droit administratif*, 5-е изд., 1903 г., стр. 19.

шать извѣстное дѣйствіе, однимъ словомъ, положительное или отрицательное предписаніе. Это вполнѣ согласуется съ общимъ понятіемъ, которое составляется о законѣ, какъ о преимущественномъ проявленіи суверенитета. А такъ какъ суверенитетъ есть власть приказывать, то, повидимому, изъ самаго опредѣленія слѣдуетъ, что законъ долженъ быть *приказомъ*, формулированнымъ въ общемъ видѣ.

Французскіе авторы въ общемъ удовольствовались утвержденіемъ, что законъ является императивнымъ и содержитъ приказъ дѣлать что-либо или не дѣлать чего-либо, и нисколько не пытались ни анализировать природу этого элемента въ законѣ, ни изслѣдовать, въ какомъ смыслѣ можно сказать, что законъ содержитъ приказъ, ни, наконецъ, всегда ли содержитъ законъ приказъ.

Нѣмецкіе авторы, наоборотъ, изучили этотъ пунктъ съ ихъ обычной тщательностью, особенно Лабандъ. По мнѣнію этого послѣдняго, въ законѣ существуетъ два момента, которые должны быть тщательно различаемы: установленіе нормы и приказъ повиноваться этой нормѣ, или, другими словами, содержаніе закона и приказъ закона. Нѣтъ закона,—говоритъ онъ,—безъ даннаго государствомъ приказа повиноваться нормѣ, установленной закономъ [1]). Еллинекъ учитъ почти тому же самому [2]).

Неоспоримо, что во многихъ законахъ ясно выдѣляется приказъ, формулированный государствомъ. Можно даже сказать, что въ дѣйствительности, въ принципѣ, всякій законъ содержитъ явный приказъ и является повелительнымъ или запретительнымъ. Также и въ исторической эволюціи, которой подвергалась законодательная функція, въ теченіе долгаго періода имѣлись лишь законы, содержащіе

---

[1]) *Droit public*, франц. изд., 1901 г., II, стр. 264.

[2]) *Gesetz und Verordnung*. 1887 г., стр. 314.

явный приказъ. Всѣ первые законы были, очень вѣроятно, запретительными; наиболѣе древними законами были уголовные, носившіе запретительный характеръ.

И нынѣ еще существуетъ множество законовъ, въ которыхъ очень отчетливо выступаетъ приказъ, данный публичной властью. Соціологи спорятъ о томъ, увеличивается или уменьшается съ прогрессомъ цивилизаціи область уголовнаго права. Каково бы ни было данное рѣшеніе, неоспоримо, что существуетъ еще и въ современныхъ законодательствахъ значительное число уголовныхъ законовъ. Уголовные законы по самому существу своему являются запретительными законами, и приказъ публичной власти проявляется въ нихъ съ очевидностью. Съ другой стороны, неоспоримо, что въ современныхъ обществахъ число законовъ, возлагающихъ на индивидовъ или на коллективность обязанности и всякаго рода повинности, съ каждымъ днемъ увеличивается. Это послѣдствіе постоянно возрастающаго въ современныхъ обществахъ сознанія узъ тѣсной солидарности, соединяющей между собою членовъ единой націи. Всѣ законы, устанавливающіе налоги въ какой-либо формѣ, являются повелительными законами. То же самое можно сказать обо всѣхъ все болѣе увеличивающихся законахъ, возлагающихъ особыя обязательства на нѣкоторыхъ лицъ, въ родѣ рабочихъ законовъ, законовъ о несчастныхъ случаяхъ, законовъ о рабочихъ пенсіяхъ и, наконецъ, всѣхъ законовъ о вспоможеніи, возлагающихъ на индивидовъ и особенно на коллективность обязанности, напримѣръ, по содержанію бѣдныхъ дѣтей (законъ 27 іюня 1904 г.), по безплатной медицин-

ской помощи (законъ 15 іюля 1893 г.), по обязательному вспоможенію старикамъ и калѣкамъ (законъ 14 іюля 1905 г.). Все это приводится нами лишь въ видѣ отдѣльныхъ примѣровъ.

На ряду съ этими законами безусловно повелительнаго характера существуетъ много законовъ, въ которыхъ приказъ съ перваго взгляда не ясенъ. Таковы, прежде всего, законы, обращенные не къ подданнымъ государства, а къ самому государству, и опредѣляющіе, что́ государство можетъ дѣлать, или чего можетъ не дѣлать, и что́ оно должно дѣлать. Какимъ образомъ эти законы могутъ заключать въ себѣ приказъ? Вѣдь не можетъ же государство дать приказъ самому себѣ? Во Франціи существуетъ много законовъ такого рода. Таковы декларації правъ и тексты конституцій, воспроизводившіе принципы деклараційй или упоминавшіе о нихъ. Тотъ же вопросъ ставится для органическихъ законовъ и для законовъ о компетенціи, повидимому, обращенныхъ не къ подданнымъ, а къ государству и его агентамъ. Онъ возникаетъ, наконецъ, для всѣхъ законовъ, которые лишь замѣняютъ волю сторонъ, и которые поэтому иногда называются *замѣнимыми* законами. Таковы въ принципѣ всѣ гражданскіе законы, которые, въ силу ст. 6 гражданскаго кодекса, можно устранить частными соглашеніями, если только въ сохраненіи этихъ законовъ не заинтересованы общественный порядокъ и добрые нравы.

1) *Декларації правъ.* — Основнымъ типомъ ихъ является декларація 1789 г. Въ содержащихся въ ней постановленіяхъ мы видимъ утвержденіе высшихъ принциповъ права и резюмированное выра-

женіе цѣлой соціальной, юридической и политической философіи. Таковъ, напримѣръ, самый принципъ равенства людей: «Люди рождаются и остаются свободными и равными въ правахъ. Общественныя отличія могутъ быть основаны только на общей пользѣ» (декларація 1789 г., ст. 1). Таково перечисленіе естественныхъ индивидуальныхъ правъ человѣка и опредѣленіе цѣли всякаго политическаго общества: «Цѣль всякаго политическаго общества есть охрана естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ человѣка. Эти права суть: свобода, собственность, безопасность и противленіе гнету» (*Ibid.*, ст. 2). Прочтите всѣ наши декларації правъ и введеніе въ конституцію 1848 г., и вы увидите въ нихъ общія формулы, политическіе и соціальные принципы, а не приказы, обращенные государствомъ къ своимъ подданнымъ.

Нѣкоторые авторы отстаивали, правда, то мнѣніе, что декларації правъ не являются истинными законами. Эсменъ пишетъ: «Декларації правъ исходятъ отъ учрежденій, владѣющихъ законной и даже суверенной властью, отъ учредительныхъ собраній; но онѣ не представляютъ собою статей точныхъ и подлежащихъ исполненію законовъ. Это лишь только *декларації принциповъ*» [1]). Мы затрудняемся принять это мнѣніе, заключающее въ себѣ нѣкоторое противорѣчіе. Общіе принципы философской доктрины формулируются академіей ученыхъ. Національное и учредительное политическое собраніе издаетъ законы. Говорятъ, что люди 1789 г., проникнутые принципами философіи XVIII вѣка и глубоко убѣжденные во всемогуществѣ общихъ формулъ, считали своимъ долгомъ формулировать философскіе принципы, которыми они вдохновлялись въ своей законодательной работѣ. Все это вѣрно. Но въ то же время они, проникнутые той идеей, что они представляютъ національный

---

[1]) *Droit constitutionnel*, 4 изд., стр. 456.

суверенитетъ и обладаютъ всей законодательной властью ни на одинъ моментъ не могли имѣть мысли формулировать простую философскую декларацію, а не настоящій законъ. Наоборотъ, въ ихъ сознаніи это былъ основной законъ, стоящій надъ всѣми законами, даже надъ конституціонными. Самое введеніе въ декларацію правъ 1789 г. показываетъ это (ср. введеніе въ декларацію 1793 г.). Въ ст. 1-й декларациіи обязанностей III года мы читаемъ: «Декларациіи правъ содержатъ *обязанности законодателей*» (ср. §§ 71 и 72).

Истина, по нашему мнѣнію, въ томъ, что декларациіи правъ суть истинные законы, ибо учредительное собраніе желало издать законъ. Мы даже полагаемъ (ср. § 72), что постановленія декларациіи правъ 1789 г. все еще сохраняютъ силу. Декларациіи правъ содержатъ повелительныя постановленія; но эти послѣднія обращаются къ государству, а не къ подданнымъ. Такимъ образомъ мы приходимъ къ вопросу, какимъ образомъ законъ, исходящій отъ государства, можетъ заключать въ себѣ повелѣніе, обращенное къ государству; какимъ образомъ одинъ законъ можетъ ограничивать другой законъ. Мы уже занимались этимъ вопросомъ (§ 16), и мы еще возвратимся къ нему въ гл. III. Здѣсь мы скажемъ только, что все легко объясняется, если вмѣсто того, чтобы говорить, что законъ содержитъ приказъ, признать, что законъ формулируетъ или приводитъ въ дѣйствіе норму, которая носитъ повелительный характеръ сама по себѣ, а не по волѣ государства, и которая, въ силу указаннаго ея основанія, обязательна, какъ таковая, какъ для государства, такъ и для индивидовъ. Въ этомъ именно и заключалась мысль авторовъ нашихъ декларациій правъ; допуская существованіе естественныхъ неотчуждаемыхъ и личныхъ

правъ человѣка, они основывали на нихъ норму, повелительную для государства и для индивидовъ. Именно эту норму они формулировали въ декларацiяхъ правъ, которыя такимъ образомъ содержали повелѣніе не потому, что онѣ обращались съ приказомъ къ самому государству,—вещь невозможная,—а потому, что эта норма сама по себѣ носитъ повелительный характеръ.

2) *Органическiе законы.*—Таковыми законами являются всѣ тѣ законы, которыми создаются государственные органы и опредѣляется ихъ устройство. Подъ эту категорію законовъ подходятъ и неподвижные конституціонные законы и всѣ законы о политической, административной и судебной организаціи. Во французскихъ конституціяхъ 1791 г. (тит. 1), 1793 г. (ст. 122—124), III года (ст. 351—364), VIII года (ст. 76—83), въ хартіяхъ 1814 и 1830 гг. (ст. 1—12), въ конституціи 1848 г. (ст. 2—17) и 1852 г. (ст. 1) извѣстное число постановленій, обыкновенно помѣщенныхъ подъ рубрикою *гарантій правъ*, запрещаетъ законодательной и исполнительной властямъ нарушать индивидуальныя права, формулированныя въ декларацiяхъ правъ и снова перечисленныя или только упомянутыя.

Всѣ признаютъ, что эти *гарантіи правъ* суть настоящіе законы. Такъ для Эсмена *декларацiи правъ* не являются законами, но *гарантіи правъ* имѣютъ, несомнѣнно, законодательный характеръ. «Это,—говоритъ онъ,—настоящіе положительные и обязательные законы» [1]. Но если это положительные и обязательные законы, то они должны заключать въ себѣ приказъ. Къ кому же обращенъ этотъ приказъ? Эсменъ вполнѣ справедливо говоритъ, что онъ обращенъ къ самой законодательной власти. «Этими гарантіями

---

1) *Droit constitutionnel*, 4 изд., стр. 460.

стремятся охранить индивидуальныя права противъ самого законодателя, запретить ему издавать какой-нибудь законъ, который задѣваетъ или нарушаетъ эти права».То же, впрочемъ, опредѣленно выражено въ тит. I, § 3 конституціи 1791 г.: «Законодательная власть не можетъ издавать никакихъ законовъ, которые нарушаютъ или мѣшаютъ осуществленію естественныхъ и гражданскихъ правъ, указанныхъ въ настоящемъ титулѣ и гарантированныхъ конституціей».

Если *гарантіи правъ* содержатъ приказъ, то этотъ приказъ обращенъ къ законодателю, обращенъ государствомъ къ самому себѣ, а непонятно, какимъ образомъ государство даетъ приказъ самому себѣ. Тотъ же вопросъ, который возникалъ для декларацій правъ, снова ставится здѣсь, и если декларации правъ не заключаютъ въ себѣ повелѣнія, то то же самое слѣдуетъ сказать и о гарантіяхъ правъ. Рѣшеніе одно и то же. Гарантіи правъ, какъ и декларации правъ, суть постановленія повелительныя для самого государства, такъ какъ онѣ формулируютъ норму, предшествующую государству, стоящую надъ нимъ и потому для него обязательную; эта норма требуетъ уваженія къ естественнымъ, вѣчнымъ и неотчуждаемымъ индивидуальнымъ правамъ человѣка. Нѣтъ и не можетъ быть приказа, даваемаго государствомъ самому себѣ; но есть норма права, обязательная для государства, и именно эту норму констатируютъ декларации правъ и гарантіи правъ, и поэтому онѣ носятъ повелительный характеръ.

Относительно органическихъ законовъ въ собственномъ смыслѣ, неподвижныхъ конституціонныхъ и другихъ законовъ можно также спросить, дѣйствительно ли они заключаютъ въ себѣ повелѣніе государства. Напримѣръ, содержится ли приказъ въ

законѣ, создающемъ и организующемъ президентство республики и парламентъ? Если этотъ приказъ существуетъ, то къ кому онъ обращенъ? Нельзя говорить о приказѣ, данномъ государству. Нельзя также говорить о приказѣ, данномъ государственнымъ органамъ, такъ какъ эти послѣдніе не имѣютъ личности, отдѣльной отъ государства, и если бы они даже и имѣли отдѣльную личность, то, во всякомъ случаѣ, не въ тотъ моментъ, когда издается законъ, отъ котораго они только и могутъ получить свою личность. Слѣдовательно, если приказъ есть существенный элементъ закона, то, повидимому, логично, что органическіе законы не являются настоящими матеріальными законами.

Иногда говорятъ, что эти различные законы содержатъ настоящіе приказы, обращенные къ людямъ, образующимъ государственные органы. Такое разсужденіе недопустимо въ теоріи, признающей личность государства, такъ какъ по этой теоріи личность индивидовъ, желающихъ отъ имени государства, исчезаетъ въ самой личности государства Съ другой стороны, если допустить, что органическій законъ обращенъ къ индивидамъ, составляющимъ органы, то надо будетъ также допустить, что законъ изданъ индивидами, а не органами; ибо если слѣдуетъ принимать во вниманіе личность индивидовъ, составляющихъ органъ, съ точки зрѣнія примѣненія закона, то также слѣдуетъ принимать ее и съ точки зрѣнія образованія закона; и затрудненіе остается попрежнему, ибо въ этомъ случаѣ правители, взятые индивидуально, создаютъ законъ, обращенный къ нимъ самимъ; и въ подобномъ законѣ приказъ обнаруживается не лучше, чѣмъ въ томъ законѣ, съ которымъ надѣленное личностью государство обращается къ своимъ органамъ, т.-е. къ самому себѣ.

Рѣшеніе въ этомъ случаѣ то же, что и въ предшествующемъ. Законъ всегда повелителенъ; но онъ носитъ такой характеръ не потому, что онъ содер-

житъ приказъ въ собственномъ смыслѣ слова, а лишь или потому, что онъ формулируетъ норму права, которая, по самой своей природѣ, повелительнаго характера, или потому, что онъ стремится обезпечить уваженіе и примѣненіе нормы права и имѣетъ въ такомъ случаѣ своею опорою эту норму, которая по природѣ императивнаго характера. Органическій законъ есть законъ въ матеріальномъ смыслѣ слова, хотя онъ и не содержитъ по-настоящему приказа; онъ повелителенъ потому, что имѣетъ цѣлью организовать *правовое государство*, т.-е. дать государству организацію, которая, повидимому, должна гарантировать, въ возможно лучшихъ условіяхъ, осуществленіе государствомъ обязательствъ, которыя на него возлагаетъ норма права. Слѣдовательно, органическій законъ есть приведеніе въ дѣйствіе нормы права, и именно поэтому онъ есть законъ и носитъ повелительный характеръ.

Органическіе законы относятся къ категоріи законовъ, которые мы въ другомъ мѣстѣ назвали *конструктивными законами* [1]; эти послѣдніе мы опредѣлили, какъ общія мѣры, имѣющія цѣлью обезпечить реализацію нормы права; совокупность ихъ, какъ мы сказали, образуетъ техническое произведеніе, продуктъ намѣреннаго и сознательнаго искусства законодателя; законами они являются только подъ условіемъ, что они имѣютъ опорою норму права, обезпеченіе примѣненія которой составляетъ ихъ цѣль. Понятіе, которое мы даемъ конструктивному закону, очевидно, аналогично тому, которое Оріу даетъ регламенту, разсматриваемому съ матеріальной точки зрѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, нашъ ученый коллега пишетъ слѣдующее: «Законъ есть продуктъ соціальной среды и условіе существованія государства, разсматриваемаго, какъ соціальная среда; регламентъ есть произведеніе правительственной власти и условіе существованія государства,

---

[1]) *L'Etat, le droit objectif*, стр. 560.

разсматриваемаго, какъ публичный организмъ» [1]). Не хочетъ ли Оріу высказать этой сибиллиной формулой лишь ту простую мысль, что регламентами являются всѣ постановленія, издаваемыя публичною властью съ цѣлью обезпечить примѣненіе всѣхъ правовыхъ нормъ, проистекающихъ изъ соціальной среды? Именно эти постановленія мы и называемъ *конструктивными матеріальными законами.* Не слѣдуетъ, какъ намъ кажется, употреблять слова регламентъ для обозначенія этого рода постановленій, такъ какъ это слово, согласно уже давнишней традиціи, употребляется для обозначенія общихъ постановленій, исходящихъ отъ органа, нормально не имѣющаго законодательной компетенціи, т.-е. съ точки зрѣнія чисто-формальной.

3) *Законы о правоспособности и компетенціи.*—Таковыми законами являются всѣ законы, которые, говоря вообще, позволяютъ опредѣленному лицу дѣлать то или другое. Нѣкоторые авторы называютъ ихъ *дозволительными законами*, такъ какъ они имѣютъ своею основною цѣлью *дозволить* опредѣленнымъ лицамъ юридически желать то или другое въ области публичнаго или частнаго права. Съ перваго взгляда, именно относительно этихъ законовъ можно сказать, что они не содержатъ приказа, такъ какъ они заключаютъ простое дозволеніе дѣлать то-то, за нѣкоторыми, однако, исключеніями, въ публичномъ правѣ, гдѣ иногда чиновникъ обязанъ дѣйствовать; судья, напримѣръ, обязанъ судить (Гражд. код., ст. 4). Однако разсматривая ихъ ближе, мы замѣчаемъ, что во всѣхъ законахъ о компетенціи (являющихся также *конструктивными* законами) имѣется настоящее прямое повелѣніе, такъ какъ позволеніе заключаетъ въ себѣ запрещеніе дѣлать то, что не позволено дѣлать.

---

1) *Droit admin.*, 5 изд., 1903, стр. 19 и прим. 3.

Вопросъ не можетъ представить затрудненій для законовъ относительно правомочій и правоспособности въ частномъ правѣ. Такъ какъ въ частномъ правѣ правоспособность логически есть нормальное явленіе, а неправоспособность—исключеніе, то всѣ законы относительно частноправовой правоспособности содержатъ повелительное запрещеніе,—запрещеніе дѣлать извѣстныя вещи, напримѣръ, запрещеніе несовершеннолѣтнему, замужней женщинѣ, отданному подъ опеку совершать юридическіе акты или дозволеніе совершать ихъ лишь при совокупности извѣстныхъ условій. Точно такъ же, повидимому, законы, опредѣляющіе гражданскія правомочія индивида, напримѣръ, опекуна, попечителя, судебнаго совѣта, мужа, и дозволяющіе имъ извѣстныя дѣйствія, тѣмъ самымъ запрещаютъ имъ дѣлать что-нибудь иное.

Характеръ законовъ, устанавливающихъ компетенцію органовъ и публичныхъ агентовъ, гораздо труднѣе опредѣлить. Въ § 49 будетъ показано, что есть двѣ категоріи государственныхъ органовъ, которые, согласно французской терминологіи, мы будемъ называть въ настоящей книгѣ *представителями* и *агентами* (конст. 1791 г., тит. III, гл. IV, секціи 2, ст. 1). Представители выражаютъ волю самого государства и отожествляются съ самимъ государствомъ. Они не имѣютъ отдѣльной личности, и, слѣдовательно, законы, опредѣляющіе ихъ компетенцію, суть законы, обращенные къ государству. Подобно всѣмъ законамъ о компетенціи, они содержатъ запрещеніе, и это запрещеніе обращено къ самому государству. Поэтому вопросъ остается тѣмъ же и долженъ быть рѣшенъ точно такъ же, какъ по отношенію къ декларацiямъ правъ и органическимъ законамъ.

Въ отношеніи къ агентамъ вся проблема заключается въ томъ, имѣютъ ли они, какъ агенты, личность, отдѣльную отъ личности государства. Повидимому, слѣдуетъ дать положительный отвѣтъ (см. ниже, § 49). Изъ этого вытекаетъ, что всѣ очень многочисленные законы, опредѣляющіе компетенцію агентовъ, содержатъ запретительный приказъ, обращенный къ лицамъ, отличнымъ отъ государства, въ силу какого приказа эти лица не могутъ ничего дѣлать внѣ границъ своей компетенціи. Иногда эти законы о компетенціи содержатъ повелительный приказъ, въ силу котораго агентъ долженъ дѣйствовать, и временами даже дѣйствовать въ опредѣленномъ направленіи. Административные агенты, въ принципѣ, свободны дѣйствовать или не дѣйствовать; но иногда они обязаны дѣйствовать и даже дѣйствовать въ опредѣленномъ смыслѣ. Юрисдикціонные агенты обязаны дѣйствовать; они не могутъ отказаться судить и должны судить въ духѣ, указанномъ въ законѣ. Можно сказать, что законы о компетенціи, обращенные къ юрисдикціоннымъ агентамъ всѣ содержатъ повелительный приказъ.

4) *Замѣнимые законы.*— Мы называемъ такъ всѣ законы, которые примѣняются только тогда, когда заинтересованныя партіи не пожелали устранить ихъ примѣненія. Какимъ образомъ, спрашивается, можно допустить, что постановленія, исходящія отъ государства, являются законами, когда подданные государства по своему желанію могутъ ихъ примѣнять или не примѣнять? И, однако, въ современныхъ законодательствахъ число законовъ этого рода значительно. Таковы почти всѣ гражданскіе и торговые законы въ силу ст. 6 гражданскаго кодекса: «Нельзя частными соглашеніями

устранять законы, въ которыхъ заинтересованъ общественный порядокъ и добрые нравы», и въ силу ст. 1134: «Законно заключенныя соглашенія занимаютъ мѣсто закона для лицъ, ихъ заключившихъ». Итакъ, здѣсь мы имѣемъ законы, которые примѣняются только тогда, когда нѣтъ противоположнаго соглашенія, а если есть противоположное соглашеніе, то оно занимаетъ мѣсто закона. Правда, есть оговорка: «когда въ этихъ законахъ не заинтересованы общественный порядокъ и добрые нравы». Довольно затруднительно опредѣлить объемъ этой оговорки и сказать, когда гражданскій или торговый законъ касается общественнаго порядка или добрыхъ нравовъ. Здѣсь не мѣсто обсуждать этотъ вопросъ, и наше дѣло только изслѣдовать, могутъ ли эти замѣнимыя постановленія быть законами въ матеріальномъ смыслѣ слова.

Повидимому, подобные законы не заключаютъ въ себѣ приказа, даваемаго государствомъ своимъ подданнымъ, и даже не формулируютъ нормы, повелительной самой по себѣ, ибо, очевидно, не можетъ быть повелительной нормой та, примѣненіе которой подчиненные ей могутъ отмѣнить, когда имъ это угодно. Слѣдуетъ ли изъ этого заключить, что между гражданскими и торговыми законами только тѣ являются законами въ матеріальномъ смыслѣ слова, которые касаются общественнаго порядка и добрыхъ нравовъ, такъ какъ только они содержатъ норму, отъ которой нельзя освободиться, а что всѣ остальные (а такихъ подавляющее большинство) являются законами только лишь въ формальномъ смыслѣ, нормами, формулированными предусмотрительнымъ законодателемъ съ цѣлью облегчить регламентацію гражданскихъ и торговыхъ отношеній, но ни въ

коемъ случаѣ не имѣющими внутренней природы закона?

Вопросъ очень затруднителенъ, ибо, съ одной стороны, кажется труднымъ признать за этими актами характеръ закона, а съ другой стороны, было бы страннымъ, что такая значительная часть современнаго законодательства въ дѣйствительности не имѣла бы законодательнаго характера. Однако за нѣкоторыми рѣдкими исключеніями, французскіе цивилисты, повидимому, не подозрѣваютъ трудности.

Планіоль опредѣляетъ законъ: «обязательная соціальная норма...» [1]) и въ другомъ мѣстѣ [2]): «въ конечномъ выводѣ постановленія закона, не содержащія никакого спеціальнаго запрещенія, распадаются на два разряда, одни *обязательны* въ томъ смыслѣ, что ихъ соблюденіе обязательно для частныхъ лицъ и нельзя устраниться отъ него... другіе *факультативны*, ихъ постановленія имѣютъ или лишь замѣнимую цѣну, или значеніе интерпретаціи воли...» Слѣдовательно, законъ не всегда *обязательная* норма, иногда онъ *факультативнаго* характера; но почему тогда нашъ ученый коллега, въ принципіальномъ опредѣленіи, данномъ имъ закону, говоритъ, что законъ есть *обязательная* норма?

Единственнымъ французскимъ авторомъ, извѣстнымъ намъ, который попытался разрѣшить затрудненіе, былъ де-Варейль-Сомміеръ [3]). Онъ заявляетъ, что законъ, по опредѣленію своему, есть обязательная норма, что постановленіе, которое можно было бы устранить, не является закономъ, и что «нельзя отмѣнять ни одного закона» [4]). Но, спрашиваетъ де-Варейль-Сомміеръ, какъ объяснить, что въ каждый моментъ стороны правомѣрно отмѣняютъ частными соглашеніями постановленія закона? По мнѣнію автора, это объяснится, если понять, что ст. 6 гражданскаго кодекса обозначаетъ лишь слѣдующее: «Можно въ принципѣ отказаться отъ правъ, которыми надѣляетъ насъ законъ; однако этого нельзя дѣ-

---

[1]) Planiol, *Droit civil*, I, n° 134.

[2]) *Ibid.*, n° 273.

[3]) Въ брошюрѣ, озаглавленной: *Des lois, d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899.

[4]) *Ibid.*, стр. 9.

лать, когда законъ запрещаетъ это, а законъ молчаливо или нарочито это запрещаетъ, когда отказъ противорѣчилъ бы общественному порядку и добрымъ нравамъ».

Это не объясненіе; авторъ играетъ словами. Нельзя, говоритъ онъ, освободить себя отъ приказа, заключающагося въ законѣ, но можно отказаться отъ правъ, которыя даетъ законъ. Мы отвѣтимъ: когда законъ надѣляетъ правомъ *A*, онъ обращаетъ къ *B* запретительный приказъ не препятствовать праву *A*; если *A* отказывается отъ своего права, *B* освобождается отъ повиновенія запретительному приказу, содержащемуся въ законѣ. Слѣдовательно, сказать, что можно отказаться отъ правъ, даруемыхъ закономъ, или что можно отмѣнить его постановленія, одно и то же; и если нельзя отмѣнить постановленій закона, то нельзя и отказаться отъ правъ, которыми онъ надѣляетъ. Тѣмъ не менѣе, за де-Варейль-Сомміеромъ сохраняется заслуга, что онъ увидалъ затрудненіе и попытался его разрѣшить.

Чтобы понять истинную природу замѣнимыхъ законовъ, слѣдуетъ вспомнить, какъ они образовались. Они, несомнѣнно, возникли послѣдними въ эволюціи законодательной функціи. Они явились, какъ законодательное признаніе нормъ, установленныхъ обычаемъ. Обычно заключаемыя соглашенія между сторонами были главнымъ элементомъ образованія обычая. Суды усвоили привычку, постановляя рѣшеніе по спорному вопросу между частными сторонами, ссылаться на обыкновеніе, и ихъ рѣшенія сдѣлались такимъ образомъ главнымъ способомъ выраженія обычая. Слѣдующій пунктъ существененъ: въ обычную эпоху частнаго права, суды, за недостаткомъ нарочитыхъ соглашеній между сторонами, регулировали вопросъ согласно сложившимся въ обществѣ обыкновеніямъ; они постановляли, что если стороны ничего не говорили, то онѣ хотѣли дѣйствовать по обычаю. Такимъ образомъ стороны могли или слѣдовать обычаю, или заключать отмѣняющее

его соглашеніе; и если онѣ не сдѣлали этого, то суды примѣняли обычай. Наступаетъ періодъ писаннаго права; обычныя нормы кодифицированы. Это вмѣшательство законодателя не уменьшаетъ автономіи воли частныхъ лицъ. Стороны раньше могли заключать соглашенія, противорѣчащія обычаю; точно такъ же и теперь онѣ могутъ заключать соглашенія, противорѣчащія закону, который лишь констатируетъ этотъ обычай. Для сторонъ ничто не измѣнилось. Но вмѣшательство законодателя имѣло очень важное послѣдствіе. Оно точно опредѣлило обязанность судьи въ случаѣ отсутствія соглашенія между сторонами и въ случаѣ сомнѣнія въ смыслѣ или значеніи соглашенія. Въ такихъ случаяхъ судья долженъ рѣшать согласно постановленію закона; онъ не можетъ освободить себя отъ этой обязанности.

Такъ обнаруживается приказъ, содержащійся въ замѣнимомъ законѣ. Онъ обращается не къ частнымъ лицамъ, сохранившимъ, въ принципѣ, свободу регулировать путемъ соглашенія свои частныя отношенія, а къ юрисдикціоннымъ агентамъ государства, обязаннымъ постановлять рѣшенія по тяжбамъ, возникающимъ между сторонами. Замѣнимый законъ въ дѣйствительности заключаетъ двойной приказъ: онъ предписываетъ судьямъ регулировать частныя отношенія, въ принципѣ согласно соглашеніямъ, заключаемымъ между сторонами, и, кромѣ того, онъ предписываетъ имъ, въ случаѣ отсутствія соглашенія или неясности заключеннаго соглашенія, постановлять согласно издаваемому имъ положенію. Слѣдовательно, замѣнимый законъ дѣйствительно заключаетъ въ себѣ приказъ, обращенный не къ частнымъ лицамъ, а къ агентамъ юрисдикціи.

Вполнѣ правильно будетъ сказать, что замѣнимые законы суть законы о компетенціи; они рѣшаютъ, что въ принципѣ, въ случаѣ отсутствія соглашеній между частными сторонами или въ случаѣ неясности заключенныхъ соглашеній, судьи *компетентны* рѣшать лишь согласно съ постановленіями, заключающимися въ этихъ законахъ. Только поэтому мы могли помѣстить ихъ въ категорію законовъ, которые мы называемъ *конструктивными* законами [1]).

Впрочемъ, съ полнымъ правомъ можно отстаивать мнѣніе, что приказъ, заключающійся въ законѣ, каковъ бы онъ ни былъ, всегда обращенъ не къ частнымъ лицамъ, а лишь къ лицамъ должностнымъ. Можно сказать, что даже уголовные законы въ основѣ своей содержатъ приказъ, обращенный лишь къ должностнымъ лицамъ: уголовный законъ въ дѣйствительности не запрещаетъ убивать или красть; онъ приказываетъ только судьѣ, когда доказано, что индивидъ совершилъ воровство, убійство и т. д., приговорить его къ извѣстному наказанію. Норма, запрещающая убивать или воровать, есть, можно сказать, норма не юридическая, а моральная, подобно нормѣ, запрещающей лгать. Это воззрѣніе имѣетъ то преимущество, что дѣлаетъ возможнымъ довольно элегантное рѣшеніе вопроса о правѣ приказывать и о примиреніи индивидуальной свободы съ властью государства. Дѣйствительно, тогда можно сказать, что государство приказываетъ не частнымъ лицамъ, которыя сохраняютъ свою полную независимость, а лишь своимъ агентамъ, которые, добровольно дѣлаясь его агентами, добровольно подчиняются его волѣ [2]).

37. Санкція закона.— Часто спрашивается, могутъ ли существовать законы безъ санкціи. Нельзя ставить вопроса въ такой формулировкѣ, потому что всякій законъ, можно сказать, содержитъ свою собственную санкцію. Въ самомъ дѣлѣ, несмотря на контроверсы, существующія относительно истинной природы положительнаго закона, обще-

---

[1]) Ср. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900, стр. 565.

[2]) Ср. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, стр. 434.

признано, что законъ, по существу своему, есть формула нормы права. Съ другой стороны, какого бы мнѣнія ни держались относительно обоснованія права, признаютъ также, что объективное право есть соціальная норма. Слѣдовательно, законъ, заключающій формулу объективнаго права, является, какъ таковой, соціальной нормой. Если бъ въ дѣйствительности позитивный законъ не былъ формулой соціальной нормы, отвѣчающей соціальной потребности, онъ не былъ бы реальнымъ закономъ и исчезъ бы. Юристы спорятъ по вопросу, можетъ ли законъ быть отмѣненъ путемъ непримѣненія. Споръ не имѣетъ интереса, такъ какъ, неоспоримо, законъ, находящійся въ очевидной и абсолютной оппозиціи къ элементамъ соціальной солидарности, какъ бы не существуетъ. Пустое хитроуміе обсуждать, существуетъ ли онъ еще *stricto jure*. Соціально онъ уже не существуетъ.

Послѣ того, какъ это установлено, ясно, что вопросъ о санкціи закона возникаетъ лишь тогда, когда одинъ изъ индивидовъ, подчиненныхъ закону, совершаетъ актъ, противный или согласный законамъ, дѣлаетъ то, что законъ позволяетъ ему дѣлать, или то, что законъ запрещаетъ ему дѣлать. Если совершается актъ, согласный съ закономъ, который, по опредѣленію, является соціальной нормой, то этотъ актъ тѣмъ самымъ есть уже соціальный актъ, имѣетъ соціальную цѣну и соціально признанъ; это соціальное признаніе соціальной цѣны акта, согласнаго съ закономъ, составляетъ самую санкцію закона. Наоборотъ, актъ, противный закону, будетъ непремѣнно антисоціальнымъ актомъ, безъ соціальной цѣны, и, слѣдовательно, неизбѣжно вызоветъ соціальную

реакцію, которая и явится санкціею закона. Эта соціальная реакція, разумѣется, принимаетъ различныя формы, сообразно съ временемъ и страною; здѣсь она болѣе или менѣе энергична, болѣе или менѣе быстра; тамъ она организована вполнѣ или несовершенно. Это не важно; она всегда существуетъ. Такъ какъ законъ по самой природѣ своей есть соціальная норма, то нарушеніе закона вызываетъ неизбѣжно соціальное противодѣйствіе, которое и составляетъ самую санкцію закона. Такимъ образомъ законъ носитъ въ самомъ себѣ свою собственную санкцію. Въ дѣйствительности, не можетъ быть закона безъ санкціи.

Именно эту идею выразилъ Іерингъ, который, хотя и училъ, что нѣтъ правовыхъ нормъ, за исключеніемъ установленныхъ государствомъ, тѣмъ не менѣе, утверждалъ нѣсколько разъ, что первая гарантія правъ заключается въ чувствѣ права [1]). Не аналогичную ли мысль желаетъ выразить также и Оріу, когда онъ говоритъ, что законъ есть «выраженіе состоянія соціальной среды» [2])?

Настоящій вопросъ заключается въ слѣдующемъ: государство владѣетъ средствами матеріальнаго принужденія или, точнѣе говоря, правительство, представляющее государство, владѣетъ средствами силою сдѣлать обязательной волю, которую оно выражаетъ отъ имени государства; нужно ли для существованія закона, чтобы дѣйствіе и воздержаніе отъ дѣйствія, предписываемыя закономъ, могли быть вынуждены примѣненіемъ матеріальной силы?

Многіе авторы отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно. Такъ, Планіоль опредѣляетъ законъ: «Норма... санк-

---

[1]) *Der Zweck im Rechte*, I, стр. 368.

[2]) *Droit administratif*. 5 изд., 1903, стр. 19.

ціонированная силою» [1]). Другіе, болѣе осторожные авторы остерегаются говорить о силѣ въ опредѣленіи, даваемомъ ими закону. Такъ, Эсменъ не говоритъ ничего. Они вполнѣ правы, во-первыхъ, потому, что существуетъ много законовъ, для которыхъ, очевидно, невозможна санкція силою, и, во-вторыхъ,—какъ бы это ни казалось парадоксальнымъ,—потому, что не можетъ быть ни для одного закона прямой санкціи силою, а лишь только косвенная санкція.

Существуетъ много законовъ, для которыхъ абсолютно невозможна санкція государственною силою. Таковы всѣ законы, обращенные къ самому государству или къ его прямымъ органамъ или къ представительнымъ органамъ, сливающимся съ нимъ (см. выше, § 36). Если государство нарушаетъ индивидуальное право, если, напримѣръ, парламентъ въ согласіи съ главою государства, издаетъ законъ, нарушающій индивидуальныя права, то, очевидно, невозможно, чтобы для репрессіи этого нарушенія закона вмѣшалась сила. Если парламентъ нерадѣетъ дѣлать то, что онъ долженъ дѣлать, невозможно принудить его къ этому силою, и примѣненіе по отношенію къ нему силы, напримѣръ, со стороны главы государства, прямо привело бы къ гражданской войнѣ. Также, если бы глава государства превысилъ свои полномочія, напримѣръ, произвелъ незаконный роспускъ палатъ, то не видно средствъ обуздать подобные акты силою. Если глава государства дѣйствуетъ подобнымъ образомъ, то потому, что онъ владѣетъ, по крайней мѣрѣ, частью публичной силы; правда, парламентъ, быть-можетъ, также располагаетъ нѣкоторою публичною силою; онъ можетъ непосредственно потребовать ее (законъ 22 іюля 1879 г., ст. 5). Но примѣненіе силы

---

[1]) Planiol, *Droit civil*, I, n⁰ 134.

въ подобномъ случаѣ противъ парламента или противъ главы государства было бы началомъ гражданской войны. Неоспоримо, что деклараціи правъ и вообще конституціонные законы не могутъ нормально быть санкціонированы силою. Давно уже было сказано: въ извѣстные моменты они не имѣютъ другой санкціи, кромѣ чувства законности и добросовѣстности лицъ, ихъ примѣняющихъ. Надо добавить, что они имѣютъ также, въ качествѣ санкціи, болѣе или менѣе сильную, но вѣрную реакцію, которую всегда вызываетъ ихъ нарушеніе; и такимъ образомъ, хотя они и не санкціонированы силою, они, несомнѣнно, являются законами въ матеріальномъ смыслѣ слова.

Нельзя возражать противъ этого, что можетъ существовать высшая юрисдикція для опредѣленіи законности актовъ, произведенныхъ политическими органами, напримѣръ, парламентомъ, и аннулированія всѣхъ тѣхъ, которые были бы сдѣланы въ нарушеніе деклараціи правъ и конституціи. Нѣтъ спора, юрисдикція такого рода могла бы существовать, и мудрые люди думаютъ, что слѣдуетъ ее создать. Сенатъ-охранитель, созданный конституціей VIII года, теоретически былъ юрисдикціей такого рода (конст. VIII года, ст. 21); въ бывшую палату депутатовъ было внесено предложеніе о пересмотрѣ, предлагавшее создать юрисдикцію, компетентную судить о конституціонности законовъ [1]). Если бы подобная юрисдикція существовала, то изъ этого еще не вытекала бы санкція конституціонныхъ законовъ путемъ принужденія. Предположимъ, въ самомъ дѣлѣ, что эта юрисдикція аннулируетъ, какъ противный конституціи или деклараціи правъ, парламентскій актъ, который былъ бы обнародованъ главою государства; это рѣшеніе необходимо привести въ выполненіе путемъ примѣненія силы, т.-е. силою помѣшать исполненію акта, объявленнаго неконституціоннымъ. Но силою располагаютъ

---

[1]) Предложеніе Жюля Роша, Chambre, 1903, *Journal Offic., Docum. parl.*, sess. ord., стр. 97.

парламентъ и глава государства; слѣдовательно, нельзя противъ нихъ употребить силы, чтобы обезпечить примѣненіе рѣшенія, и рѣшеніе будетъ примѣнено лишь въ томъ случаѣ, если этого хотятъ высшіе государственные органы. Слѣдовательно, ничто не измѣнилось, и конституціонный законъ попрежнему остается лишеннымъ прямой санкціи (см. ниже, § 94).

Даже законы, обращенные къ управляемымъ, не могутъ быть объектомъ прямой санкціи матеріальной силою. Прежде всего этому есть основаніе, хотя и психологическаго порядка, но тѣмъ не менѣе, могущественное. Повелительныя положенія закона обращаются къ волѣ. Въ этомъ воля законодателя, желающаго связать волю управляемыхъ; законъ стремится принудить волю къ опредѣленному желанію. Между тѣмъ нѣтъ въ мірѣ власти, которая могла бы прямо принудить волю желать или не желать чего-либо. Слѣдовательно, въ дѣйствительности никогда нѣтъ принуждающей силы, способной прямо обезпечить примѣненіе закона. Это не значитъ, что принужденія нѣтъ совсѣмъ; но оно производится косвеннымъ путемъ. Оно производится, въ случаѣ нарушенія закона, для обезпеченія репрессіи, исправленія или аннулированія акта, сдѣланнаго въ нарушеніе закона. Когда актъ былъ совершенъ согласно закону, оно производится, чтобы обезпечить наступленіе законно желаемаго послѣдствія.

Уголовные законы.—Повидимому, уголовные законы непосредственнѣе всѣхъ санкціонированы принужденіемъ. И, однако, даже и относительно этихъ законовъ нельзя сказать, что принужденіе употребляется съ цѣлью непосредственно обезпечить ихъ примѣненіе. Правда, матеріальныя полицейскія мѣры, принятыя отъ имени государства или общины

чтобы обезпечить общественное спокойствіе и безопасность, являются предварительной матеріальной санкціей уголовнаго закона. Но представляютъ ли эти полицейскія мѣры настоящее примѣненіе матеріальнаго принужденія, когда еще нѣтъ нарушенія закона? Онѣ не направлены противъ какого-нибудь опредѣленнаго лица. Онѣ лишь проявленіе публичной силы, какъ бы предостереженіе всѣмъ тѣмъ, кто попытался бы нарушить законъ, о томъ, что есть сила, обезпечивающая репрессію за нарушеніе закона. Матеріальное принужденіе дѣйствительно производится только тогда, когда законъ нарушенъ. Одинъ агентъ имѣетъ спеціальную компетенцію отдавать приказъ объ арестѣ предполагаемаго виновнаго; другіе агенты могутъ совершить этотъ арестъ; опредѣленная юрисдикція компетентна оцѣнить, было ли совершено правонарушеніе, и приговорить къ извѣстному наказанію того, кто признанъ виновникомъ этого правонарушенія. Вынесенный приговоръ къ наказанію—смерть, каторжныя работы, заключеніе—выполняется матеріально по отношенію къ осужденному. Вотъ матеріальное принужденіе. Оно выступаетъ на сцену лишь съ цѣлью дать возможность выполнить приговоръ; ибо даже предварительный арестъ имѣетъ единственной цѣлью дать возможность выполнить приговоръ. Слѣдовательно, матеріальное принужденіе употребляется, если говорить точно, съ цѣлью обезпечить не выполненіе закона, а выполненіе приговора, произнесеннаго согласно закону. Правда, это осужденіе предназначено служить и какъ предупреждающая мѣра, путемъ устрашенія тѣхъ, кто попытался бы совершить то же правонарушеніе. Но ясно, что въ данномъ случаѣ мате-

ріальная санкція закона носитъ вполнѣ косвенный характеръ.

Запретительные неуголовные законы.—Вполнѣ очевиднымъ представляется, что такіе законы не санкціонированы прямо силою и не могутъ быть санкціонированы. Ихъ санкціей является или денежное возмѣщеніе или объявленіе акта недѣйствительнымъ, и выступаетъ эта санкція на сцену только тогда, когда совершено нарушеніе закона. Если запрещаемое есть матеріальный фактъ, то сила выступитъ только тогда, когда компетентный агентъ констатируетъ фактъ и предпишетъ произвести возмѣщеніе; силою будетъ выполнено это юрисдикціонное рѣшеніе, а не законъ.

Если проявленіе воли, запрещенное закономъ, имѣло въ виду произвести правовое послѣдствіе, то санкціей обыкновенно является ничтожность акта. Но этой ничтожности акта можетъ и не быть, и общее постановленіе, запрещающее извѣстные юридическіе акты, не устанавливая, въ видѣ санкціи, ничтожности такихъ актовъ, тѣмъ не менѣе, было бы матеріальнымъ закономъ; *lex imperfecta* есть все же законъ.

Изъ всего предшествующаго вытекаетъ слѣдующее: ничтожность акта, какъ и репрессія и возмѣщеніе, есть лишь средство, придуманное, чтобы косвенно дать закону санкцію. Эти средства могутъ быть болѣе или менѣе энергичными, болѣе или менѣе неполными; они могутъ даже отсутствовать. Все же положеніе останется закономъ, если оно общаго и повелительнаго характера, такъ какъ его санкція заключается въ его природѣ, какъ соціальной нормы. Въ настоящее время *lex imperfecta* встрѣчается чрез-

вычайно рѣдко, и можно сказать, что всякое обнаруженіе воли, произведенное съ намѣреніемъ произвести правовое послѣдствіе, по общему правилу, поражено ничтожностью, если оно противорѣчитъ тексту закона. Эта ничтожность произносится или констатируется компетентнымъ агентомъ, и въ этомъ случаѣ рѣшеніе агента, разъ это необходимо, будетъ выполнено примѣненіемъ матеріальнаго принужденія. Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что хотя будетъ провозглашена ничтожность акта, совершоннаго въ нарушеніе закона, не всегда будетъ возможно, даже путемъ примѣненія силы, вернуть вещи въ прежнее состояніе, и ничтожность акта есть нѣсколько несовершенное средство санкціи законовъ.

Повелительные законы.—Таковы тѣ законы, которые предписываютъ опредѣленнымъ лицамъ совершать извѣстный взносъ, извѣстное дѣйствіе, каковы, напримѣръ, законы о налогахъ или недавніе законы о религіозныхъ конгрегаціяхъ (законъ 1 іюня 1901 г., ст. 18 и законъ 7 іюля 1904 г.) или законъ объ отдѣленіи церкви и государства (законъ 9 декабря 1905 г). Для законовъ этого рода также нѣтъ прямой санкціи силою. Очевидно, вопросъ о санкціи ставится лишь тогда, когда взносъ или дѣйствіе, предписанное закономъ, не произведены. Въ подобномъ случаѣ, долженъ быть предпринятъ индивидуальный юридическій актъ, юридическій въ собственномъ смыслѣ слова, административный или юрисдикціонный,—актъ, рождающій обязательство для опредѣленнаго индивида; и именно этотъ актъ выполняется силою. По-настоящему, выполняется не законъ, а актъ индивидуальной воли, исходящій отъ государственнаго агента и производящій, если онъ

находится въ согласіи съ закономъ, послѣдствіе, реализація или эквивалентъ котораго гарантированы примѣненіемъ принужденія.

Итакъ, въ окончательномъ выводѣ, когда опредѣляютъ законъ, какъ обязательную норму, санкціонированную силою, говорятъ очень неточно. Примѣненіе силы не вполнѣ отсутствуетъ въ санкціи закона; но оно выступаетъ всегда только косвеннымъ путемъ, чтобы обезпечить реализацію правового послѣдствія, согласнаго съ законами, и чтобы гарантировать репрессію, исправленіе или аннулированіе въ случаѣ, если актъ противорѣчитъ закону. Для нѣкоторыхъ законовъ употребленіе принужденія невозможно даже косвенно. Все, что можно сказать при общемъ опредѣленіи закона, это то, что законъ есть норма, изданная *подъ соціальной санкціей*. Формула эта нѣсколько неопредѣленна, но только она одна точна.

B. Административная функція.

38. Административная функція и административный актъ. — Характеръ административной функціи слѣдуетъ опредѣлить, какъ мы это сдѣлали и для функціи законодательной, съ чисто *матеріальной* точки зрѣнія, т.-е. съ точки зрѣнія внутренней юридической природы административнаго акта, независимо отъ характера органа или агента, осуществляющаго актъ. Съ *формальной* точки зрѣнія, административная функція обнимаетъ всѣ акты, исходящіе отъ органовъ или агентовъ, которымъ законъ данной страны присвоиваетъ административный характеръ. Несомнѣнно, это формальное пред-

ставленіе очень удобно, потому что избавляетъ практически отъ юридическаго анализа, который часто бываетъ труднымъ. Но это представленіе, въ силу именно формальнаго своего характера, является искусственнымъ; оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительному положенію дѣла. Уже было сказано, что часто органы или агенты, несомнѣнно обладающіе административнымъ характеромъ, совершаютъ акты безспорно юрисдикціонные или законодательные. Наоборотъ, органы, не имѣющіе административнаго характера, такъ, напримѣръ, парламентъ, совершаютъ иногда акты, которые по существу своему являются актами административными. Теорія, которая не опредѣляла бы внутренней природы акта, независимо отъ характера, присвоеннаго органу или агенту, совершившему его, безспорно была бы неполной и искусственной. Однако необходимо замѣтить, что формальная точка зрѣнія не лишена практическаго значенія. Вопросъ о допустимости обжалованія по поводу акта часто можетъ быть разрѣшенъ только опредѣленіемъ характера органа или агента, совершившаго этотъ актъ. Иногда актъ, несомнѣнно административный, оказывается не допускающимъ обжалованія, потому что онъ исходитъ отъ органа, напримѣръ, парламента, противъ рѣшеній котораго законы данной страны не допускаютъ обжалованій. Напротивъ, нѣкоторые акты, которые по природѣ своей не являются административными, тѣмъ не менѣе, допускаютъ административное обжалованіе, потому что они исходятъ отъ административной власти. Но эти вопросы связаны съ ученіемъ объ органовъ государства, а вовсе не съ теоріей функцій, которая и должна ограничиться лишь своимъ содержаніемъ.

Подобно тому, какъ мы опредѣлили природу законодательной функціи по внутреннему характеру законодательнаго акта и его отраженію въ мірѣ права, точно такъ же мы опредѣлимъ съ помощью этихъ элементовъ природу административной функціи. Если, пользуясь законодательной функціей, государство вступаетъ въ область объективнаго права, то слѣдуетъ предположить, что путемъ административной функціи оно вступаетъ въ другую юридическую область, которой естественно можетъ быть только область субъективнаго права. Устанавливая законъ, государство формулируетъ отвлеченное правило, независимо отъ обстоятельствъ и лицъ. Слѣдуетъ предположить, что дѣло обстоитъ иначе, когда государство совершаетъ административный актъ, и что тогда государство, имѣя въ виду какое-либо частное положеніе, вступаетъ въ отношеніе съ опредѣленнымъ лицомъ. Наконецъ законъ является общимъ правиломъ, прилагаемымъ къ неопредѣленному ряду случаевъ. Нужно полагать, что, наоборотъ, административный актъ явится актомъ индивидуальнымъ, который исчезнетъ, какъ только желаемый частный результатъ будетъ достигнутъ. Эти предположительные выводы, къ которымъ мы приходимъ, противопоставляя актъ административный акту законодательному, получатъ вполнѣ удовлетворительное объясненіе, если мы будемъ разсматривать административный актъ, какъ юридическій актъ въ собственномъ смыслѣ, совершаемый государствомъ. Юридическій актъ *stricto sensu* есть всякое проявленіе воли, согласное съ объективнымъ правомъ и порождающее какое-либо состояніе субъективнаго права. Слѣдовательно, наше

представленіе объ административной функціи сводится къ слѣдующему: это есть функція, съ помощью которой государство совершаетъ юридическіе акты, т.-е. выражаетъ волю съ тѣмъ, чтобы вызвать какое-либо положеніе субъективнаго права. Такимъ образомъ административный актъ является всегда актомъ индивидуальнымъ и конкретнымъ; напротивъ, актъ законодательный представляетъ общее и отвлеченное постановленіе. Актъ законодательный есть формула извѣстной правовой нормы, актъ административный есть созданіе извѣстнаго правового состоянія.

Къ административному акту, какъ акту юридическому, примѣнима полностью теорія юридическаго акта, и далѣе будетъ показано, какъ приспособляется эта теорія въ примѣненіи къ административнымъ актамъ. Но важно теперь же хорошо усвоить слѣдующее: юридическій актъ по своему опредѣленію есть выраженіе воли, производящее правовое дѣйствіе лишь при условіи соотвѣтствія съ объективнымъ правомъ; а такъ какъ объективное право, при режимѣ *правового* государства и въ періодъ преимущественной законодательной дѣятельности, свойственной современнымъ народамъ, приблизительно покрывается закономъ, то административный актъ можетъ быть съ пользой совершаемъ государствомъ только въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Область административной функціи такимъ образомъ опредѣлена законодательствомъ, и государство-администраторъ можетъ дѣйствовать только въ случаяхъ и подъ условіями, опредѣленными государствомъ-законодателемъ. Какимъ образомъ государство-администраторъ связывается закономъ, изданнымъ тѣмъ же государствомъ? Вопросъ примыкаетъ къ общей

проблемѣ подчиненія государства праву и въ то же время къ проблемѣ обоснованія публичнаго права, относительно которыхъ уже было сказано въ § 16, и къ которымъ мы еще возвратимся въ главѣ IV.

Наше представленіе объ административномъ актѣ встрѣчаетъ возраженія, которыя, на первый взглядъ, кажутся серьезными, и которыя сводятся къ двумъ.

1. Нельзя опредѣлять, говорятъ, административную функцію, такъ, какъ будто она состоитъ въ совершеніи юридическихъ актовъ въ собственномъ смыслѣ, актовъ индивидуальныхъ и конкретныхъ, потому что административная функція обнимаетъ цѣлую массу актовъ, которые вовсе и не индивидуальны и не конкретны, но которые, напротивъ, представляются общими и отвлеченными постановленіями, каковы административные регламенты, напр., регламенты главы государства, регламентарные приказы министровъ, устанавливающіе организацію министерствъ, отправленіе различныхъ общественныхъ службъ. Все это, говорятъ, распоряженія общаго характера, и, однако, они, конечно, являются административными актами. Затѣмъ, прибавляютъ, полицейскія распоряженія префектовъ и меровъ являются постановленіями общаго характера, однакоже это вполнѣ административные акты. Префектъ и меръ являются по существу агентами; ихъ акты могутъ быть только актами административными. Полиція, говорятъ, по самой природѣ своей есть функція административная. Индивидуальная мѣра полиціи является, конечно, административнымъ актомъ; нельзя понять, почему распоряженіе общаго характера, сдѣланное въ полицейскихъ цѣляхъ, не будетъ въ то же время и актомъ административнымъ. Наконецъ, прибавляютъ, генеральные совѣты, муниципальные совѣты издаютъ также извѣстные организаціонные регламенты въ области департаментскихъ службъ, санитарной полиціи, ввозныхъ пошлинъ [1]). Регламенты, вотированные такимъ образомъ, суть распоряженія общаго характера, а между тѣмъ они являются вполнѣ административными актами.

---

[1]) Зак. 10 августа 1871 г., 5 апрѣля 1884 года, 15 февраля 1902 г., 27 іюня 1904 г.

Мы уже говорили о регламентахъ (§ 34) и еще возвратимся къ нимъ въ §§ 40 и 41. Но здѣсь мы должны указать, что возраженіе неосновательно, такъ какъ оно покоится на очевидномъ смѣшеніи матеріальной и формальной точекъ зрѣнія. Что регламенты суть акты, исходящіе отъ административныхъ властей, это безспорно, по крайней мѣрѣ, для регламентовъ, исходящихъ отъ министровъ, префектовъ, меровъ, генеральныхъ и муниципальныхъ совѣтовъ. Менѣе очевидно это для регламентовъ президента республики (ср. § 59). Что регламенты, исходящіе отъ административныхъ властей, допускаютъ обжалованіе такъ же, какъ и индивидуальные акты, это тоже безспорно. Но это отнюдь не доказываетъ, чтобы эти регламенты обладали матеріальнымъ характеромъ *административныхъ актовъ*. Допустимость обжалованія зависитъ прежде всего отъ характера органа или агента, который совершилъ актъ. Говоря, что регламенты суть акты административные, потому что они исходятъ отъ административныхъ агентовъ, ничего не доказываютъ, а лишь формулируютъ неосновательное утвержденіе, покоящееся на смѣшеніи двухъ точекъ зрѣнія, которыя должны быть тщательно различаемы.

2. Дѣлаютъ второе возраженіе и говорятъ: нельзя опредѣлять административную функцію, какъ функцію государства, состоящую въ совершеніи юридическихъ актовъ въ собственномъ смыслѣ, потому что административная функція обнимаетъ цѣлый рядъ актовъ, которые сами по себѣ вовсе не являются актами юридическими, такъ какъ не содержатъ въ себѣ проявленія воли, совершоннаго съ цѣлью произвести юридическое дѣйствіе; а между тѣмъ эти акты не ускользаютъ отъ права и входятъ въ область административной функціи.

Возраженіе неосновательно. Дѣйствительно, существуетъ много актовъ, которые связаны съ административною дѣятельностью государства, и которые, однако, не являются актами юридическими; это тѣ безчисленные акты, помощью которыхъ государство выполняетъ свои различныя назначенія: военныя и морскія операціи, просвѣщеніе, общественныя работы, транспортъ, матеріальныя исполнительныя дѣйствія. Мы вполнѣ признаемъ, что эти акты не ускользаютъ

отъ вѣдѣнія административнаго права и связаны съ административной функціей, но это обстоятельство нисколько не ослабляетъ опредѣленія, даннаго административной функціи.

Прежде всего можно было бы сказать (хотя отвѣтъ былъ бы нѣсколько схоластиченъ): государство есть юридическое лицо и, слѣдовательно, можетъ совершать только юридическіе акты; акты, которые происходятъ отъ чисто-матеріальной дѣятельности, ни въ какомъ случаѣ не могутъ входить въ число функцій государства, которыя могутъ обнимать всегда только акты юридическіе. Этотъ отвѣтъ вовсе не былъ бы неточнымъ; несомнѣнно, что государство, какъ таковое, не можетъ совершать матеріальныхъ актовъ, что оно можетъ только назначить уполномоченныхъ для совершенія этихъ актовъ отъ его имени, за его счетъ и подъ его руководствомъ. Но быть-можетъ, будетъ слишкомъ большой тонкостью сказать, что подобныя операціи не входятъ въ одну изъ функцій государства.

Мы вполнѣ признаемъ, что эти матеріальныя операціи входятъ въ администрацію, понимаемую въ широкомъ смыслѣ. Мы говоримъ только, что эти операціи не могутъ входить въ администрацію въ юридическомъ смыслѣ. Дѣло представляется намъ настолько очевиднымъ, что безполезно и настаивать на этомъ. Но съ другой стороны, опредѣленіе, данное (и поддерживаемое нами) административной функціи, вовсе не имѣетъ своимъ слѣдствіемъ изъятія этихъ матеріальныхъ операцій изъ области административнаго права. Дѣйствительно, въ большинствѣ случаевъ эти матеріальныя операціи связаны съ административными актами въ собственномъ смыслѣ, порождающими юридическое положеніе. Очень часто онѣ подготовляютъ административный актъ, устанавливаютъ формальныя условія, требуемыя для дѣйствительности этого акта (напр., составленіе плановъ, смѣтъ, вѣдомостей расходовъ для сдачи общественныхъ работъ, анкеты, понужденіе по выполненію обязательствъ и проч.). Такъ какъ законность административнаго акта зависитъ отъ правильности этихъ операцій, то онѣ естественно входятъ въ область административнаго права. Очень часто матеріальныя операціи являются также исполненіемъ административнаго юридическаго акта; онѣ входятъ

тогда непосредственно въ административное право, такъ какъ онѣ тѣснѣйшимъ образомъ сливаются съ административнымъ юридическимъ актомъ.

Оріу вполнѣ справедливо пишетъ: «Нужно сумѣть только хорошо проникнуться той идеей, что требованія, заявляемыя многочисленными агентами исполненія, съ которыми общество приходитъ въ соприкосновеніе (агенты финансовые, завѣдующіе дорогами, даже полицейскіе агенты) не представляютъ собой исполнительныхъ рѣшеній, а являются лишь мѣрами исполненія. Административный актъ скрытъ за ними; это актъ, въ силу котораго возникаютъ данныя требованія» [1]).

Наконецъ могутъ существовать извѣстныя матеріальныя операціи, выполняемыя за счетъ государства, которыя или не связаны ни съ какимъ административнымъ юридическимъ актомъ, въ качествѣ его подготовки или исполненія, или связаны съ административнымъ юридическимъ актомъ, который не можетъ имѣть никакого дѣйствія по отношенію къ данному частному лицу. Эти акты тѣмъ болѣе далеко не безразличны для права, что они могутъ стать причиной отвѣтственности либо государства, либо его агентовъ предъ частными лицами. Каковы точныя основанія и объемъ этой отвѣтственности? Здѣсь не мѣсто ихъ опредѣлять. Но очевидно, что эта отвѣтственность не имѣетъ своей порождающей причиной юридическаго акта; слѣдовательно, нельзя сказать, что въ этихъ матеріальныхъ операціяхъ заключается осуществленіе юридической функціи государства. Существуютъ факты, которые являются условіемъ возникновенія права; съ юридической точки зрѣнія, нѣтъ осуществленія функціи государства.

39. Нѣкоторыя доктрины относительно природы административной функціи.—Многіе авторы учатъ, что административная функція отнюдь не сводится къ выполненію государствомъ юридическихъ актовъ въ собственномъ смыслѣ. Принимая особенно во вниманіе административный характеръ актовъ, о которыхъ только что говорилось, регламентовъ, матеріальныхъ операцій, они считаютъ, что необходимо дать

---

[1]) *Droit admin.*, 5-е изд., 1903 г., стр. 263, прим. 1.

гораздо болѣе широкое опредѣленіе административной функціи и основать его на цѣли, которую преслѣдуетъ государство въ административной дѣятельности.

Всѣ ученія, которыя мы имѣемъ въ виду, дѣйствительно основаны на идеѣ цѣли. По нашему мнѣнію, это ихъ общій недостатокъ. Нельзя примѣшивать критерій цѣли въ опредѣленіе юридическихъ функцій государства. Въ самомъ дѣлѣ, уже было сказано, что государство преслѣдуетъ въ дѣйствительности только одну цѣль, безъ сомнѣнія, сложную, но единственную, именно, право возложило на государство обязанность стремиться къ развитію народной культуры при помощи права и сообразно съ правомъ [1]). Но эту единую цѣль оно преслѣдуетъ и достигаетъ различными средствами или, по крайней мѣрѣ, актами, которые имѣютъ различныя послѣдствія въ области права; эти-то послѣдствія и слѣдуетъ опредѣлить. Отправляетъ ли государство законодательную, административную или юрисдикціонную функцію, оно всегда преслѣдуетъ одну и ту же цѣль; но эти акты имѣютъ различный внутренній характеръ, который и должно опредѣлить; этого совершенно невозможно сдѣлать при помощи понятія цѣли, потому что, каковъ бы ни былъ совершонный актъ, цѣль всегда остается одной и той же. По этой причинѣ ученія, о которыхъ мы говоримъ, блуждаютъ въ пустотѣ и неопредѣленности.

Приведемъ только для памяти французскія ученія, по которымъ администрація представляетъ собою отрасль исполнительной власти, административная функція—отрасль исполнительной функціи [2]). Прежде всего слѣдовало бы опредѣлить, что такое исполнительная власть, и что такое исполнительная функція. Въ настоящее время, говоря объ исполнительной власти, конечно, не понимаютъ подъ этимъ долю суверенитета (Ср. §§ 30, 47 и 54), какъ это дѣлали авторы революціонныхъ конституцій. Повидимому, этимъ выраженіемъ обозначаютъ какой-нибудь органъ государства, главнымъ образомъ, обязанный отправлять исполнительную функцію. Но ставя адми-

---

[1]) Ср. выше, § 14.

[2]) Berthélemy, *Droit administratif*, 4-ое изд., 1906 г., стр. 1. Ducrocq, *Droit administratif*, 7-ое изд., 1897 г., стр. 28.

нистрацію въ связь съ исполнительной властью въ такомъ ея пониманіи, тѣмъ самымъ вводятъ формальную точку зрѣнія, даютъ формальное опредѣленіе, а между тѣмъ необходимо дать опредѣленіе матеріальное. Съ другой стороны, чтобы авторитетно говорить, что административная функція представляетъ отрасль исполнительной функціи, слѣдовало бы сначала сказать, что такое исполнительная функція. О ней говорятъ рѣшительно всѣ, и никто ее не опредѣляетъ; мы покажемъ (§ 47) что исполнительная функція не обладаетъ какимъ-либо специфическимъ характеромъ, и что въ дѣйствительности исполнительной функціи не существуетъ.

Нужно съ самаго начала сказать, что большинство административныхъ актовъ вовсе не является на дѣлѣ исполненіемъ закона. Когда министръ заключаетъ, напримѣръ, отъ имени государства договоръ, мы не находимъ закона, исполняемаго имъ; онъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ полномочій, предоставляемыхъ ему закономъ; но онъ исполняетъ законъ не болѣе, чѣмъ частное лицо, заключающее договоръ и дѣйствующее въ предѣлахъ дѣеспособности, которую признаетъ за нимъ законъ. Тѣмъ болѣе, когда префектъ или меръ принимаютъ индивидуальное полицейское рѣшеніе въ предѣлахъ ихъ полицейской власти, они заняты не исполненіемъ закона; они осуществляютъ только власть, принадлежащую имъ по закону, и которую они въ правѣ примѣнять или нѣтъ, судя по обстоятельствамъ.

Оріу, желая опредѣлить административную функцію, пишетъ: «Административная функція характеризуется своей цѣлью. Государство является не только организмомъ, который характеризуется своею силою; оно представляетъ также извѣстную жизненную среду, извѣстный режимъ, наложенный на соціальную среду. Это различіе послужитъ намъ для опредѣленія административной функціи. Цѣлью этой послѣдней является порядокъ государства, его улучшеніе и устроеніе; и можно сказать, что она является дѣятельностью государства, поскольку оно само организуетъ и улучшаетъ соціальную среду» [1]. Это опредѣленіе также построено

---

[1]) *Droit administratif*, 5-ое изд., 1903 г., стр. 12 и стр. 182, прим. 1.

по существу на идеѣ цѣли. При такомъ пониманіи административной функціи, административный актъ можетъ быть индивидуальнымъ или общимъ. Регламентація какъ общественныхъ службъ, такъ и полиціи, входитъ преимущественно въ составъ административной функціи. Оріу даже пишетъ [1]: «сущность административной функціи заключается въ *полиціи*»; и, по его мнѣнію, полиція представляетъ функцію, состоящую въ обезпеченіи общаго порядка. Всѣ эти опредѣленія кажутся намъ крайне туманными.

Артюръ также опредѣляетъ административную функцію по той цѣли, которую государство преслѣдуетъ, отправляя ее. Онъ пишетъ: «Администрація состоитъ въ обезпеченіи путемъ непосредственныхъ и непрерывныхъ актовъ организаціи и работы общественныхъ службъ». Желая объяснить, что такое общественныя службы, нашъ коллега прибавляетъ: «Вотъ другая, болѣе отвлеченная формула, гдѣ положительный объектъ административной функціи выставленъ менѣе ясно, но гдѣ смыслъ его существованія показанъ лучше: управлять—это значитъ добавлять къ законамъ, которые не могутъ быть исполняемы безъ непрерывнаго и самостоятельнаго вмѣшательства общественной власти, необходимые для этого исполненія акты» [2]. Артюръ вводитъ, кромѣ идеи цѣли, идею исполненія закона. Уже было указано, насколько трудно усмотрѣть въ административномъ актѣ актъ исполненія закона. Ученый авторъ говоритъ о *необходимыхъ актахъ исполненія;* но формула даетъ очень мало, если въ ней не сказано, какіе это акты, въ чемъ они состоятъ, какова ихъ внутренняя природа. Сказавши объ арміи, флотѣ, почтѣ, народномъ просвѣщеніи и проч., Артюръ прибавляетъ: «Все это дѣло администраціи; администрація совмѣстно съ законодателемъ заботится, подъ авторитетомъ закона, но съ помощью *пріемовъ, отличныхъ отъ закона,* объ отправленіи и организаціи общественныхъ службъ». *Пріемами, отличными отъ закона:* въ чемъ состоятъ эти пріемы, чѣмъ они отличаются отъ закона,— все это слѣдовало бы сказать, но Артюръ совершенно не объясняетъ намъ этого. Мы увѣрены,

---

[1] Стр. 183.

[2] *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905 г., стр. 19.

что единственное различіе, которое Артюръ видитъ между закономъ и административнымъ актомъ или, по крайней мѣрѣ, нѣкоторыми административными актами, состоитъ въ томъ, что послѣдніе «являются осуществленіемъ подчиненнаго, ограниченнаго вторичнаго суверенитета, могутъ быть незаконными, составлять превышеніе власти и, въ случаѣ надобности, допускать обжалованіе путемъ исковъ». Но говоря это, Артюръ вноситъ формальный элементъ, который здѣсь неумѣстенъ: акты, несомнѣнно законодательные, допускаютъ обжалованіе, акты же, несомнѣнно административные, не допускаютъ такового; это зависитъ отъ органа, который совершаетъ ихъ. Безъ сомнѣнія, административный актъ предполагаетъ предшествующую правовую норму. Онъ не является ея исполненіемъ, но она устанавливаетъ границы и цѣль, въ предѣлахъ которыхъ онъ можетъ проявляться. Но это зависитъ отъ опредѣленнаго внутренняго характера, котораго Артюръ не опредѣляетъ, но который всегда сохраняется въ административномъ актѣ, даже когда онъ исходитъ отъ органа, напримѣръ, парламента, противъ актовъ котораго невозможно обжалованіе.

Многіе иностранные авторы также опредѣляютъ административную функцію по ея цѣли. Позада, почтенный испанскій юристъ, пишетъ: «Администрація представляетъ собою дѣятельность государства, направленную на образованіе, сохраненіе и совершенствованіе организма, помощью котораго это государство достигаетъ своихъ цѣлей» [1]). О. Майеръ пишетъ: «Администрація есть дѣятельность государства по осуществленію своихъ цѣлей и при соблюденіи своего правового порядка» [2]).

Еллинекъ для того, чтобы опредѣлить природу административной функціи, особенно рельефно выдвинулъ цѣль, преслѣдуемую государствомъ. Онъ учитъ, что государство имѣетъ три цѣли, цѣль права, цѣль сохраненія, цѣль культуры. Цѣль права государство преслѣдуетъ законодательной

---

[1]) *Revue du droit public*, 1896 г., I, стр. 299. Ср. аналогичное опредѣленіе Longo, *Revue du droit public*, 1894 г., II, стр. 425.

[2]) *Droit administratif*, франц. изд. 1904 г., I, стр. 13.

и юрисдикціонной функціями, а двѣ другія цѣли—функціей административной. По Еллинеку, «государство, чтобы осуществить свою двоякую цѣль сохраненія и культуры, обладаетъ средствами, которыя принадлежатъ только ему, и которыя проистекаютъ изъ его характера власти, котораго оно никогда не теряетъ. Эта сила, которая принадлежитъ только ему, позволяетъ ему при выполненіи своей миссіи сохраненія и культуры дѣлать сборы, парализовать мятежныя дѣйствія и все это путемъ приказовъ и запретовъ и осуществленіемъ власти принужденія» [1]).

Какъ уже было замѣчено, Еллинекъ и другіе ранѣе цитированные авторы неправильно стремятся опредѣлить природу административныхъ функцій, основываясь на характерѣ преслѣдуемой цѣли, и потому они совсѣмъ не даютъ рѣшенія проблемы. Дѣйствительно, допустимъ вмѣстѣ съ Еллинекомъ, что государство имѣетъ цѣль права, цѣль сохраненія и цѣль культуры. Проблема была бы разрѣшена лишь въ томъ случаѣ, если бы удалось доказать, что акты, совершаемые для достиженія каждой изъ этихъ цѣлей, обладаютъ различными специфическими внутренними свойствами, соотвѣтствующими каждой изъ этихъ трехъ цѣлей. Однако этого доказательства не приводится. Цѣль сохраненія и культуры, безъ сомнѣнія, достигается актами, обладающими административнымъ характеромъ; но эта же двоякая цѣль преслѣдуется и достигается также помощью актовъ, которые обладаютъ несомнѣнно законодательнымъ характеромъ. Говорятъ ли вмѣстѣ съ Оріу о государственномъ режимѣ, о его улучшеніи и устройствѣ, или вмѣстѣ съ Артюромъ объ отправленіи и организаціи общественныхъ службъ, или вмѣстѣ съ Еллинекомъ, о сохраненіи и культурѣ, — всегда, въ сущности, имѣютъ въ виду подъ различными наименованіями одну и ту же цѣль; но государство стремится къ этой цѣли и достигаетъ ея не только путемъ административныхъ актовъ, но также и, быть-можетъ, даже преимущественно, путемъ актовъ законодательныхъ. Авторы этихъ теорій, оставаясь послѣдовательными до конца, должны были бы учить, что законы различныхъ странъ, регулирую-

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905 г., стр. 591 и слѣд.

щіе политическую, дипломатическую, административную, военную и проч. организаціи, суть простые акты администраціи; то же самое слѣдовало бы сказать о всѣхъ законахъ, относящихся до внутренней полиціи страны, вопросовъ экономическихъ и финансовыхъ, организаціи и защиты труда, общественной благотворительности, рабочихъ пенсій. Однимъ словомъ, почти все цѣликомъ современное законодательство всѣхъ цивилизованныхъ странъ перестало бы обладать законодательнымъ характеромъ, чтобы сдѣлаться администраціей. Напримѣръ, законъ 11 марта 1905 г. о рекрутскомъ наборѣ, законъ 14 іюля 1905 г. о вспоможеніи престарѣлымъ и убогимъ, подготовляемый законъ о рабочихъ пенсіяхъ были бы вовсе не законами, а административными актами.

Другіе авторы, и въ частности Лабандъ [1]), совсѣмъ не вводятъ понятія цѣли и опредѣляютъ характеръ административной функціи, въ нѣкоторомъ родѣ психологическимъ характеромъ актовъ, которые она допускаетъ. Эти ученія въ сильной степени связаны съ идеями Л. Штейна [2]). Государство, говорятъ, представляетъ собою лицо; государство думаетъ и дѣйствуетъ; мысль государства—это законодательство и юрисдикція; дѣйствіе государства—это администрація (Verwaltung). *Администрація*, такимъ образомъ, означаетъ собою *дѣятельность* государства, разсматриваемаго, какъ лицо, способное дѣйствовать. Слѣдовательно, словамъ *дѣйствіе*, *дѣйствовать* нужно придавать широкій смыслъ и понимать подъ *дѣйствіемъ* не только акты, которые непосредственно, сами по себѣ, влекутъ извѣстныя внѣшнія послѣдствія, но еще и всякое постановленіе, которое является точкой отправленія для цѣлаго ряда актовъ административнаго процесса, какъ, напримѣръ, объявленіе объ общеполезности (déclaration d'utilité publique).

Въ этой системѣ несомнѣнно заключена извѣстная доля истины. Но ея приверженцы неправы въ своемъ стремленіи раздѣлить двѣ нераздѣльныхъ вещи, *представленіе* и *дѣйствіе* Опредѣлять администрацію, какъ *дѣйствіе* государства, значитъ давать опредѣленіе неточное или, по крайней мѣрѣ, непол-

---

[1]) *Droit public*, франц. изд. 1901 г., II, стр. 505 и слѣд.

[2]) *Verwaltungslehre*, I, 2 изд., 1869 г., стр. 3—34.

ное, ибо *администрація* является также и мыслью государства, потому что всякій административный актъ предполагаетъ за собою рѣшеніе, принятое государствомъ или, по крайней мѣрѣ, органомъ или агентомъ, его представляющимъ.

Кромѣ того, эта доктрина заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Согласно Лабанду, главному представителю этого ученія, дѣйствіе государства заключается прежде всего въ приказѣ государства, распознаваемомъ съ внѣшней стороны, обладающемъ возможностью своего осуществленія и, слѣдовательно, составляющемъ движущую силу цѣлаго ряда административныхъ актовъ. Но оказывается, что такое пониманіе дѣйствія подходитъ, главнымъ образомъ, къ закону Самъ Лабандъ выдвигаетъ приказъ, какъ существенный элементъ закона. Является очевиднымъ противорѣчіемъ указывать, какъ на критерій административной функціи, на тотъ самый признакъ, который, съ другой стороны, объявляется однимъ изъ необходимыхъ элементовъ закона. Законодательство является такою же дѣятельностью государства, какъ и администрація. И даже болѣе; такъ какъ въ современномъ государствѣ дѣятельность административная подчинена дѣятельности законодательной, то дѣятельность государства проявляется скорѣе въ законодательствѣ, чѣмъ въ администраціи [1]).

40. Регламенты не являются административными актами.— Чтобы доказать, что административная функція есть функція, состоящая въ совершеніи актовъ, въ собственномъ смыслѣ юридическихъ, намъ остается установить, что извѣстный рядъ актовъ, относимыхъ иногда къ числу административныхъ, совсѣмъ не обладаетъ этимъ характеромъ. Это доказательство нужно представить, исходя не изъ характера органа или агента, совершающаго эти акты, и не изъ допустимости или недопустимости того или иного рода обжалованія (это значило бы стать на формаль-

---

[1]) Ср. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, стр. 438 и слѣд.

ную точку зрѣнія), а лишь изъ самаго содержанія актовъ.

Регламенты главы государства.—Мнѣніе, признающее въ регламентарныхъ актахъ акты административные, пользуется очень широкимъ распространеніемъ, поэтому далеко не безполезно окончательно установить, что съ матеріальной точки зрѣнія въ нихъ можно усматривать раціонально только акты законодательные [1]). Чтобы привести доказательство этого, лучше всего разсматрѣть главнѣйшіе случаи, когда въ дѣйствующемъ французскомъ правѣ издаются регламенты. Всѣ согласно опредѣляютъ регламентъ, какъ всякое распоряженіе общаго характера, исходящее отъ любого органа, кромѣ парламента, или, если угодно, всякое распоряженіе общаго характера, изданное въ иной формѣ, кромѣ законодательной, (т.-е. кромѣ парламентскаго вотума и обнародованія президентомъ республики). Какимъ образомъ происходитъ, что другіе органы, кромѣ парламента, могутъ издавать распоряженія общаго характера, этотъ вопросъ насъ сейчасъ не интересуетъ. Это былъ бы вопросъ, связанный съ формальной точкой зрѣнія. Единственный вопросъ, подлежащій разсмотрѣнію, заключается въ слѣдующемъ: куда должно причислить эти различные регламенты по ихъ содержанію: къ законодательнымъ актамъ, или же къ актамъ административнымъ въ матеріальномъ смыслѣ?

Прежде всего встрѣчаются регламенты, которые издаетъ президентъ республики или въ дополненіе закона, чтобы установить детали его примѣненія, или

---

[1]) См. изложенное въ § 38.

по предложенію, съ которымъ обращается къ нему парламентъ (какъ это чаще всего имѣетъ мѣсто въ дѣйствующихъ законахъ), или дѣйствуя по собственному почину, такъ какъ въ настоящее время за президентомъ республики обыкновенно признается эта власть. Вопросъ, по какому праву глава государства совершаетъ эти акты, для насъ въ данный моментъ совершенно безразличенъ; нужно только изслѣдовать содержаніе этихъ актовъ. Но намъ кажется несомнѣннымъ, что содержаніе подобныхъ регламентовъ является содержаніемъ по существу законодательнымъ; что распоряженія, которыя они въ себѣ заключаютъ, совершенно также удобно могли бы найти себѣ мѣсто въ самомъ законѣ; что въ этомъ случаѣ имъ принадлежалъ бы матеріальный законодательный характеръ, и что они не могутъ потерять этого характера потому лишь, что ихъ втиснули въ рамки регламента.

Можно привести нѣсколько подтверждающихъ случаевъ. Напримѣръ, регламентъ 13 августа 1889 г., изданный согласно ст. 5 закона 26 іюня 1889 г. о національности, содержитъ многочисленныя распоряженія, касающіяся состоянія лицъ; относительно ихъ законодательнаго характера не можетъ быть сомнѣнія. То же самое, конечно, можно сказать и о регламентѣ 21 сентября 1895 г., связанномъ съ закономъ 30 ноября 1894 г. относительно дешевыхъ жилищъ и содержащемъ распоряженія о сохраненіи нераздѣльности владѣнія дешевымъ жилищемъ, входящимъ въ наслѣдственную массу. Всѣ авторы согласно признаютъ, что распоряженія относительно гражданскихъ правъ гражданъ обладаютъ матеріальнымъ характеромъ закона; этотъ характеръ не исчезаетъ потому только, что эти распоряженія, по той или другой причинѣ, внесены въ регламентъ. Мы укажемъ въ томъ числѣ на массу распоряженій, внесенныхъ, при всей своей важности, въ регламенты 16 августа 1901 г., дополняющіе законъ 1 іюля 1901 года объ ассоціаціяхъ и конгрегаціяхъ, 3 января

и 17 іюля 1905 года, дополняющіе законъ 7 іюля 1904 относительно упраздненія преподаванія въ конгрегаціяхъ, и 29 декабря 1905 года, 19 января и 16 марта 1906 года, дополняющіе законъ 9 декабря 1905 года объ отдѣленіи церкви отъ государства.

Какъ объяснить, что президентъ республики можетъ такимъ образомъ издавать законодательныя распоряженія? Вопросъ очень спорный; одни видятъ въ этомъ делегацію, совершаемую парламентомъ, другіе говорятъ, что регламентъ, изданный при этихъ условіяхъ, составляетъ *цѣлое* съ закономъ. Это все равно; тутъ не мѣсто обсуждать этотъ вопросъ. Достаточно установить, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ регламентами, которые несомнѣнно нельзя разсматривать, какъ акты административные.

A fortiori нельзя разсматривать, какъ административные акты, регламенты, изданные главой государства по предметамъ, включеннымъ самимъ закономъ въ его компетенцію по изданію регламентовъ. Конституціонна ли эта компетенція? Не въ этомъ вопросъ. Здѣсь существенно только указать, что регламенты, издаваемые въ такомъ случаѣ, относятся безспорно къ законодательнымъ предметамъ и совершенно не носятъ характера административныхъ актовъ.

Напримѣръ, регламенты, которые глава государства издаетъ для колоній, могутъ относиться ко всѣмъ тѣмъ предметамъ, которые въ метрополіи могутъ быть установлены только формальнымъ закономъ. Они, конечно, не становятся административными актами. Какъ примѣръ, приведемъ декретъ 15 іюля 1906 года относительно наказаній, навлекаемыхъ на себя въ Алжирѣ всякимъ, кто заключаетъ договоръ, имѣющій предметомъ отчужденіе свободы третьяго лица. Регламенты, которые можетъ издавать глава государства въ силу закона 3 марта 1822 года относительно морской сани-

тарной полиціи и въ силу ст. 8 закона 15 февраля 1902 года относительно гигіены, могутъ содержать распоряженія, направленныя къ тѣсному ограниченію индивидуальной свободы, посягающія на индивидуальную собственность; нельзя сказать, чтобы они представляли собой мѣры исполненія закона потому что они появляются при такихъ положеніяхъ, которыя законъ не предвидѣлъ; если бы распоряженія, которыя они могутъ содержать, были внесены въ формальный законъ, то никому не пришло бы въ голову утверждать, что они не представляютъ матеріальныхъ законодательныхъ распоряженій; они, стало-быть, всегда обладаютъ такимъ характеромъ, и подобные регламенты не могутъ быть административными актами.

Президентъ республики издаетъ регламенты по предметамъ общей полиціи. Обладаетъ ли онъ этой властью согласно конституціи? Мы не будемъ изслѣдовать здѣсь этотъ пунктъ. Несомнѣнно только, что подобные регламенты существуютъ, напримѣръ, регламентарные декреты 10 марта 1899 года и 10 сентября 1901 года относительно движенія автомобилей, которые ни съ какимъ закономъ въ связи не стоятъ, и которымъ не предшествуютъ никакія ссылки на законы.

Понятіе полиціи является довольно неопредѣленнымъ. Однако несмотря на разнообразныя опредѣленія, которыя ему давали, существуетъ пунктъ, по которому, повидимому, всѣ согласны, а именно, что полиція предполагаетъ на сторонѣ власти изданіе акта, который ограничиваетъ свободное развитіе индивидуальной дѣятельности.

Такъ, Оріу говоритъ, что полиція имѣетъ цѣлью обезпечить публичный порядокъ, и что она достигаетъ этой цѣли путемъ приказовъ, запрещеній, обращенныхъ къ частнымъ лицамъ [1]); Бертелеми говоритъ, что она представляетъ сово-

---

[1]) *Droit administratif*, 5 изд., 1903 г., стр. 505.

купность мѣръ, предписанныхъ для обезпеченія сохраненія порядка и народнаго здравія въ странѣ [1]). Въ Германіи Розинъ въ своей классической книгѣ, озаглавленной *Das Verordnungsrecht* [2]) опредѣляетъ полицію, какъ «совокупность ограниченій, налагаемыхъ на естественную свободу дѣйствій индивида въ общихъ интересахъ». Можно было бы оспаривать точность этихъ опредѣленій (ср. § 74). Но для даннаго момента это безполезно, и мы принимаемъ эту идею, которая, повидимому, единодушно признается: полиція предполагаетъ ограниченія, налагаемыя на естественную свободу индивидовъ.

Когда въ полицейскихъ видахъ налагается индивидуальнымъ путемъ ограниченіе на свободу опредѣленнаго лица, то, безспорно, такое рѣшеніе является актомъ административнымъ въ собственномъ смыслѣ, напримѣръ, рѣшеніе префекта парижской полиціи или префекта какого-нибудь департамента, воспрещающее какую-нибудь театральную пьесу, рѣшеніе компетентной на то власти, предписывающей опредѣленному лицу извѣстныя дѣйствія въ видахъ общественнаго здравія или безопасности, напримѣръ, истребленіе животныхъ, пораженныхъ заразительными болѣзнями, сломку стѣны, угрожающей паденіемъ на краю общественной дороги, очистку, испраленіе нездоровыхъ помѣщеній и пр. [3]). Безспорно также, при господствѣ въ современномъ государствѣ режима законности, подобныя полицейскія рѣшенія могутъ имѣть мѣсто только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ общей нормой, какой является законъ, и которая устанавливаетъ компетенцію агентовъ, обязанныхъ принимать эти индивидуальныя рѣшенія.

---

[1]) *Droit administratif*, 4 изд., 1906 года, стр. 225.

[2]) *Das Verordnungsrecht*, 2 изд., 1895 г., стр. 131.

[3]) Законы 21 іюня 1898 г. и 15 февраля 1902 г.

Но теперь допустимъ, что ограниченія, налагаемыя въ полицейскихъ видахъ на индивидуальную свободу, являются результатомъ распоряженій, принятыхъ въ общей и отвлеченной формѣ, и устанавливаютъ постоянныя правила, каковы, напримѣръ, распоряженія вышеупомянутыхъ декретовъ 1899 и 1901 гг. относительно движенія автомобилей. Тогда, утверждаемъ мы, каково бы ни было опредѣленіе, даваемое закону, нельзя не видѣть въ подобныхъ распоряженіяхъ матеріальныхъ законовъ. То обстоятельство, что эти распоряженія установлены съ цѣлью обезпечить общественный порядокъ, безопасность, тишину и здравіе, ничего не измѣняетъ во внутреннемъ характерѣ акта. Говоря по правдѣ, всѣ законы издаются въ виду общественнаго порядка, безопасности и тишины. Если въ подобныхъ регламентахъ видѣть административные акты, то нѣтъ никакихъ основаній не видѣть административныхъ актовъ и во всѣхъ законахъ.

Каково бы ни было опредѣленіе, даваемое закону, распоряженія полицейскихъ регламентовъ являются матеріальными законами. Если, какъ говорятъ намъ, всякое распоряженіе, изданное общественной властью въ общей и отвлеченной формѣ, является закономъ, то очевидно, что и эти полицейскіе регламенты суть законы. Когда утверждаютъ вмѣстѣ съ Оріу (стр. 21), что «всякое новое условіе, внесенное въ пользованіе свободой, и всякая организація, имѣющая значеніе для гарантіи свободы, являются или должны являться содержаніемъ закона», то мы вполнѣ открываемъ и въ полицейскихъ регламентахъ элементы этого опредѣленія. Развѣ декреты относительно движенія автомобилей 1901 и 1899 гг. не содержатъ условій,

наложенныхъ на пользованіе свободой,—свободой передвиженія по общественнымъ дорогамъ и даже свободой промышленности? Развѣ, напримѣръ, распоряженіе ст. 11 декрета 10 марта 1899 года, гласящее: «Никто не можетъ управлять автомобилемъ, если онъ не имѣетъ свидѣтельства объ испытаніи, выданнаго префектомъ» не налагаетъ новаго условія на пользованіе свободой?

Наконецъ, если подобно Лабанду и Еллинеку говорятъ, что для матеріальнаго закона необходимо распоряженіе, обращенное къ частнымъ лицамъ, исходящее отъ *государственнаго аппарата* и измѣняющее сферу юридической дѣятельности частныхъ лицъ, расширяя или сужая ее, то тогда въ полицейскихъ регламентахъ должны видѣть прежде всего распоряженія этого рода. Эти регламенты имѣютъ цѣлью именно сузить сферу юридической дѣятельности частныхъ лицъ. Конечно, какъ уже было сказано, если бы подобныя распоряженія были внесены въ формальный законъ, то никому и въ голову не пришло бы утверждать, что они не имѣютъ характера матеріальнаго закона. Но формальная точка зрѣнія здѣсь всегда вліяетъ на точку зрѣнія матеріальную: наталкиваясь на распоряженія, сдѣланныя органомъ, обыкновенно не издающимъ законовъ, стараются, вопреки очевидности, доказать, что они не обладаютъ характеромъ матеріальныхъ законовъ.

Розинъ хорошо показалъ этотъ характеръ *матеріальныхъ законовъ*, принадлежащій полицейскимъ регламентамъ. Онъ совершенно справедливо пишетъ: «Полицейское постановленіе обладаетъ *матеріальнымъ* характеромъ закона и *формальнымъ* характеромъ по-

становленія... Содержаніе полицейскихъ постановленій опредѣляется предписаніями права, которыми подданные въ полицейскихъ цѣляхъ принуждаются къ совершенію актовъ или воздержанію отъ нихъ подъ страхомъ уголовнаго наказанія. Полицейскій законъ, изданный парламентомъ, имѣетъ точно такое же содержаніе» [1]).

Во всѣхъ странахъ и особенно во Франціи встрѣчается большое количество регламентовъ главы государства, которые имѣютъ своимъ предметомъ организовать отправленіе общественныхъ службъ, и въ частности, очень многочисленные, послѣ финансового закона 29 декабря 1886 года ст. 16, регламенты по внутренней организаціи министерствъ. Въ этомъ находятъ новый поводъ для торжества и объявляютъ: вотъ распоряженія совершенно общаго свойства, относительно которыхъ никакъ нельзя утверждать, что они обладаютъ характеромъ законовъ въ матеріальномъ смыслѣ. Эти регламенты, организующіе общественныя службы, являются, говорятъ, неоспоримо административными актами.

Одни, какъ Оріу, утверждаютъ: «Подобные регламенты служатъ для организаціи того, что является общественнымъ; они непосредственно имѣютъ въ виду соціальный результатъ, не заботясь объ ограниченіи свободы, почему они и являются актами администраціи» [2]). Другіе, какъ Лабандъ, говорятъ: «Эти акты общаго характера не могутъ быть актами законодательными въ матеріальномъ смыслѣ, *потому что они не выходятъ изъ предѣловъ административнаго аппарата*; потому что они не заключаютъ въ себѣ повелѣнія, обращеннаго къ подданнымъ; потому что они дѣйствительно не содержатъ въ себѣ выраженія какого-нибудь правила; потому что во

---

[1]) Rosin, *Verordnungsrecht*, 2-ое изд., 1895 г., стр. 55.

[2]) 5 изд., стр. 22.

всѣхъ случаяхъ распоряженіе, содержащееся въ этихъ регламентахъ, не отражается на юридическомъ положеніи частныхъ лицъ. Для администраціи, образующей одно цѣлое, это распоряженіе не является неизбѣжнымъ приказомъ, исходящимъ отъ высшей власти; оно представляетъ выраженіе ея собственной воли; оно не творитъ права; оно колеблется внутри предѣловъ, установленныхъ правомъ» [1]).

Эти разсужденія совершенно не убѣждаютъ насъ. Прежде всего, далѣе (§ 47) будетъ еще обсуждаться, существуетъ ли юридическая функція государства, которая не была бы ни законодательной ни административной, и которая вмѣщала бы въ себѣ акты общаго характера, относящіеся исключительно къ агентамъ государства, а не къ частнымъ лицамъ,— функція, которая была бы *общей исполнительной* функціей или *правительственной*. Въ дѣйствительности такой функціи, по нашему мнѣнію, не существуетъ. Вопросъ другой, существуетъ ли она въ представленіяхъ французскаго положительнаго публичнаго права. Но каково бы ни было его рѣшеніе, мы полагаемъ, что нельзя разсматривать подобные регламенты, какъ административные акты, и что логически ничто не мѣшаетъ видѣть въ нихъ акты законодательные въ матеріальномъ смыслѣ.

Болѣе того, уже было замѣчено, что если не признавать этого свойства матеріальнаго закона за распоряженіями, примѣненіе которыхъ, повидимому, не выходитъ за предѣлы государственнаго аппарата,— распоряженіями, которыя ограничиваются «организаціей того, что является общественнымъ», то логически было бы необходимо отказать въ характерѣ матеріальнаго закона и всѣмъ органическимъ зако-

---

[1]) *Droit public*, франц. изд., II, стр. 377 и 380.

намъ страны. Во-вторыхъ, когда распоряженія, повидимому, ограничивающіяся организаціей публичной службы и содержащіяся въ регламентѣ, оказываются, какъ это часто бываетъ, перенесенными въ формальный законъ, то никто не колеблется видѣть въ нихъ съ этого момента распоряженія, обладающія матеріальнымъ законодательнымъ характеромъ; но если бы они раньше не обладали такимъ характеромъ, то они не могутъ обладать имъ и послѣ.

Наконецъ, съ другой стороны, нельзя, вмѣстѣ съ Оріу и Лабандомъ, утверждать, что эти организаціонные регламенты «ограничиваются организаціей того, что является публичнымъ, не выходятъ изъ предѣловъ административнаго аппарата, не реагируютъ на частныхъ лицъ». Несомнѣнно, они имѣютъ существенной цѣлью внутреннюю организацію публичныхъ службъ; но они всегда болѣе или менѣе реагируютъ на частныхъ лицъ. Въ этомъ вполнѣ можно убѣдиться при бѣгломъ обозрѣніи главнѣйшихъ организаціонныхъ регламентовъ. Развѣ, напримѣръ, многочисленные регламенты о народномъ просвѣщеніи не касаются всѣхъ частныхъ лицъ, которыя въ той или иной формѣ пожелаютъ воспользоваться общественнымъ обученіемъ? Развѣ безчисленные регламенты относительно арміи не касаются всѣхъ французовъ, которые согласно обязательной воинской повинности принадлежатъ, за рѣдкими исключеніями, къ арміи съ 20-лѣтняго до 45-лѣтняго возраста? Развѣ точно такъ же регламенты, которые распредѣляютъ дѣла въ каждомъ министерскомъ департаментѣ по дирекціямъ, отдѣленіямъ, бюро, не обращаются какъ къ заинтересованнымъ лицамъ, которымъ нужно отправиться въ то или

другое бюро, такъ и къ министерскимъ чиновникамъ, которые должны заниматься тѣмъ или другимъ дѣломъ? Но что яснѣе всего доказываетъ, что мы правы, такъ это затрудненіе авторовъ, которыхъ мы оспариваемъ, когда они сталкиваются съ какой-нибудь организаціей, напримѣръ, организаціей министерства, которая регулируется одновременно и закономъ и регламентомъ. Въ такомъ случаѣ содержаніе какъ закона, такъ и регламента, совершенно одинаково; оставаясь логичнымъ, нужно сказать, что законъ и регламентъ суть акты административные. Однако не рѣшаются утверждать, что такой законъ не представляетъ матеріальнаго закона, слѣдовательно, и регламентъ, имѣющій то же содержаніе, также является, съ матеріальной точки зрѣнія, законодательнымъ актомъ.

Впрочемъ, какъ было уже указано (§ 37), можно было бы утверждать, что всѣ законы обращаются исключительно къ агентамъ государства, что велѣніе закона не имѣетъ никакого отношенія къ частнымъ лицамъ. Это, можетъ-быть, парадоксально, но быть-можетъ, не совсѣмъ неточно. Если это вѣрно, и если принять разсужденія Оріу и Лабанда, то всѣ законы оказались бы административными актами: законодательной функціи болѣе не существовало бы. Во всякомъ случаѣ, гражданскіе законы, которые частныя лица могутъ измѣнять своими соглашеніями, согласно ст. 6 гражд. улож., несомнѣнно обращаются исключительно къ судьямъ, агентамъ государства, а не къ частнымъ лицамъ; такимъ образомъ, они не представляютъ законовъ въ матеріальномъ смыслѣ!

Регламенты административныхъ органовъ или агентовъ.—Не только глава государства, но и многіе органы и агенты, обладающіе, конечно, характеромъ административныхъ органовъ или агентовъ, могутъ издавать и издаютъ многочисленные регламенты. Уже было указано на префекта и мера, которые въ

области полиціи обладаютъ очень широкой регламентарной компетенціей [1]), на генеральный совѣтъ, который регламентируетъ извѣстныя департаментскія службы [2]), и на муниципальный совѣтъ, издающій регламенты особенно по организаціи полиціи и ввозныхъ сборовъ [3]). Не колеблясь слѣдуетъ сказать, что подобные регламенты съ матеріальной точки зрѣнія обладаютъ характеромъ законодательныхъ актовъ. Нужно вполнѣ отрѣшиться отъ органа, совершающаго актъ, и разсматривать только содержаніе акта. Доводы остаются тѣ же, что приводились выше, такъ какъ они были выведены не изъ свойствъ, принадлежащихъ главѣ государства, а лишь изъ предмета регламентовъ. Полицейскій регламентъ префекта или мера представляетъ распоряженіе общаго характера, стѣсняющее свободное проявленіе индивидуальной дѣятельности; слѣдовательно, онъ обладаетъ всѣми внутренними свойствами закона. Организаціонные регламенты, исходящіе отъ генеральныхъ и муниципальныхъ совѣтовъ, являются распоряженіями общаго характера, реагирующими на частныхъ лицъ и, слѣдовательно, относятся къ матеріальнымъ законодательнымъ актамъ.

Но въ то же время регламенты, изданные административными органами или агентами, безспорно являются, съ формальной точки зрѣнія, административными актами. Всѣ административныя обжалованія, въ какомъ бы порядкѣ они ни соверша-

---

1) Законы 5 апрѣля 1884 г., ст. 91, 95 и 99, 21 іюня 1898 г. и 15 февраля 1902 г.

2) Зак. 10 августа 1871 г., зак. 14 іюля 1905 г. о призрѣніи престарѣлыхъ и убогихъ.

3) Зак. 5 апрѣля 1884 г., ст. 102, 103, 137, 140.

лись, которыя законодательство разрѣшаетъ по отношенію къ индивидуальнымъ и административнымъ актамъ въ собственномъ смыслѣ, исходящимъ отъ этихъ органовъ или агентовъ, будутъ допустимы и относительно ихъ регламентарныхъ актовъ.

Но, скажутъ, въ такомъ случаѣ весь предшествующій споръ теряетъ всякій смыслъ. Нисколько; практически очень важно установить, что регламентарные акты представляютъ собой, съ матеріальной точки зрѣнія, акты законодательные. Дѣйствительно, если регламентарный актъ по природѣ своей является административнымъ актомъ, то онъ входитъ въ нормальную компетенцію административнаго чиновника, который въ такомъ случаѣ, обладая компетенціей по опредѣленному предмету, будетъ тѣмъ самымъ и безъ подробнаго означенія этого въ законѣ компетентенъ по изданію и индивидуальныхъ, и регламентарныхъ актовъ. Напримѣръ, чиновникъ, облеченный общей полицейской властью, будетъ обладать полномочіями на совершеніе индивидуальныхъ полицейскихъ и регламентарныхъ актовъ. Если же, наоборотъ, допустить вмѣстѣ съ нами, что регламенты не обладаютъ природой административныхъ актовъ, то они не входятъ въ нормальную компетенцію администратора, который можетъ издавать даже въ предѣлахъ его законной компетенціи, регламентарные акты только тогда, когда законъ на это его прямо уполномочилъ. Полицейскій чиновникъ, будетъ въ правѣ издавать полицейскіе регламенты только въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ спеціально на это уполномоченъ. Чиновникъ, начальникъ службы, можетъ издать организаціонный регламентъ только тогда, когда законъ призналъ за нимъ спеціальную на это компетенцію.

Авторы, которые видятъ въ регламентахъ административные акты, вполнѣ логично учатъ, что регламентарная власть нормально входитъ въ компетенцію административныхъ агентовъ. Оріу выражается, что полицейская регламентарная власть нормально связана съ административными функціями [1]). Многіе нѣмецкіе авторы, напримѣръ, Розинъ [2]) защищаютъ то же положеніе, а Гнейстъ писалъ: «Когда агентъ обладаетъ властью предписывать или запрещать какой-нибудь частный случай, то онъ также можетъ приказывать или запрещать во всѣхъ случаяхъ того же самаго рода [3])»

Намъ кажется безспорнымъ, что съ точки зрѣнія французскаго положительнаго права регламентарная власть административныхъ агентовъ представляетъ нѣчто исключительное. Законы всегда стремились подробно обозначить предметы, относительно которыхъ административные агенты обладаютъ регламентарной властью, напримѣръ, законъ 5 апрѣля 1884 г., ст. 92 и 95 для меровъ и законъ 10 августа 1871 года для генеральныхъ совѣтовъ.

Однако говорятъ: доказательство того, что регламенты представляютъ простые административные акты и входятъ въ нормальную компетенцію административныхъ агентовъ, заключается въ томъ, что эти акты не связываютъ администрацію, всегда имѣющую возможность отмѣнить ихъ, тогда какъ законами администрація связана. Аргументъ не серьезенъ, потому что основанъ на смѣшеніи формальной и матеріальной точекъ зрѣнія. Административный агентъ компетентенъ отмѣнить регламентъ, потому что онъ компетентенъ и издать его. Но пока регламентъ существуетъ, административный агентъ, какъ и вся администрація, какъ и всѣ управляемые, связанъ этимъ регламентомъ. Административный агентъ, издавшій регламентъ, можетъ отмѣнить его въ общемъ порядкѣ, измѣнить его въ общемъ порядкѣ, но пока регламентъ существуетъ, онъ связанъ этимъ регламентомъ, какъ

---

[1]) 5 изд., стр. 505.

[2]) *Verordnungsrecht*, стр. 58.

[3]) *Rechtslexikon* Гольцендорфа, 3 изд., III, стр. 1054.

законодатель связанъ изданнымъ имъ закономъ, пока послѣдній существуетъ [1]).

41. Политическіе акты не являются административными актами. — Здѣсь важно избѣжать часто допускаемаго смѣшенія. Иногда подъ политическимъ актомъ разумѣютъ всякій актъ, совершонный съ политической цѣлью публичной властью, и даже утверждаютъ, что актъ, который по своей внутренней природѣ является административнымъ актомъ, становится политическимъ, когда онъ совершонъ съ политическою цѣлью. Говорятъ также, что административный актъ, совершонный съ политической цѣлью, дѣлаясь актомъ политическимъ, ускользаетъ отъ административныхъ обжалованій общаго права, даже въ томъ случаѣ, если бы онъ исходилъ отъ власти, акты которой въ принципѣ допускаютъ это обжалованіе. Но тутъ затрогивается формальная точка зрѣнія, и мы не будемъ на ней останавливаться. Остается только уяснить, что такое политическая цѣль. Въ своемъ собственномъ и возвышенномъ смыслѣ, политика является искусствомъ управлять народами. Такимъ образомъ актъ опредѣлялся бы политической цѣлью, когда онъ ставилъ бы своей цѣлью управленіе народомъ по правиламъ политическаго искусства. Но, очевидно, когда говорятъ о политической цѣли,

---

[1]) Относительно регламентарныхъ актовъ см. Valegeas, *Le pouvoir réglementaire*, thèse, Bordeaux, 1895 г.; Balakowski-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, thèse, Paris, 1901 г.; Moreau, *Le règlement administratif*, 1902 г.; Raiga, *Le pouvoir réglementaire du président*, thèse, Paris, 1903 г.; Cohen, *La loi et le règlement*, thèse, Paris, 1903 г.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*. 1887 г.; Rosin, *Verordnungsrecht*. 2 изд., 1895 г.; Juille, *Le domaine du règlement présidentiel*, thèse, Paris, 1905 г.

то ее не понимаютъ въ этомъ именно смыслѣ. Дѣйствительно, на обыденномъ языкѣ, политика означаетъ искусство достигать власти и положенія и удерживать ихъ. Отсюда политическій актъ или актъ, совершонный съ политической цѣлью, является актомъ, совершоннымъ или предписаннымъ людьми, стоящими у власти, съ цѣлью удержать власть въ своихъ рукахъ, устранить людей или факты, которые могли бы компрометировать ихъ положеніе. Иными словами, политическій актъ являлся бы актомъ, совершоннымъ или предписаннымъ правительствомъ для обезпеченія собственной безопасности. Отсюда названіе правительственныхъ актовъ, часто даваемое актамъ этого рода.

Доктрина, насчитывавшая въ свое время авторитетныхъ приверженцевъ, утверждала: актъ административный по своей внутренней природѣ, совершонный съ политической цлѣью въ такомъ ея пониманіи, перестаетъ быть административнымъ актомъ и дѣлается актомъ политическимъ, актомъ правительственнымъ; отсюда то слѣдствіе, что обжалованіе, обычно допускаемое въ отношеніи административныхъ актовъ, совершенно не допустимо въ отношеніи политическаго акта. Нынѣ такой взглядъ почти единодушно отвергнутъ. Административный актъ не можетъ измѣнять своей природы въ зависимости отъ того, что онъ былъ продиктованъ власти тѣми или иными соображеніями. Онъ обладаетъ извѣстной природой, независимо отъ своей цѣли, и эта природа не можетъ измѣняться въ зависимости отъ частной цѣли, въ виду которой онъ совершенъ. Вообще, какъ было уже сказано, идея цѣли должна оставаться совер-

шенно чуждой юридическому опредѣленію функцій государства и актовъ, которые онѣ допускаютъ.

Говоря о *политическихъ актахъ* и утверждая, что они не представляютъ административныхъ актовъ, мы имѣемъ въ виду акты, которые касаются отправленія и отношеній политическихъ органовъ и дѣйствія, которое они производятъ одни на другихъ. Извѣстно, что въ политической организаціи современныхъ государствъ и особенно во Франціи правительство (понимаемое, какъ совокупность органовъ, представляющихъ государство и выражающихъ его волю) имѣетъ сложную структуру и слагается по существу изъ двухъ органовъ: парламента и правительства въ собственномъ смыслѣ. Эти два органа должны взаимно ограничиваться и уравновѣшиваться; для этого они оказываютъ взаимное воздѣйствіе одинъ на другого; на такомъ взаимномъ ограниченіи этихъ двухъ органовъ покоится вся гарантія публичныхъ свободъ. Это взаимное ограниченіе естественно предполагаетъ отношенія между данными двумя органами, равно какъ и акты, совершаемые съ этой цѣлью тѣмъ и другимъ. Могутъ ли подобные акты быть административными? Очевидно, нѣтъ.

Дѣйствительно, даже если не принимать вполнѣ нашей теоріи административнаго акта, то и тогда придется признать, что административный актъ предполагаетъ извѣстное отношеніе, возникающее между государствомъ и другой личностью. Даже акты общаго или индивидуальнаго характера, о которыхъ говорятъ (напр., Лабандъ и Оріу), что они не выходятъ изъ предѣловъ административнаго аппарата, обращаются къ личности, отличной отъ государства; они обращаются къ агентамъ, и трудно не признать,

что агенты обладаютъ личностью, отдѣльной отъ личности государства. Напротивъ, мы не можемъ считать, что парламентъ и правительство обладаютъ каждый личностью, отдѣльной отъ личности государства. Очевидно, нельзя допустить представленія, которое было у членовъ учредительнаго собранія 1791 года (ср. § 54) и проповѣдывалось Кантомъ, и согласно которому каждая часть расчлененнаго суверенитета, каждая власть—законодательная и исполнительная—образуетъ отдѣльную личность; совокупность этихъ лицъ образуетъ единое лицо, государство. Это представленіе, помимо того, что оно слишкомъ таинственно, чтобы быть научнымъ, находится въ противорѣчіи даже съ принципомъ недѣлимости суверенитета (ср. § 30). Если же парламентъ и правительство не представляютъ личностей, отдѣльныхъ отъ государства, то является невозможнымъ возникновеніе между ними юридическихъ отношеній, и акты, совершаемые однимъ, чтобы оказать на другого свое конституціонное воздѣйствіе, не будутъ административными актами. Они являются настоящими актами внутренней жизни государства; именно здѣсь будетъ вполнѣ точно сказать, что эффектъ не выходитъ изъ предѣловъ государственнаго аппарата. Они являются прямымъ результатомъ функціонированія конституціи. Посредствомъ ихъ не возникаетъ и не можетъ возникнуть между государствомъ и какой-либо личностью, отдѣльной отъ него, никакихъ отношеній какого бы ни было рода.

Иногда, даже и въ наше время, въ парламентѣ и правительствѣ въ собственномъ смыслѣ, желаютъ видѣть два юридическихъ лица, отличныя другъ отъ друга и отъ государства, обладающія правами и вступающія въ отноше-

нія съ другими юридическими лицами [1]). Мы не удивляемся, что эти таинственныя представленія нравятся нѣсколько мистическому уму Оріу. Но намъ они кажутся положительно бездоказательными. Что каждый депутатъ, взятый индивидуально и каждый членъ правительства сохраняютъ свою личность, это не подлежитъ сомнѣнію. Но что парламентъ и правительство, взятые въ цѣломъ составѣ, являются отдѣльными лицами, этого невозможно доказать. Если допускать безусловно постулатъ коллективной личности, то и тогда мы не видимъ никакого основанія, которое можно было бы дать мнимой юридической личности парламента и правительства. Единственное основаніе, которое можно дать коллективной личности,—это опредѣленная и особая цѣль, которую эта личность преслѣдуетъ. Но парламентъ и правительство не преслѣдуютъ различныхъ цѣлей и не стремятся къ цѣли, отличной отъ цѣли государства; они сообща преслѣдуютъ общую и существенную цѣль государства: формулировать право и обезпечивать его осуществленіе; они образуютъ единую съ государствомъ личность или, точнѣе, такъ какъ государство является организованной націей, то существуетъ только единая личность, личность государства, волю котораго они выражаютъ [2]).

Какъ примѣръ политическихъ актовъ, не обладающихъ въ качествѣ таковыхъ характеромъ административныхъ актовъ, можно привести слѣдующіе. Прежде всего сюда относятся всѣ акты, помощью которыхъ парламентъ осуществляетъ свой контроль надъ правительствомъ: вотированіе въ порядкѣ дня довѣрія или порицанія, назначеніе анкетныхъ комиссій, требованіе сообщить тотъ или иной документъ или принять тѣ или иныя мѣры и пр.; избраніе президента республики двумя палатами, соеди-

---

[1]) См. очеркъ этой теоріи въ замѣткѣ Оріу, Sirey, 1899 г., III, стр. 121.

[2]) Ср. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905, стр. 281.

ненными въ національное собраніе, согласно ст. 2 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 г. Съ другой стороны, таковыми являются многочисленные акты, путемъ которыхъ президентъ оказываетъ воздѣйствіе, признанное за нимъ конституціей, на парламентъ: декретъ о созывѣ избирательныхъ собраній для выбора сенаторовъ и депутатовъ, декретъ о созывѣ, отсрочкѣ, закрытіи парламента [1]), декретъ, которымъ президентъ республики, по соглашенію съ сенатомъ, распускаетъ палату депутатовъ [2]). Ни одинъ изъ этихъ актовъ не обладаетъ характеромъ административнаго акта.

Отсюда часто заключаютъ, что ни одинъ изъ этихъ актовъ не допускаетъ обжалованій, возможныхъ относительно административныхъ актовъ. Что эти обжалованія не допускаются, это неоспоримо; но не по той причинѣ, что эти акты не административные или, по крайней мѣрѣ, этой причины недостаточно, такъ какъ регламентарные акты, не являясь актами административными, допускаютъ административныя обжалованія, когда они исходятъ отъ административнаго органа или агента. Если эти акты совершены парламентомъ, то никакое обжалованіе невозможно, по крайней мѣрѣ, по французскому праву, потому что это право не дошло еще до понятія допустимости обжалованія рѣшеній парламента (ср. § 94). Если эти акты исходятъ отъ президента республики, то обжалованіе невозможно по той причинѣ, что въ этомъ случаѣ президентъ республики дѣйствуетъ, какъ *представитель*, и что французское право не допускаетъ еще обжалованія актовъ, совершонныхъ *представителями* [3]).

Эти акты часто называютъ *правительственными актами*. По нашему мнѣнію, необходимо воздерживаться отъ употребленія этого выраженія, потому что оно часто даетъ поводъ къ смѣшенію и является неточнымъ. Эти акты являются не только актами правительства, такъ какъ многіе

---

[1]) Конст. зак. 16 іюля 1875 г., ст. 1 и 2.

[2]) Конст. зак. 25 февраля 1875 г., ст. 5.

[3]) См. о характерѣ президента республики § 59.

изъ нихъ совершаются парламентомъ. Съ другой стороны, выраженіе *правительственные акты* употребляютъ для обозначенія актовъ, несомнѣнно, административныхъ, но внушенныхъ политическими мотивами,—мотивами правительственной безопасности, которые поэтому ускользаютъ отъ всякаго обжалованія. Но, какъ было сказано выше, не слѣдуетъ допускать существованія правительственныхъ актовъ въ такомъ смыслѣ: эти акты являются административными актами и остаются административными актами со всѣми послѣдствіями, связанными съ ихъ характеромъ. Такимъ образомъ очевидна неясность, къ которой ведетъ выраженіе *правительственные акты*, и поэтому его слѣдуетъ всячески избѣгать, что дѣлаютъ, однако, не всѣ авторы [1]).

Право помилованія.—Каковъ характеръ акта, путемъ котораго глава государства вообще и президентъ французской республики въ частности даруютъ полное или частичное *помилованіе* осужденному? Бремонъ въ указанной выше статьѣ въ *Revue du droit public* видитъ въ немъ административный актъ. Другіе авторы усматриваютъ здѣсь актъ политическій, правительственный. По нашему мнѣнію, право помилованія не представляетъ собою ни политическаго ни административнаго акта. Оно не есть актъ политическій, потому что не касается отношеній политическихъ органовъ. Оно не имѣетъ никакой связи съ вліяніемъ, которое глава государства можетъ и долженъ, по конституціи, оказывать на парламентъ. Оно не можетъ быть административнымъ актомъ, потому что составляетъ, неполное, конечно, но несомнѣнное частичное измѣненіе юрисдикціоннаго рѣшенія, и хотя мы еще не опредѣлили природу юрисдикціоннаго акта, но очевидно, что юрисдикіонный актъ не можетъ быть измѣняемъ административнымъ актомъ. Нужно быть логичнымъ и признать, что осуществленіе права помилованія является юрисдикціоннымъ актомъ.

---

[1]) Ср. по этимъ различнымъ вопросамъ Michoud, *Des actes de gouvernement, Annales de Grenoble*, 1889 г., стр. 263; Brémond, *Revue critique*, 1893 г., стр. 321, и *Revue du droit public*, 1896 г., I, стр. 60; Hauriou, *Droit administratif*, 5-ое изд., 1903 г., стр. 574; Lecourtois, *Des actes de gouvernement*, 1899 г.; Pellegrino, *Il diritto di necessita*, Римъ, 1903 г.

Нельзя не обратить вниманія, что есть что-то неожиданное въ томъ, что законодательство, какъ, напримѣръ, французское, стремившееся поставить юрисдикцію въ возможную независимость отъ правительства, признаетъ право помилованія за главой государства. Точно такъ же право помилованія, принадлежащее въ настоящее время президенту республики, по нашему мнѣнію, нельзя объяснить иначе, какъ историческимъ переживаніемъ. Президентъ республики является въ нѣкоторомъ смыслѣ наслѣдникомъ нашихъ древнихъ абсолютныхъ королей и сохранилъ прерогативу, которая имъ принадлежала, согласно принципу: «Всякое правосудіе исходитъ отъ короля».

Необходимо сказать, что серьезныя практическія соображенія оправдываютъ и объясняютъ сохраненіе этой прерогативы. Но учредители 1791 года, отказывая въ правѣ помилованія королю по новой конституціи, дѣйствовали въ логическомъ согласіи со своими принципами [1]).

Амнистія.—Согласно выраженіямъ ст. 3, § 2 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 года, президентъ республики обладаетъ правомъ помилованія, но амнистіи могутъ быть дарованы лишь закономъ. Каковъ въ точности характеръ амнистіи? Является ли законъ амнистіи просто формальнымъ закономъ, или же представляетъ матеріальный законъ? Извѣстно, что амнистія путемъ обратнаго дѣйствія приводитъ къ признанію дѣянія, предусмотрѣннаго и наказуемаго уголовнымъ закономъ, ненаказуемымъ и, слѣдовательно, къ полному уничтоженію судебнаго приговора, если виновный въ этомъ дѣяніи уже осужденъ. Если амнистія, какъ это почти всегда бываетъ, дарована въ общемъ порядкѣ, то не можетъ быть сомнѣнія, что съ матеріальной точки зрѣнія она является законодательнымъ актомъ. Если же амнистія дарована опредѣленному лицу, то въ такомъ случаѣ она представляетъ индивидуальную отмѣну закона, а мы считаемъ [2]), что даже самъ парламентъ не можетъ вносить спеціальной отмѣны закона; индивидуальная амнистія въ этомъ случаѣ является

---

[1]) 4 іюня 1791 г., Code pénal 1791 г., часть I, гл. VII, стр. 13.

[2]) Ср. § 35.

произвольнымъ актомъ и не можетъ входить въ какую-либо изъ нормальныхъ юридическихъ функцій государства [1]).

Дипломатическіе акты.—Возникаетъ также вопросъ, какова природа дипломатическихъ актовъ, и можно ли отнести ихъ къ числу административныхъ актовъ. Такимъ именемъ называются всѣ акты, относящіеся къ международнымъ сношеніямъ государства.

Дипломатическая дѣятельность государства проявляется въ переговорахъ, перепискѣ, инструкціяхъ, даваемыхъ дипломатическимъ агентамъ и проч. Всѣ эти операціи, очевидно, образуютъ дипломатическіе акты, но акты, которые не производятъ никакого правового дѣйствія, и, слѣдовательно, не могутъ быть квалифицированы, какъ акты административные.

Однако многіе дипломатическіе акты носятъ безспорно юридическій характеръ; таковы дипломатическія декларацiи, какъ объявленіе войны, нейтралитета и проч., и дипломатическія конвенціи.

Каковъ въ точности юридическій характеръ подобныхъ актовъ? Конечно, можно сказать, что они являются актами административными, такъ какъ они подходятъ подъ наше общее опредѣленіе административнаго акта; они представляютъ проявленіе воли съ цѣлью создать конкретное правовое положеніе. Но, однако, такъ какъ эти акты возникаютъ при совершенно особыхъ условіяхъ, такъ какъ, быть-можетъ, вытекающее изъ нихъ правовое положеніе не обладаетъ всѣми чертами истиннаго субъективнаго юридическаго положенія, то мы считаемъ за лучшее выдѣлить дипломатическіе акты въ особый классъ и

---

[1]) Ср. Esmein, *Droit const.*, 4-ое изд., стр. 598; Ebren, *L'amnistie*, *Revue du droit public*, 1905 г., стр. 501.

не относить ихъ въ категорію административныхъ актовъ.

Согласно установившейся судебной практикѣ государственнаго совѣта, дипломатическіе акты не могутъ служить основаніемъ для какого-либо судебно-административнаго иска. Именно въ двухъ рѣшеніяхъ отъ 5 августа 1904 года государственный совѣтъ рѣшилъ, что частное лицо не можетъ возбудить дѣло въ исковомъ порядкѣ противъ французскаго государства по поводу декларації о присоединеніи Мадагаскара [1]). Но, по нашему мнѣнію, не слѣдуетъ итти далѣе, и рѣшенія, которыя принимаетъ французская власть, прилагая во Франціи дипломатическую конвенцію, могутъ быть актами административными въ собственномъ смыслѣ, допускающими всякаго рода административныя обжалованія. Однако государственный совѣтъ рѣшилъ наоборотъ, но неправильно, и объявилъ въ рѣшеніи отъ 12 февраля 1904 года недопустимымъ обжалованіе, направленное противъ постановленія министра иностранныхъ дѣлъ, утвердившаго рѣшеніе французскаго консула въ Смирнѣ, лишающее одно лицо французскаго покровительства [2]).

42. Юридическая теорія административнаго акта.—Указывая недостаточность доктринъ, стремящихся дать понятіе объ административной функціи, отличное отъ того, которое предлагаемъ мы, и устанавливая, что регламентарные и политическіе акты нельзя разсматривать, какъ акты административные, мы тѣмъ самымъ дали прочное основаніе нашему воззрѣнію. Итакъ, административная функція является именно той функціей государства, которая состоитъ въ совершеніи юридическихъ актовъ, а юридическій актъ представляетъ проявленіе воли, совершонное съ цѣлью создать положеніе субъективнаго права.

---

1) *Recueil*, 1904 г., стр. 662 и *Revue du droit public*, 1905 г., стр. 91.

2). Ср. *Revue du droit public*, 1904 г., стр. 79, очень точная критика Жеза; *Recueil*, 1904 г., стр. 105.

Теперь своевременно развить различные элементы этого опредѣленія и такимъ образомъ изложить юридическую теорію административнаго акта.

Предварительно важно сдѣлать одно очень серьезное замѣчаніе. До настоящаго времени мы постоянно предполагали, что административный актъ исходитъ отъ государства, потому что мы изучали юридическія функціи государства, и потому что фактически большинство административныхъ актовъ исходитъ отъ государства. Но не слѣдуетъ думать, что всѣ административные акты совершаются отъ имени государства. Уже извѣстно, что во всѣхъ современныхъ странахъ существуютъ коллективныя лица, отличныя отъ государства, причастныя къ его дѣятельности, участвующія въ исполненіи задачъ, входящихъ въ составъ того, что въ данный моментъ разсматривается, какъ обязательная миссія государства. Это мѣстныя, надѣленныя характеромъ личности коллективности, каковы во Франціи департаменты, общины, колоніи, а также общественныя службы, обнимающія извѣстное число чиновниковъ и лицъ, пользующихся выгодами отъ этой службы, это олицетворенное цѣлое, обладающее имуществомъ, предназначеннымъ для его собственныхъ цѣлей; ихъ именно называютъ публичными установленіями. Въ какихъ отношеніяхъ стоятъ эти коллективныя лица къ государству? Являются ли они концессіонерами правъ, принадлежащихъ государству? Довѣренныя ли они лица или же агенты въ юридическомъ смыслѣ? Обладаютъ ли эти личности реальностью, которую признало государство, или же они произвольныя созданія государства? Столько вопросовъ, очень интересныхъ, но и очень трудныхъ,

разбирать которые, однако, здѣсь, не мѣсто. Мы должны взять фактъ, каковъ онъ есть, и констатировать, что на ряду съ административными актами, совершаемыми отъ имени государства, существуетъ множество административныхъ актовъ, совершаемыхъ отъ имени публичныхъ лицъ, отличныхъ отъ государства. Такимъ образомъ административный актъ можно опредѣлить, какъ юридическій актъ, совершаемый государствомъ или всякимъ другимъ публичнымъ лицомъ, а административную функцію, какъ совокупность административныхъ актовъ, совершаемыхъ такимъ образомъ публичными коллективными лицами [1]).

Юридическій актъ въ собственномъ смыслѣ есть проявленіе воли, совершонное въ границахъ, установленныхъ объективнымъ правомъ съ цѣлью создать субъективное юридическое положеніе.

Можно сказать, что въ современныхъ государствахъ, разумѣется, за исключеніемъ сдѣланныхъ выше оговорокъ [2]), объективное право приблизительно сливается съ положительнымъ закономъ; допустивъ это сближеніе, мы скажемъ, что административный актъ, какъ всякій юридическій актъ, слагается изъ четырехъ элементовъ: 1) проявленія воли, 2) компетенціи, 3) законной цѣли, 4) субъективнаго юридическаго положенія.

1. Проявленіе или изъявленіе воли. Требуется не только внутренній актъ воли разсматриваемаго субъекта права, но и актъ воли, проявляющійся во-внѣ.

Относительно административнаго акта возникаетъ спеціальное затрудненіе. Онъ исходитъ отъ государства или

---

1) Ср. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, стр. 180 и 296.

2) Ср. именно §§ 16 и 34.

отъ другого публичнаго лица, также коллективнаго. Если признать, что государство и эти публичныя лица обладаютъ волей, то послѣдняя будетъ выражаться индивидами, представителями государства или публичнаго лица. Каково отношеніе между публичнымъ лицомъ и индивидами, выражающими его волю? Вопросъ этотъ сюда не входитъ и будетъ изслѣдованъ въ главѣ III, *Органы государства*.

Современныя законодательства покинули формализмъ древняго права, и въ настоящее время изъявленіе воли какъ въ публичномъ, такъ и въ частномъ правѣ, чтобы произвести правовое дѣйствіе, не нуждается для своего выраженія въ освященной формулѣ. Но для образованія перваго элемента всякаго юридическаго акта, административнаго или иного, необходимо проявленіе воли въ такой формѣ, чтобы не могло возникнуть сомнѣнія въ реальности этого изъявленія воли. Французское административное право, не предписывая торжественной формулы, въ принципѣ требуетъ, чтобы воля агента, изъявляемая имъ отъ имени публичнаго лица, была выражена письменно. Этотъ письменный документъ совершенно не подчиненъ какой-либо особой формулѣ. Быть-можетъ, найдутся даже случаи, гдѣ административный актъ является дѣйствительнымъ и безъ всякаго письменнаго документа.

Изъявленіе воли администратора часто должно сопровождаться детально описанными въ законахъ и регламентахъ формальностями, которыя одновременно имѣютъ цѣлью и добросовѣстное управленіе публичными интересами и защиту индивидуальныхъ интересовъ. Эти формальности, очень многочисленныя и очень разнообразныя, могутъ, однако, быть распредѣлены на нѣсколько общихъ группъ: анкеты, въ которыхъ общество приглашается высказать свое

мнѣніе относительно полезности проектируемаго административнаго предпріятія; экспертизы или другія провѣрки; заключенія, даваемыя учрежденіями, государственнымъ совѣтомъ, мѣстными административными совѣтами и техническими совѣтами; предварительныя понужденія. Логически всякая формальность, предписанная законами, требуется подъ страхомъ ничтожности акта; хотя административный актъ и является чистымъ и простымъ юридическимъ актомъ, однако онъ, единственно благодаря тому, что исходитъ отъ воли публичнаго органа, изъявляемой отъ имени публичнаго лица, производитъ извѣстныя дѣйствія, особенно суровыя съ точки зрѣнія исполненія [1]), и поэтому для того, чтобы эти формальности служили вполнѣ дѣйствительной гарантіей, необходимо связать съ ихъ неисполненіемъ ничтожность акта.

Первымъ элементомъ административнаго акта, какъ и всякаго юридическаго, является изъявленіе воли. Однако это правило во французскомъ правѣ имѣетъ значительное исключеніе. Иногда законъ предполагаетъ, что изъявленіе воли администратора имѣло мѣсто, и дѣло идетъ такъ, какъ если бы проявленіе воли дѣйствительно происходило. Тутъ имѣется административный актъ, предполагаемый закономъ. Мы имѣемъ въ виду распоряженіе ст. 3 закона 17 іюля 1900 года: «Въ спорныхъ дѣлахъ, которыя могутъ быть вносимы въ государственный совѣтъ лишь въ формѣ обжалованія административнаго рѣшенія, заинтересованныя стороны, по истеченіи промежутка времени болѣе четырехъ мѣсяцевъ, въ теченіе котораго не послѣдовало никакого рѣшенія, могутъ считать свое ходатайство отвергнутымъ и принести жалобу въ государственный совѣтъ». Обыкновенно администраторъ дѣйствуетъ по собственному почину, но

---

1) Ср. § 19.

часто случается, что онъ не хочетъ или не можетъ дѣйствовать иначе, какъ только по просьбѣ управляемаго. Напримѣръ, когда дѣло идетъ о полицейскомъ разрѣшеніи или рѣшеніи по сдѣлкѣ съ государствомъ, заинтересованный обращается къ администратору, а къ административной юстиціи можетъ обратиться лишь послѣ рѣшенія администратора. До закона 1900 года, заинтересованный, въ случаѣ неопредѣленнаго молчанія со стороны администратора, не могъ принудить его къ отвѣту и не могъ обжаловать его молчанія путемъ судебно-административнаго иска, такъ какъ не существовало административнаго акта. Въ 1900 году законодатель вступился и опредѣлилъ, что если администраторъ будетъ хранить молчаніе въ теченіе четырехъ мѣсяцевъ, то это дастъ мѣсто предположенію объ отказывающемъ рѣшеніи, и что возможенъ судебно-административный искъ. Положеніе плодотворное и тѣснѣе, чѣмъ прежде, подчиняющее администрацію дѣйствію права.

По поводу изъявленія воли въ административномъ актѣ возникаетъ очень тонкій вопросъ, который, впрочемъ, относится и ко всякому изъявленію воли въ какомъ бы то ни было юридическомъ актѣ. Въ общемъ видѣ его можно формулировать такимъ образомъ: возможно ли, при наличности изъявленія воли, допустить доказательство, что дѣйствительная воля не совпадаетъ съ выраженіями изъявленія воли, что содержаніе внутренней воли не совпадаетъ съ содержаніемъ изъявленной воли?

Изъ ст. 1150 гражданскаго кодекса, повидимому, слѣдуетъ, что классическое гражданское право, чтобы опредѣлить дѣйствіе извѣстнаго юридическаго акта, всегда допускало доказательства, что содержаніе дѣйствительной воли не совпадаетъ съ содержаніемъ изъявленной воли, и установленіе *истинной* воли изъявляющаго ее, скрывающейся за формулой изъявленія. На первый взглядъ эта система кажется очень логичной и очень справедливой. Но, поразмысливъ надъ ней, легко замѣтить, что она представляетъ серьезныя неудобства и вовсе не такъ логична, какъ кажется поверхностному наблюдателю. Дѣйствительно, она открываетъ неисчерпаемый источникъ процессовъ; она покровительствуетъ произволу судьи; она можетъ уничтожить довѣріе, необхо-

димое въ юридическихъ отношеніяхъ; она содѣйствуетъ недобросовѣстному жалобщику, позволяя ему ссылаться на ограниченія, которыя онъ подразумѣвалъ.

Съ другой стороны, то, что производитъ правовой эффектъ, что создаетъ юридическій актъ, вовсе не является феноменомъ внутренней воли, простымъ феноменомъ индивидуальной психологіи, не могущимъ вызвать никакого соціальнаго послѣдствія. Что можетъ произвести соціальное дѣйствіе, и что, слѣдовательно, только одно и должно приниматься въ расчетъ юристомъ, — это внѣшнее проявленіе воли. Слѣдовательно, въ принципѣ нельзя допускать доказательства, что содержаніе внутренней воли отлично отъ содержанія *изъявленной* воли, потому что только одна изъявленная воля можетъ производить соціальный и, слѣдовательно, правовой эффектъ; внутренняя воля остается индивидуальнымъ фактомъ, который не можетъ вызвать соціальнаго послѣдствія и не можетъ произвести никакого правового дѣйствія. Разумѣется, это не значитъ, что изъявленіе воли, какъ таковое, можетъ производить правовое дѣйствіе даже въ томъ случаѣ, когда за нимъ не стоитъ дѣйствительная воля. Только дѣйствительная воля можетъ вызвать правовой эффектъ, но произвести его можетъ лишь тогда, когда она изъявлена, и въ границахъ, въ которыхъ она изъявлена, потому что только въ этомъ случаѣ она является соціальнымъ фактомъ.

Эта очень логичная и очень практичная концепція стоитъ въ связи съ прогрессивной замѣной индивидуалистическаго представленія о правѣ соціалистическимъ представленіемъ [1]). Она была, подъ названіемъ теоріи *изъявленія воли*, разработана нѣмецкой доктриной и освящена нѣмецкимъ гражданскимъ уложеніемъ (ст. 116) [2]). Французская юриспруденція сдѣлала нѣсколько интересныхъ приложеній этой идеи къ толкованію гражданскихъ юридическихъ актовъ [3]).

---

[1]) Ср. § 5.

[2]) Ср. Saleilles, *De la déclaration de volonté dans le code civil allemand*, 1901.

[3]) Ср. Déreux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905 г.

Эта теорія изъявленія воли безспорно должна прилагаться къ административнымъ актамъ. Особенно по отношенію къ нимъ серьезныя практическія неудобства вызвала бы возможность оспаривать содержанія изъявленія воли. Кромѣ того, воля администратора лишь тогда можетъ произвести правовой эффектъ, когда она проявлена вовнѣ, и лишь въ границахъ, въ которыхъ она проявлена, потому что только при этомъ условіи и въ этихъ границахъ она является соціальнымъ актомъ. Съ другой стороны, можно принимать въ расчетъ только изъявленную волю, потому что агентъ, совершающій административный актъ, является лишь представителемъ публичнаго лица. Внутренняя и дѣйствительная, но не проявленная вовнѣ воля агента остается его личной волей, а вовсе не волей представителя публичнаго лица. Агентъ является представителемъ публичнаго лица лишь въ томъ случаѣ, если онъ проявляетъ свою волю въ формахъ и подъ условіями, предписанными закономъ, съ тѣмъ, чтобы эта воля, которая въ дѣйствительности является его собственной, могла быть разсматриваема, какъ воля публичнаго лица, отъ имени котораго онъ хочетъ. Слѣдовательно, въ административномъ правѣ никогда не будетъ допущено доказательство, что дѣйствительная воля администратора по качеству или по количеству отличается отъ содержанія изъявленія [1]).

Судебная практика государственнаго совѣта дѣлаетъ интересное приложеніе этой идеи. Въ дальнѣйшемъ (№№ 2 и 3) будетъ указано, что изъявленіе воли только тогда производитъ юридическій эффектъ, когда оно имѣетъ своимъ объектомъ предметъ, котораго можно желать по закону, и если оно вызвано законной цѣлью. Отсюда вытекаетъ, что всякому заинтересованному не возбраняется доказывать, что цѣль, въ видахъ которой администраторомъ совершенъ актъ, является противозаконной; но установить цѣль, которую имѣлъ администраторъ, онъ можетъ только помощью самаго

---

[1]) Ср. Hauriou et de Bézine, *De la déclaration de volonté en droit administratif*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903 г., стр. 543; Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 1904 г. стр. 61, прим. 3.

изъявленія воли; ему не дозволяется устанавливать, помимо выраженій изъявленія воли, что дѣйствительная цѣль, внушившая актъ, противна закону. Лаферрьеръ, резюмируя эту судебную практику, пишетъ: «Государственный совѣтъ, совершая судъ объ *отклоненіяхъ* (*détournement*) власти, не можетъ требовать отъ агентовъ администраціи отчета о мотивахъ ихъ рѣшенія; онъ не можетъ устраивать помимо ихъ анкеты съ цѣлью вывѣдать ихъ заднія мысли и провѣрить мотивы ихъ актовъ. Доказательство отклоненія власти должно вытекать изъ *документовъ, исходящихъ отъ самой администраціи*» [1]). Совершенно правильнымъ представляется рѣшеніе, что объектъ и цѣль воли, производящей правовое дѣйствіе, опредѣляются исключительно по содержанію изъявленія воли, и что судья можетъ принимать въ соображеніе лишь изъявленную волю администратора.

2. *Компетенція.* Для наличности юридическаго акта вообще и административнаго въ частности необходимо, чтобы то, что служитъ объектомъ изъявленія воли, могло быть, по закону, предметомъ желаній разсматриваемой воли. Чтобы опредѣлить, что можетъ быть по закону предметомъ желаній, необходимо разсмотрѣть отдѣльно природу желаемаго и качество субъекта, который хочетъ.

Есть вещи, которыхъ публичный агентъ юридически не можетъ желать по причинѣ самой природы этихъ вещей. Такимъ образомъ очевидно, что публичный агентъ, какъ и простое частное лицо, юридически не можетъ желать результата, составляющаго уголовное нарушеніе. Но для административнаго акта вопросъ о возможномъ объектѣ *юридическаго воленія* ставится особымъ образомъ. Согласно принятому теперь почти единодушно постулату, публичный агентъ, совершая административный актъ,

---

1) Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2 изд., 1896 г., II, стр. 549.

выражаетъ волю, которая юридически является волей публичнаго лица, уполномоченнымъ или органомъ котораго онъ состоитъ. Но публичное лицо, каково бы оно ни было, даже государство, которое по опредѣленію является наиболѣе всеобъемлющимъ, обладаетъ и можетъ обладать только ограниченной юридической дѣятельностью. Дѣйствительно, несмотря на безчисленныя системы, предложенныя для природы и основанія коллективной личности, основать ее, повидимому, возможно только на существованіи извѣстной поставленной цѣли. Отсюда вытекаетъ, что эта цѣль опредѣляетъ объемъ юридической дѣятельности каждой коллективной личности вообще и всякаго публичнаго лица въ частности[1]).

Установивши это, юридически возможно хотѣть чего-либо отъ имени публичнаго лица лишь постольку, поскольку это входитъ въ область юридической дѣятельности коллективнаго лица, которая опредѣляется исключительно преслѣдуемой цѣлью. Это положеніе приложимо ко всѣмъ публичнымъ лицамъ, даже къ государству. Безъ сомнѣнія, какъ было уже сказано, государство, по опредѣленію, является наиболѣе всеобъемлющимъ изъ публичныхъ лицъ; область его юридической дѣятельности въ силу естественной эволюціи расширяется ежедневно. Тѣмъ не менѣе, справедливо, что есть вещи, которыхъ государство не можетъ совершать, потому что эти вещи въ данный моментъ разсматриваются, какъ стоящія внѣ его цѣли. Впрочемъ, въ современныхъ странахъ государство обыкновенно опредѣляетъ область своей дѣятель-

---

[1]) См. стт. 6 и 11 закона 1 іюля 1901 г. объ ассоціаціяхъ и 14 и 18 закона 9 декабря 1905 года.

ности положительными законами, и публичный агентъ всегда можетъ отъ имени государства вступаться въ отмежеванную такимъ образомъ область. Остается разрѣшить вопросъ, является ли ограниченнымъ и въ какой мѣрѣ само государство-законодатель; вопросъ этотъ будетъ изученъ въ главѣ IV, *Государство и право.*

Для публичныхъ лицъ, иныхъ, кромѣ государства, вопросъ объ ихъ взаимной области юридической дѣятельности является вопросомъ положительнаго административнаго права, который нѣтъ возможности изучить здѣсь. Этотъ вопросъ, такъ называемый вопросъ о *специальности* административныхъ лицъ, порождаетъ трудныя проблемы, для разрѣшенія которыхъ вырабатывается интересная практика.

Каждый агентъ, во-вторыхъ, можетъ юридически хотѣть только въ извѣстной области, и въ этой области только извѣстное число вещей. Эта власть, принадлежащая каждому административному органу или агенту, хотѣть извѣстное число вещей въ извѣстной области составляетъ его *компетенцію.* Всякій актъ, совершонный административнымъ органомъ или агентомъ внѣ его компетенціи, ничтоженъ. Каковъ въ точности характеръ компетенціи? Каковъ характеръ ничтожности, поражающей актъ, совершонный некомпетентнымъаге нтомъ? Какъ санкціонирована эта ничтожность? Эти многочисленные вопросы будутъ изслѣдованы далѣе [1]).

3. *Законная цѣль.* Для наличности юридическаго акта вообще необходимо, чтобы воля, хотящая нѣкоторую вещь, которую она имѣетъ власть хотѣть, направлялась на нее въ цѣляхъ, соотвѣтствующихъ закону или, точнѣе, съ цѣлью, сообразной тому, что

---

[1]) Ср. §§ 66 и 67.

преслѣдовалъ законъ, облекая ее этой властью. Изъ этого общаго положенія слѣдуетъ, что административный агентъ можетъ правильно совершать актъ, даже входящій въ его компетенцію, только подъ условіемъ совершать его съ опредѣленной цѣлью. Для дѣйствительности административнаго акта необходимо не только, чтобы совершаемый агентомъ актъ входилъ въ его компетенцію, но еще также, чтобы агентъ, совершая его, дѣйствовалъ съ цѣлью, ради которой законодатель надѣлилъ его этой компетенціей.

Судебная практика государственнаго совѣта практически осуществила это теоретическое рѣшеніе съ помощью замѣчательной теоріи отклоненія власти, изъ которой высокое собраніе сдѣлало за послѣдніе годы интересныя приложенія, позволившія ему свести на нѣтъ столь опасную старинную теорію *дискреціонныхъ* административныхъ актовъ.

Вотъ нѣкоторыя изъ новѣйшихъ приложеній теоріи отклоненія власти, сдѣланныхъ государственнымъ совѣтомъ. Онъ отмѣнилъ въ виду отклоненія власти декретъ, которымъ правительство, ссылаясь на ст. 43 закона 5 апрѣля 1884 года, объявляетъ роспускъ муниципальнаго свѣта съ цѣлью достигнуть исправленія неправильностей, происшедшихъ во время муниципальныхъ выборовъ; правительство можетъ объявлять роспускъ муниципальнаго совѣта только съ цѣлью обезпеченія хорошей администраціи общины [1]). Государственный совѣтъ уничтожилъ еще, вслѣдствіе отклоненія власти, постановленіе военнаго министра объ устраненіи отъ торговъ и поставокъ по военному вѣдомству одного хлѣбнаго торговца, такъ какъ министръ основывался на мотивахъ, чуждыхъ какъ исполненія торговъ, такъ и положенія или профессіональной способности торговца [2]).

---

[1]) Cons. d'Etat, 31 января 1902 г., *Rec.*, стр. 55 и S., 1903 г., III, стр. 113, съ замѣткой Оріу.

[2]) 4 августа 1905 г., *Rec.*, стр. 757, съ заключеніями Сенъ-Поля.

Наконецъ государственный совѣтъ уничтожилъ, вслѣдствіе отклоненія власти, постановленіе мера, «который, отрѣшая отъ должности полицейскаго агента, дѣйствовалъ съ иною цѣлью, кромѣ охраны ввѣренныхъ ему интересовъ» [1]). Слѣдуетъ отмѣтить, что въ этихъ различныхъ рѣшеніяхъ государственный совѣтъ употребляетъ не выраженіе *отклоненіе власти*, а *превышеніе власти*, указывая этимъ, что по его мысли, должностное лицо, злоупотребляя властью, въ дѣйствительности *превышаетъ* свою компетенцію.

Не безполезно показать, какимъ образомъ эта теорія отклоненія власти, разсматривающая, съ точки зрѣнія преслѣдуемой цѣли, только волю агента, а не волю представляемаго послѣднимъ публичнаго лица, согласуется съ постулатомъ публичной коллективной личности, представляемой такимъ образомъ агентомъ. Несмотря на этотъ постулатъ представительства и существованія воли коллективной личности, не можетъ быть спора, что единственной волей, внутренній процессъ которой можно постигнуть, является воля агента, совершающаго изъявленіе воли, составляющее основу административнаго акта. А такъ какъ цѣль соотвѣтствуетъ внутреннему процессу воли, то съ точки зрѣнія цѣли можно и должно разсматривать только изъявленную волю агента.

4. *Субъективное юридическое положеніе.* Для наличности юридическаго акта вообще, и административнаго въ частности, необходимо, чтобы изъявленіе воли было совершено съ намѣреніемъ создать субъективное юридическое положеніе.

Субъективное юридическое положеніе, главнымъ образомъ, состоитъ въ обязательствѣ для одной или нѣсколькихъ воль совершить извѣстное положительное или отрицательное предоставленіе съ тѣмъ, чтобы осуществить законно желаемый результатъ. Это обязательство находится подъ соціальной санкціей, ко-

---

1) 16 ноября 1900 г., *Rec*, стр. 617, и S., 1901 г., III, стр. 57, съ замѣткой Оріу.

торая въ современныхъ государственныхъ обществахъ осуществляется путемъ вмѣшательства государства, которое, по собственному побужденію или по просьбѣ заинтересованнаго, обезпечиваетъ его законно желаемый результатъ, смотря по случаю, прямо или косвенно примѣняя силу. Обратная сторона этого обязательства заключается въ правѣ извѣстнаго субъекта или, если угодно, въ полномочіи извѣстной воли требовать выполненія этого предоставленія, а въ случаѣ, если оно не будетъ дано добровольно, требовать вмѣшательства государства для обезпеченія осуществленія его силой.

Таково общепринятое понятіе объ юридическомъ положеніи которое по существу разлагается на отношеніе между двумя субъектами, активнымъ и пассивнымъ. Это римское *vinculum juris*. Все это требовало бы обсужденія. Мы не убѣждены вполнѣ, что юридическое положеніе всегда представляетъ отношеніе между двумя субъектами, однимъ пассивнымъ и другимъ активнымъ. При такомъ, нѣсколько узкомъ представленіи правового положенія, очень многіе факты юридической жизни остаются необъяснимыми [1]).

Это общее понятіе, которымъ, можно все-таки удовлетвориться, обнаруживаетъ три черты всякаго субъективнаго юридическаго положенія: оно конкретно, индивидуально и временно. Эти три черты прямо противополагаютъ его объективному правилу, которое абстрактно, обще и постоянно. Субъективное юридическое положеніе конкретно; это значитъ, что оно создано въ видахъ достиженія опредѣленнаго результата. Оно индивидуально, т.-е. создано для распространенія на нѣкоторыхъ, заранѣе извѣстныхъ и опредѣленныхъ индивидовъ и касается только ихъ.

---

[1]) Ср. относительно этого пункта Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 г., гл. III.

Оно временно; это значитъ, что, по достиженіи конкретнаго результата, въ видахъ котораго положеніе было создано, юридическое положеніе исчезаетъ, слѣдствія юридическаго акта исчерпываются; болѣе не существуетъ ничего.

Административный актъ, какъ актъ юридическій, совершается съ намѣреніемъ произвести юридическое положеніе, обладающее чертами, только что опредѣленными нами. Субъективное юридическое положеніе, порожденное административнымъ актомъ, носитъ въ себѣ въ точности тѣ же самыя черты, какъ и положеніе, создавшееся вслѣдствіе юридическаго акта, называемаго частнымъ. Мы уже показали (§ 19) общую ошибку, въ которую впадаютъ, желая установить абсолютное раздѣленіе между публичнымъ и частнымъ правомъ. Слѣдствіемъ этой общей ошибки является очень распространенная доктрина, проводящая строгое и абсолютное различіе между юридическимъ положеніемъ публичнаго права и юридическимъ положеніемъ частнаго права. Юридическое положеніе обладаетъ извѣстными чертами, которыя и дѣлаютъ его юридическимъ положеніемъ, а также по самому опредѣленію оно носитъ всѣ эти черты, будетъ ли актъ, породившій его, актомъ частнаго или публичнаго права.

Но если нѣтъ различія по природѣ между юридическимъ положеніемъ, возникшимъ изъ публичнаго акта и юридическимъ положеніемъ, изъ частнаго акта, то существуетъ различіе, важное съ точки зрѣнія способа осуществленія положенія. Если происходитъ частный актъ, то положеніе интересуетъ только частныхъ лицъ, и активный субъектъ этого положенія не можетъ самолично обезпечить осуществленіе

его, онъ долженъ обратиться къ государству, которое является въ нѣкоторомъ родѣ третьей стороной въ положеніи, и которое, въ случаѣ надобности, примѣненіемъ силы заставитъ исполнить прямымъ или косвеннымъ образомъ обѣщанное предоставленіе. Если, наоборотъ, имѣлъ мѣсто административный актъ, то вытекающее изъ него юридическое положеніе активно или пассивно интересуетъ публичное лицо, каковымъ часто является само государство. Но государство представляетъ публичную власть и монополизируетъ въ странѣ средства матеріальнаго принужденія. Отсюда вытекаютъ два вывода.

Если государство является активнымъ субъектомъ, то оно субъектъ права, осуществленіе котораго оно можетъ обезпечить силой, вполнѣ самостоятельно и безъ чьей - либо помощи. Благодаря именно этому, оно пользуется преимуществомъ предварительнаго исполненія (Оріу называетъ это *privilége du préalable*). Это значитъ, что если государство считаетъ принадлежащими себѣ выгоды извѣстнаго юридическаго положенія, то оно можетъ по собственному произволу осуществить это положеніе и принудить пассивнаго субъекта исполнить требуемое предоставленіе, хотя бы даже послѣдній выразилъ протестъ и подалъ обжалованіе; на него ляжетъ тяжесть доказательства, что требуемое государствомъ предоставленіе не было его долгомъ. Если онъ восторжествуетъ, то государство будетъ обязано возстановить прежній порядокъ вещей. Но оно можетъ предписать предварительное исполненіе, несмотря на протесты и жалобы заинтересованнаго. Эта привилегія государства является логическимъ слѣдствіемъ его характера и представляетъ то преимущество, что лишаетъ частное лицо

возможности, путемъ неосновательныхъ споровъ, тормозить ходъ публичныхъ службъ. Но въ качествѣ противовѣса она должна имѣть солидную организацію административнаго суда.

Если государство, наоборотъ, является пассивнымъ субъектомъ правового положенія, порожденнаго административнымъ актомъ, то бенефиціаръ этого положенія, конечно, можетъ, въ случаѣ спора, доказывать противъ государства юрисдикціоннымъ порядкомъ существованіе и объемъ положенія, на которое онъ ссылается. Государство связано объективнымъ правомъ; оно связано также юридическимъ актомъ, который былъ совершенъ, согласно съ объективнымъ правомъ, и въ которомъ оно является стороной. Государственные суды компетентны судить его, и ихъ рѣшенія подлежатъ исполненію противъ него. Это есть прямой выводъ изъ представленія о *правовомъ государствѣ* (*Rechtsstaat*). Но такъ какъ принудительный порядокъ исполненія осуществляется лишь при содѣйствіи государства, то онъ не можетъ быть примѣненъ противъ государства. Для частныхъ лицъ гарантія того, что государство исполнитъ свои обязательства, заключается лишь въ политической и административной организаціи государства, которая должна быть такова, чтобы опасность произвольнаго отказа въ исполненіи своихъ обязательствъ была сведена къ минимуму.

Публичнымъ лицомъ, занимающимъ объективное юридическое положеніе вслѣдствіе административнаго акта, часто является иное, помимо государства, публичное лицо; таковы департаментъ, община, общественное учрежденіе. Такъ какъ эти лица причастны къ публичной дѣятельности государства и содѣйствуютъ достиженію государственныхъ цѣлей, то они пользуются по современнымъ законодательствамъ, въ частности по французскому праву, большею

частью преимуществъ, вытекающихъ для государства изъ самого свойства его. Такъ же, какъ и государство, они пользуются привилегіей предварительнаго исполненія, т.-е. привилегіей приступить къ исполненію, несмотря на протесты и жалобы пассивнаго субъекта. Публичное лицо, очевидно, связано обязательствами, которыя вытекаютъ для него изъ административнаго акта; но частное лицо совершенно лишено возможности примѣнять противъ него такъ же, какъ и противъ государства, обычные порядки исполненія. Впрочемъ, государство средствами административнаго контроля можетъ, по собственному почину или по ходатайству заинтересованныхъ, принудить подчиненное публичное лицо къ выполненію своихъ обязательствъ.

Представляется еще много подлежащихъ изученію вопросовъ относительно административнаго акта, разсматриваемаго, какъ юридическій актъ: именно вопросъ, не существуетъ ли нѣкоторыхъ актовъ *администраціи*, которые сами по себѣ не производятъ юридическаго дѣйствія, а являются лишь условіемъ примѣненія закона или къ особому случаю или къ опредѣленному лицу, напримѣръ, назначеніе чиновника является, быть-можетъ, скорѣе условіемъ примѣненія закона о функціи, чѣмъ дѣйствующей причиной положенія, созданнаго для чиновника [1]); также еще вопросъ, каковъ въ точности характеръ постановленій административныхъ учрежденій, высказывающихъ мнѣніе, и каковъ характеръ постановленій мѣстныхъ административныхъ учрежденій, приводимыхъ въ исполненіе только съ одобренія высшей власти. Изслѣдованіе этихъ очень тонкихъ вопросовъ не можетъ найти себѣ здѣсь мѣста. Намъ кажется, что, за нѣкоторыми изъятіями, эти различные акты можно отнести въ категорію административныхъ актовъ, потому что они стоятъ въ связи съ административнымъ актомъ, производящимъ правовой эффектъ, и обусловливающимъ его. Однако это рѣшеніе не примѣнимо къ постановленіямъ, содержащимъ простое пожеланіе.

Нельзя разсматривать, какъ административные акты, приказы или инструкціи, индивидуальные или общіе, обращенные должностнымъ лицомъ, начальникомъ службы, къ своимъ

---

[1]) Ср. § 65.

подчиненнымъ. Единственнымъ различіемъ между приказомъ и инструкціей является различіе фактическое: приказъ тѣснымъ образомъ опредѣляетъ поведеніе, котораго долженъ держаться подчиненный; инструкція предоставляетъ ему свободу оцѣнки.

Инструкціи или приказы, отдаваемые письменно и въ общемъ порядкѣ группѣ должностныхъ лицъ, называются *циркулярами*. Единодушно признается, что циркуляры, исходящіе даже отъ министровъ, не имѣютъ никакого юридическаго значенія. Они не представляютъ актовъ административныхъ въ собственномъ смыслѣ, потому что они не являются индивидуальными, актами они не представляютъ и регламентовъ, такъ какъ авторъ циркуляра не имѣлъ намѣренія издать регламентъ и потому, что вообще ему вовсе не принадлежитъ компетенція на изданіе регламента по предмету, составляющему объектъ циркуляра.

Въ этомъ пунктѣ согласны всѣ; но разногласіе возникло, когда задались вопросомъ, каковъ критерій, позволяющій отличать циркуляры отъ регламента. По нашему мнѣнію, по существу, нѣтъ другого критерія, кромѣ самаго намѣренія автора акта. Но когда актъ относится къ предмету, по которому должностное лицо не имѣетъ регламентарнаго полномочія, то, не допуская мысли, чтобы оно хотѣло совершить ничтожный актъ, предполагаютъ, что имѣется просто циркуляръ.

Нѣкоторые нѣмецкіе авторы утверждали, что общій приказъ по службѣ составляетъ правило, обязательное для должностныхъ, но вовсе не для частныхъ лицъ; стремились объяснить это особой правовою связью, соединяющею должностныхъ лицъ съ государствомъ [1]). Эту идею невозможно доказать [2]).

Что касается инструкціи или индивидуальнаго приказа, обращеннаго высшимъ должностнымъ лицомъ къ своему подчиненному, то мы полагаемъ, хотя нѣкоторые и утверждаютъ противное, что онъ совершенно не производитъ правового эффекта и отнюдь не является актомъ admini-

---

1) Laband, *Droit public*, франц. изд., II, стр. 148.

2) Ср. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903 г., стр. 446.

стративнымъ въ собственномъ смыслѣ. Безъ сомнѣнія, низшее должностное лицо, которое не подчиняется такому приказу можетъ подвергнуться порицанію и даже увольненію; но вслѣдствіе приказа отнюдь не возлагается на него юридическаго обязательства сдѣлать то, что ему предписано. Къ такому рѣшенію мы приходимъ, разсуждая слѣдующимъ образомъ: или приказанное лежитъ внѣ вѣдѣнія низшаго должностного лица, и тогда приказъ должностного лица, нарушая законъ, очевидно, не имѣетъ значенія; или то, что приказано, должно быть совершено должностнымъ лицомъ въ силу самаго закона, и приказъ высшаго ничего не можетъ прибавить къ должностному обязательству подчиненнаго; или же приказъ высшаго предоставленъ имъ самимъ оцѣнкѣ должностного лица, и въ этомъ случаѣ приказъ высшаго не можетъ даже юридически связать низшаго, ибо, если бы онъ связывалъ послѣдняго, то его свобода оцѣнки была бы стѣснена, и былъ бы нарушенъ законъ компетенціи, установившій эту свободу оцѣнки. Слѣдовательно, нужно прійти къ заключенію, что индивидуальные приказы такъ же, какъ инструкціи и приказы общаго порядка, издаваемые высшими должностными лицами, не являются актами административными въ собственномъ смыслѣ [1].

Относительно административныхъ матеріальныхъ операцій, которыя совершаются безъ намѣренія создать правовое положеніе, которыя, слѣдовательно, не представляютъ административныхъ актовъ, но которыя, тѣмъ не менѣе, относятся къ вѣдѣнію административнаго права, слѣдуетъ обратиться назадъ къ § 38.

43. Различные виды административныхъ актовъ. — Изъ всего предшествующаго слѣдуетъ, что административный актъ въ собственномъ смыслѣ, съ матеріальной точки зрѣнія, всегда является юридическимъ актомъ, т.-е. изъявленіемъ воли, согласнымъ съ закономъ и совершоннымъ съ цѣлью создать субъективное юридическое положеніе. Административный

---

[1] Ср. § 67.

актъ является всегда и вполнѣ таковымъ, но и только таковымъ. Однако если всѣ административные акты обладаютъ этимъ общимъ существеннымъ характеромъ, то они могутъ обладать различными вторичными чертами, и всѣми признано, что между административными актами дѣйствительно слѣдуетъ проводить различія. Въ настоящее время даже пришли почти единодушно къ различію двухъ большихъ категорій административныхъ актовъ: *административныхъ актовъ власти* (или публичной власти) и *административныхъ актовъ исполненія*.

Въ настоящее время такое раздѣленіе общепринято. Но когда дѣло заходитъ объ опредѣленіи критерія, о выясненіи, каковы административные акты власти, и каковы административные акты исполненія, возникаютъ затрудненія и споры. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ зависимости отъ того, принимается ли тотъ или иной критерій различія, измѣняется и интересъ различія, проводимаго между двумя категоріями актовъ.

Замѣтимъ, однако, тутъ же, что неточно утверждать, какъ это часто дѣлаютъ, будто государство никогда не является отвѣтственнымъ по поводу своихъ актовъ власти, и можетъ быть отвѣтственнымъ лишь по актамъ исполненія. Въ настоящее время въ юриспруденціи и даже въ законѣ [1]) существуетъ тенденція признавать отвѣтственность государства даже въ случаѣ акта публичной власти (ср. § 96). Точно такъ же правильно утвержденіе Бургена, что агенты государства, совершающіе не акты власти, а лишь акты исполненія, пользуются правомъ стачекъ и правомъ синдиката (ср. § 64). Эти различныя предположенія являются тѣмъ болѣе неточными, что, формулируя ихъ, въ категорію актовъ исполненія, относятъ матеріальныя административныя

---

[1]) Ср. законъ 8 іюня 1895 г. объ исправленіи судебныхъ ошибокъ. C. inst. crim., ст. 446.

предпріятія, которыя, не будучи актами административными въ собственномъ смыслѣ, не могутъ входить ни въ одну изъ двухъ категорій.

По нашему мнѣнію, различіе актовъ власти и актовъ исполненія сводится къ совершенно простому различію актовъ *односторонних*ъ и актовъ *договорных*ъ. Акты власти представляютъ односторонніе административные акты; акты исполненія являются договорными административными актами. Интересъ различія заключается въ томъ, что нужно отдѣлять односторонній и договорный актъ. Съ другой стороны, въ законодательствахъ, создавшихъ, подобно французскому, административную юрисдикцію и административный судъ, одни лишь акты власти, именно потому, что они являются односторонними актами, могутъ по природѣ служить основаніемъ для административнаго суда.

Прежде чѣмъ развивать эту идею, небезполезно сдѣлать бѣглый обзоръ различныхъ доктринъ, предложенныхъ для различія актовъ власти и актовъ исполненія и указать ихъ недостаточность.

Доктрина Лаферрьера. — Лаферрьеръ своимъ высокимъ авторитетомъ широко способствовалъ принятію французской доктриной этого различія актовъ власти и актовъ исполненія. Онъ объясняетъ его слѣдующимъ образомъ: «Двойная миссія лежитъ на административной власти. Съ одной стороны, она обязана наблюдать за веденіемъ общественнаго имущества и за его употребленіемъ, обезпечивать поступленіе доходовъ всякаго рода и назначеніе ихъ для общественныхъ службъ. Совершаемые ею для выполненія этой миссіи акты суть тѣ, которые называютъ *актами исполненія*. Съ другой стороны, администрація является хранительницей той доли власти и могущества, которая составляетъ одинъ изъ аттрибутовъ исполнительной власти. Она обязана заставлять исполнять законы, упорядочивать ходъ публичныхъ службъ, доставлять гражданамъ выгоды хорошей полиціи. Она высту-

паетъ путемъ общихъ предписаній, повелѣній или запретовъ... Тогда администрація дѣйствуетъ какъ власть, какъ сила, и совершаемые ею такимъ образомъ акты являются актами повелѣнія и публичной власти» [1]). Для автора сущность различія, что, впрочемъ, онъ не доказываетъ, заключается въ томъ, что лишь *одни* административные акты власти могутъ породить административный по природѣ судъ, и что акты исполненія порождаютъ административный судъ лишь по исключенію или по опредѣленію закона.

Критерій различія, данный Лаферрьеромъ, совершенно неясенъ; болѣе того, онъ недопустимъ. Ученый авторъ былъ рѣшительно неправъ, стремясь установить внутреннее различіе между двумя категоріями юридическихъ актовъ по различію цѣлей, преслѣдуемыхъ государствомъ-администраторомъ помощью этихъ двухъ категорій актовъ. Какъ уже было сказано, государство-администраторъ въ дѣйствительности преслѣдуетъ лишь единственную и одинаковую цѣль; но оно достигаетъ этой цѣли путемъ примѣненія юридически различныхъ средствъ; этого-то внутренняго юридическаго различія средствъ Лаферрьеръ и не опредѣляетъ, а его-то и необходимо опредѣлить. Впрочемъ, авторъ, повидимому, понялъ это, такъ какъ говоритъ, что актъ власти представляетъ общее предписаніе, повелѣніе, запрещеніе; этимъ онъ указываетъ на внутренній характеръ акта; но онъ противорѣчитъ себѣ, ибо, установивъ различіе по цѣли, преслѣдуемой государствомъ-администраторомъ, онъ какъ будто бы стремится опредѣлить внутреннюю природу акта власти.

Наконецъ критерій, предложенный Лаферрьеромъ, ведетъ къ недопустимымъ слѣдствіямъ. Если, какъ онъ утверждаетъ актомъ исполненія является всякій актъ, направленный на обезпеченіе полученія всякаго рода доходовъ, то отсюда необходимо заключить, что постановленіе префекта, дѣлающее обязательнымъ списокъ прямыхъ налоговъ, рѣшеніе о недоимкѣ, принятое министромъ по отношенію къ держателю паевъ государства, являются актами исполненія. Но намъ кажется положительно невозможнымъ не видѣть въ нихъ, главнымъ образомъ, актовъ власти.

---

[1]) Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2 изд., 1896 г., стр. 6

Доктрина государства-фиска.—Доктрина эта очень близко подходитъ къ доктринѣ Лаферрьера. Она долгое время пользовалась въ Германіи большимъ кредитомъ и, повидимому, была подтверждена ст. 89 § 1 нѣмецкаго гражданскаго уложенія. Во Франціи большинство авторовъ гражданскаго права и нѣкоторые публицисты, помимо своего вѣдома, являются ея послѣдователями.

Согласно этой доктринѣ, въ государствѣ заключается два лица: лицо публичной власти, облеченное властью повелѣвать, и лицо имущественное—*фискъ*, облеченное исключительно имущественными правами. Акты перваго являются тѣмъ, что мы называемъ актами власти; акты второго суть тѣ, которые мы называемъ актами исполненія.

Впрочемъ, въ Германіи много спорятъ о точной природѣ *фиска*. Слѣдуетъ ли въ немъ видѣть лицо, дѣйствительно отличное отъ государства, или же органъ государства, остающагося единымъ и нераздѣльнымъ? Если фискъ представляетъ лицо, отличное отъ государства, то является ли онъ лицомъ публичнаго или частнаго права, или же онъ представляетъ лицо то публичнаго, то частнаго права, въ зависимости отъ природы совершаемыхъ имъ актовъ? Таковы вопросы, очень оживленно обсуждаемые въ Германіи [1]).

Недостатокъ этой доктрины заключается особенно въ томъ, что она почти необходимо ведетъ къ созданію дуализма въ государствѣ. Но этотъ дуализмъ недопустимъ. Еллинекъ имѣлъ большія основанія писать: «Ничто такъ не ложно, какъ убѣжденіе, что государство и фискъ представляютъ двѣ разныхъ личности» [2]).

Но если не дѣлать допущенія, что *фискъ* представляетъ лицо, разнящееся отъ личности государства-власти, то такое представленіе о фискѣ совершенно не можетъ служить къ объясненію различія между актами власти и актами исполненія.

---

[1]) Ср. Laband, *Droit public*, франц. изд., 1904 г., VI, стр. 1 и слѣд. и особенно Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899 г.

[2]) Jellinek, *System*, 2-е изд., 1905 г., стр. 209. Спр. Hauriou *Droit administratif*, 5-е изд., 1903 г., стр. 216, прим. 2.

Доктрина Бертелеми. — Этотъ авторъ также допускаетъ различіе актовъ власти и актовъ исполненія и связывает съ этимъ очень важные выводы. Онъ пишетъ: «Акты администраціи раздѣляются на двѣ категоріи: они являются актами публичной власти, путемъ которыхъ они (администраторы) предписываютъ или запрещаютъ что-нибудь управляемымъ. Другіе суть акты исполненія, совершаемые ими въ качествѣ представителей публичныхъ службъ» [1]). Желая дать практическій критерій актовъ исполненія, Бертелеми говоритъ: «Акты исполненія являются такими же актами, какіе можетъ совершать всякій, управляя частнымъ имуществомъ, и которые никакъ не предполагаютъ присутствія публичной власти» [2]).

По взгляду нашего ученаго коллеги, раздѣленіе актовъ исполненія и актовъ власти важно со слѣдующихъ точекъ зрѣнія. Одни только акты публичной власти ведутъ къ возникновенію административнаго по природѣ суда, одни только акты исполненія могутъ вести къ отвѣтственности публичнаго лица, отъ имени котораго они совершены. (Уже было сказано, что тенденція закона и юриспруденціи враждебна этому). Агенты, совершающіе только акты исполненія, являются не столько чиновниками, сколько служащими, рабочими государства; они связаны съ государствомъ договоромъ [3]).

Доктрина Бертелеми представляется намъ неточной какъ по своему принципу, такъ и по своимъ выводамъ. Подобно Лаферрьеру, ученый профессоръ впадаетъ въ ошибку, проводя различіе двухъ категорій актовъ по той цѣли, которую преслѣдуетъ администрація. Какъ уже было указано, эта точка отправленія не можетъ привести къ чему-либо, потому что администрація всегда преслѣдуетъ одну и ту же цѣль и потому что, если бы она даже преслѣдовала различныя цѣли, то этому различію цѣлей вовсе не соотвѣтствуетъ съ необходимостью юридическое различіе актовъ, совершонныхъ для ихъ достиженія.

Что касается критерія, которому Бертелеми, повидимому, придаетъ серьезное значеніе, и согласно которому акты

---

1) Berthélemy, *Droit administratif*, 4-е изд., 1906 г., стр. 18.

2) *Ibid.*, стр. 43.

3) Ср. §§ 63 и 64.

исполненія распознаются по тому признаку, что ихъ можетъ совершать простое частное лицо, то это не болѣе, какъ circulus vitiosus. Дѣйствительно, для того, чтобы опредѣлить при разсмотрѣніи акта, совершоннаго администраторомъ, можетъ ли онъ быть совершонъ частнымъ лицомъ, необходимо сначала опредѣлить, является ли онъ актомъ исполненія. Слѣдовательно, невозможность быть совершоннымъ частнымъ лицомъ обнаруживаетъ передъ нами качество акта исполненія, а качество акта исполненія, признаваемое за актомъ, позволяетъ заключить, что онъ можетъ быть совершенъ частнымъ лицомъ.

Бертелеми еще говоритъ: необходимо различать не государство-лицо публичной власти и государство-фискъ, но государство-власть и государство-лицо. Власть является не осуществленіемъ права, а необходимой функціей; чиновники-которые повелѣваютъ, осуществляютъ не права суверена, а его функцію. «Вмѣсто того, чтобы говорить *государство—частное лицо, государство—публичное лицо*, гораздо проще сказать *государство-лицо* и *государство-власть*. Акты исполненія совершаются чиновниками, *юридическими представителями* государства-*лица;* акты власти выполняются чиновниками, *органами* государства-*власти*» [1]). Бертелеми оказываетъ намъ честь, цитируя насъ, и заявляетъ, что совершенно съ нами согласенъ. Мы очень боимся, что это не совсѣмъ такъ. Мы старались доказать, что представляется невозможнымъ научно обосновать существованіе личности государства и повелѣвающей власти, принадлежащей этой личности, и что установлено лишь, что въ данной странѣ фактическая власть принадлежитъ группѣ индивидовъ, группѣ самыхъ сильныхъ въ матеріальномъ или моральномъ смыслѣ. Бертелеми, конечно, не допускаетъ этого. Онъ говоритъ о государствѣ-власти; слѣдовательно, по его мысли, носителемъ власти является не правительство, а государство. Онъ утверждаетъ, что чиновники, совершающіе акты власти, выполняютъ функцію суверена; слѣдовательно, суверенъ обладаетъ функціей, а чтобы существовала функція, необходимо существованіе лица. Государство-суверенъ и является носителемъ и власти и функціи. Такимъ образомъ Бертелеми неизбѣжно возвра-

[1]) 4-е изд., 1906 г., стр. 45.

щается къ понятію государства-лица, носителя публичной власти. Между тѣмъ говорить ли, что публичная власть является правомъ, или же что она есть примѣненіе функціи, это не имѣетъ никакого значенія.

Доктрина Оріу.—Ученый тулузскій профессоръ для раздѣленія актовъ власти и актовъ исполненія даетъ очень остроумную и очень ученую доктрину, которая несомнѣнно заключаетъ въ себѣ долю истины, но которая, по нашему мнѣнію, заключаетъ въ себѣ еще большую часть заблужденія [1]).

Административная дѣятельность, говоритъ Оріу, проявляется въ трехъ видахъ или тремя путями: 1) путь власти; 2) путь общественнаго исполненія; 3) путь частнаго исполненія.

Путь власти, или тотъ, когда администрація, дѣйствуя въ качествѣ публичной власти, отдаетъ приказы, обращаемые къ управляемому. Когда администрація дѣйствуетъ путемъ власти, то управляемый является не третьимъ лицомъ, съ которымъ администрація вступаетъ въ юридическое отношеніе, а подданнымъ, къ которому она обращаетъ предписаніе. Отсюда слѣдуетъ, что управляемый въ томъ случаѣ, если администрація дѣйствуетъ путемъ власти, никогда не можетъ воспользоваться субъективнымъ правомъ противъ публичнаго лица, отъ имени котораго совершенъ актъ власти. Но администрація всегда ограничена закономъ, а потому заинтересованный всегда можетъ воспользоваться объективнымъ обжалованіемъ, обжалованіемъ объ аннулированіи [2]), чтобы сдѣлать ничтожнымъ актъ власти, совершонный съ нарушеніемъ закона. Такимъ образомъ, по Оріу, акты власти обосновываютъ объективный судъ или судъ объ аннулированіи, а отнюдь не субъективный судъ или полную юрисдикцію.

Путь публичнаго управленія, или тотъ, когда администрація, дѣйствуя отъ имени публичнаго лица, является въ качествѣ исполнительницы публичной службы и пользуется содѣйствіемъ чиновниковъ, предпринимателей или концессіонеровъ и управляемыхъ. По Оріу, тотъ фактъ, что публич-

---

[1]) Ср. Hauriou, *La gestion administrative*, 1899 г.; *Droit administratif*, 5-е изд., 1903 г., стр. 201 и слѣд.

[2]) Ср. § 46.

ная власть пользуется сотрудничествомъ, вынуждаетъ ее принимать во вниманіе интересы своихъ сотрудниковъ, и эти послѣдніе, чиновники и управляемые, являются уже не простыми подданными, а какъ третьи лица, съ которыми публичное лицо вступаетъ въ юридическое отношеніе. Наличность этого юридическаго отношенія приводитъ къ возникновенію для чиновниковъ и управляемыхъ субъективныхъ правъ, на которыя они могутъ ссылаться противъ публичнаго лица. Акты публичнаго исполненія такъ же, какъ и акты власти, ведутъ къ возникновенію административнаго суда, но суда полной юрисдикціи или субъективнаго суда. Обстоятельства, при которыхъ администрація выступаетъ путемъ публичнаго исполненія, весьма многочисленны. Оріу приводитъ: всѣ договоры, заключенные въ видахъ отправленія публичной службы, торги по публичнымъ работамъ и по поставкамъ, всѣ административныя рѣшенія, устанавливающія денежное требованіе или долгъ, списки налоговъ признаніе и ликвидацію государственнаго долга, жалованье и пенсія.

Путь частнаго исполненія, или тотъ, гдѣ цѣль управленія публичной службой не выступаетъ на первый планъ. Въ этомъ случаѣ администрація ведетъ себя, какъ частное лицо; она употребляетъ средства частнаго юридическаго отношенія, не пользуясь въ принципѣ никакой прерогативой. Споры, возникающіе по поводу актовъ частнаго исполненія, входятъ въ компетенцію судебныхъ мѣстъ. Къ области частнаго исполненія относятся всѣ акты, касающіеся частныхъ долговъ государства и частныхъ предпріятій.

Какой ученой, остроумной ни представляется эта доктрина Оріу, она недопустима. Ея искусственный характеръ сейчасъ же обнаруживается, если обратить вниманіе, что она внушена автору желаніемъ объяснить и оправдать, во что бы то ни стало, нѣкоторые законы и нѣкоторыя рѣшенія государственнаго совѣта, надѣляющія административныя мѣста компетенціей тамъ, гдѣ нельзя усмотрѣть основанія для такой компетенціи, напримѣръ, въ случаѣ сдѣлки по поставкамъ, заключенной министрами, и въ случаѣ отвѣтственности государства. Оріу самъ признается въ этомъ. Съ другой стороны, онъ *a priori* формулировалъ такое допущеніе: гдѣ примѣнимъ судъ объ аннулированіи, тамъ имѣетъ мѣсто актъ

власти; тамъ же, гдѣ дѣйствуетъ судъ полной юрисдикціи, налицо актъ публичнаго исполненія; и вся его теорія искусственно построена съ цѣлью оправдать это *апріорное* утвержденіе.

Доктрина Оріу, какъ и ранѣе приведенныя теоріи, повинна въ желаніи обосновать раздѣленіе различныхъ категорій административныхъ актовъ на понятіи цѣли. Мы уже говорили, что тутъ заключается ошибка. Ж. Апплетонъ [1]) очень точно и вполнѣ справедливо формулировалъ возраженіе. Природа акта, говоритъ онъ,—опредѣляется не преслѣдуемой цѣлью, а употребляемымъ средствомъ. Неважно, совершенъ ли актъ въ виду публичныхъ службъ или въ виду частныхъ доменовъ; если онъ является актомъ одностороннимъ, то одностороннимъ актомъ и останется; если же онъ представляетъ договоръ, то договоромъ и останется. Прибавимъ, что такъ какъ административная цѣль едина, то родъ административныхъ актовъ долженъ бы быть одинъ.—Оріу признаетъ серьезность этого возраженія. Но отвѣчаетъ на него очень неопредѣленнымъ образомъ. Онъ говоритъ, что это вопросъ юридической философіи, и что цѣль играетъ важную роль въ образованіи права.—Не намъ оспаривать важность цѣли въ правѣ: цѣль обосновываетъ объективное право и юридическій эффектъ акта воли; послѣдній лишь тогда производитъ юридическій эффектъ, если онъ опредѣляется цѣлью, признанной объективнымъ правомъ. Но одна и та же цѣль (а цѣль административная всегда одна и та же и единственная цѣль) можетъ быть преслѣдуема и достигаема актами, внутренняя природа которыхъ различна, и вотъ это различіе внутренней природы и подлежитъ опредѣленію. Оріу въ доказательство того, что цѣль опредѣляетъ актъ, приводитъ примѣръ коммерческихъ договоровъ, которые, говоритъ онъ, обладаютъ этимъ характеромъ, по причинѣ преслѣдуемой коммерческой цѣли. Это правда; но коммерческій актъ въ основѣ своей остается гражданскимъ актомъ; онъ лишь можетъ быть совершаемъ въ особой формѣ и въ нѣкоторыхъ странахъ влечетъ за собой спеціальную компетенцію. Различіе цѣли между гражданскимъ и коммерческимъ актомъ не устанавливаетъ никакого различія въ ихъ основѣ; и коммерческіе акты, совер-

---

[1]) *Revue du droit public*, 1902 г., II, стр. 155.

шонные ради одной и той же цѣли, могутъ быть и дѣйстви-тельно бываютъ различными по своей внутренней природѣ. Оріу самъ прибавляетъ: «Что особенно доказываетъ опредѣленіе акта цѣлью, такъ это вліяніе ея на самую форму». Да, на форму, но не на основу. Это именно наше положеніе. Наконецъ можно было бы показать, что въ дѣйствительности форма акта измѣняется не въ зависимости отъ преслѣдуемой цѣли, а въ зависимости отъ свойствъ выступающаго лица.

Доктрина Оріу ведетъ къ созданію въ государствѣ трехъ личностей: личности государства, какъ публичной власти, дѣйствующей путемъ власти, личности государства, какъ публичной власти, дѣйствующей путемъ публичнаго исполненія, и личности государства, какъ частнаго лица, дѣйствующаго путемъ частнаго исполненія. Оріу защищается отъ этого, утверждая, что личность государства остается единой и недѣлимой, но представляетъ различные виды, проявляется различными путями. Допустимъ это. Остается заключить, что нашъ ученый товарищъ впадаетъ въ очевидное противорѣчіе съ самимъ собою. Если государство-власть есть лицо (Оріу именно это утверждаетъ на стр. 197, гдѣ онъ говоритъ о пользованіи правами административныхъ лицъ, правомъ публичной власти и правомъ частнаго лица), если публичная власть есть субъективное право, носителемъ котораго является государство-лицо, то это, конечно, должно оставаться справедливымъ, независимо отъ того, какимъ бы образомъ ни осуществлялась публичная власть, или, согласно терминологіи автора, независимо отъ того, выполняется ли публичная власть путемъ власти или путемъ исполненія. И, безъ сомнѣнія, когда публичная власть дѣйствуетъ путемъ исполненія, Оріу заявляетъ [1]), что она есть право, носителемъ котораго является государство, и что она осуществляется отъ имени этого лица. «Публичная власть дѣйствуетъ отъ имени административной личности». Но авторъ прибавляетъ: «Въ средѣ власти можно спросить себя, до какой степени акты являются дѣломъ административныхъ юридическихъ лицъ... По моему мнѣнію, акты власти выполняются частью отъ имени личной и неотвѣтственной публичной власти, но частью также отъ имени

[1]) Стр. 213.

административныхъ органовъ, вѣдѣнію которыхъ они подлежатъ, и отъ имени административныхъ лицъ, подъ отвѣтственностью которыхъ они совершены» [1]). Теперь мы ничего не понимаемъ. Итакъ, предъ нами акты, которые выполняются частью отъ имени *безличной* публичной власти, но эта публичная власть не вполнѣ *безлична*, такъ какъ за нею стоитъ административное лицо, такъ какъ акты власти совершаются *частью* отъ имени органовъ, вѣдѣнію которыхъ они подлежатъ. Однако необходимо же выбрать: или государство есть лицо и всѣ государственные акты совершаются только отъ его имени; или государство не лицо, и ни одинъ актъ не совершается отъ его имени.

Въ результатѣ, теорія Оріу является изложеніемъ очень простого положенія, облеченнаго въ изящныя, ученыя и часто загадочныя формулы. Она сводится къ слѣдующему: въ регламентарныхъ актахъ публичное лицо формулируетъ чрезъ свои органы общее и отвлеченное правило и не вступаетъ въ отношеніе ни съ какой другой личностью, и при этомъ вовсе не возникаетъ юридическаго положенія; напротивъ, когда публичное лицо совершаетъ административный въ собственномъ смыслѣ актъ, оно вступаетъ въ отношеніе съ другой личностью, и рождается субъективное правовое положеніе съ его естественными послѣдствіями. Все сказанное Оріу относительно актовъ власти справедливо лишь для регламентовъ. Съ другой стороны, мы не рѣшились бы привести настоящій административный актъ, который могъ бы произвести эффектъ безъ содѣйствія чиновниковъ и управляемыхъ; чтобы управлять, необходимы — повторять это чистый труизмъ — администраторы и управляемые. Когда Оріу на стр. 207 утверждаетъ, что списки налоговъ являются актами исполненія, потому что для заполненія ихъ необходимо содѣйствіе плательщиковъ, онъ формулируетъ, къ сожалѣнію, слишкомъ очевидную истину! Вся эта ученая теорія сводится къ слѣдующему: существуютъ регламентарные акты, которые представляютъ не матеріальные административные акты, а настоящіе законодательные; существуютъ административные въ собственномъ смыслѣ акты, порождающіе правовыя положенія, участниками которыхъ являются

---

[1]) Стр. 203.

публичное лицо, чиновники и управляемые. Очевидно, для регламентарныхъ актовъ можетъ существовать только объективный судъ, потому что, благодаря отсутствію субъективнаго юридическаго положенія, нельзя обратиться съ обжалованіемъ, основываясь на несуществующемъ юридическомъ положеніи. Что касается административнаго акта въ собственномъ смыслѣ, то онъ всегда можетъ послужить основаніемъ или для субъективнаго, или для объективнаго обжалованія; это зависитъ отъ, лица, подающаго обжалованіе, смотря по тому, является ли оно, или нѣтъ участникомъ возникшаго изъ акта юридическаго положенія.

Что его теорія сводится къ различенію актовъ регламентарныхъ и актовъ административныхъ, это признаетъ, по крайней мѣрѣ, въ скрытомъ видѣ, самъ Оріу, когда пишетъ: «Истинная природа акта власти заявляетъ свой регламентарный характеръ, а регламентарныя рѣшенія обладаютъ сразу и свойствами повелѣвающей власти и свойствами принципіальнаго правила... На первомъ мѣстѣ стоятъ рѣшенія, содержащія общее правило, которыя представляютъ изъ себя регламенты въ собственномъ смыслѣ» [1]). Но Оріу стремится доказать существованіе индивидуальныхъ административныхъ актовъ, являющихся актами власти, и для этого (настолько справедливо наше возраженіе!) ему приходится защищать парадоксъ, что эти акты, хотя и индивидуальны, тѣмъ не менѣе, представляютъ «регламентарныя рѣшенія, потому что они требуютъ повиновенія и уваженія со стороны общества, хотя и не содержатъ общаго правила». Эти выраженія, взятыя сами по себѣ, противорѣчивы, ибо распоряженіе въ общемъ порядкѣ по самому опредѣленію и есть такое, которое требуетъ уваженія къ себѣ со стороны общества. Если Оріу хочетъ сказать, что эффектъ извѣстныхъ административныхъ актовъ воздѣйствуетъ на лицъ, не являющихся сторонами въ возникшемъ изъ него юридическомъ положеніи, то онъ совершенно правъ; но въ такомъ случаѣ его формула не достаточно обща, ибо это справедливо не только для нѣкоторыхъ административныхъ актовъ, но для всѣхъ, и даже для всѣхъ безъ исключенія публичныхъ и частныхъ юридическихъ актовъ. Если не выходить изъ административ-

---

[1]) Стр. 266.

ной области, то развѣ всѣ акты исполненія, указанные Оріу, административные договоры, выборы, списокъ прямыхъ налоговъ, не требуютъ уваженія со стороны общества, согласно формулѣ автора?

Какъ примѣръ индивидуальныхъ актовъ власти, Оріу [1]) приводитъ назначеніе чиновника, которое, говоритъ онъ, есть актъ власти, потому что оно, хотя и индивидуально, но имѣетъ нѣчто регламентарное, такъ какъ чиновникъ, разъ онъ назначенъ, будетъ имѣть право на повиновеніе со стороны всѣхъ [2]).—Это плохой доводъ, потому что, если чиновникъ обладаетъ правомъ на повиновеніе всѣхъ, то не въ силу своего назначенія, а въ силу закона о должностной компетенціи, примѣненіе котораго къ опредѣленному лицу зависитъ отъ назначенія этого лица. Актъ власти, въ смыслѣ Оріу, является закономъ компетенціи. Актъ назначенія заключаетъ въ себѣ всѣ характерныя черты, которыми Оріу надѣляетъ актъ исполненія. «Внѣшній признакъ акта исполненія,—говоритъ онъ,—состоитъ въ томъ, что администрація исполняетъ публичную службу или какую-нибудь операцію, пользуясь содѣйствіемъ». Но развѣ назначеніе чиновниковъ этой службы не составляетъ перваго акта исполненія публичной службы, и не предполагаетъ ли оно прежде всего содѣйствія этого чиновника? Оріу говоритъ, что всѣ вопросы жалованья и пенсіи связаны съ административнымъ исполненіемъ; но они же связаны и съ актомъ назначенія; слѣдовательно, актъ назначенія есть актъ исполненія. Но, скажетъ онъ, актъ назначенія есть актъ власти, потому что онъ порождаетъ объективный споръ. Вовсе нѣтъ. Если третье лицо, косвенно затронутое назначеніемъ, оспариваетъ его, то оно это сдѣлаетъ, очевидно, путемъ объективнаго обжалованія за превышеніе власти, основанное на нарушеніи закона [3]). Если, наоборотъ, чиновникъ, участникъ юридическаго положенія, возникшаго изъ акта назначенія, ссылаясь на это положеніе, предъявляетъ притязаніе, напримѣръ, на право требованія

---

[1]) Стр. 266.

[2]) Стр. 266.

[3]) Ср. рѣшенія государственнаго совѣта, дѣла Lot, Moliner и Savary, 11 декабря 1903 г. и 18 марта 1904 г.

противъ государства, то здѣсь будетъ имѣть мѣсто субъективный судъ или судъ полной юрисдикціи.

Оріу учитъ, что избраніе чиновника есть актъ исполненія. Какъ же онъ можетъ въ то же самое время учить, что назначеніе не является имъ? Оба акта обладаютъ абсолютно тожественной природой. Если назначеніе, по терминологіи Оріу, содержитъ въ себѣ нѣчто регламентарное, то выборы обладаютъ имъ не въ меньшей степени. Но, говоритъ авторъ, при выборахъ администрація пользуется содѣйствіемъ избирателей. Нѣтъ. Избраніе совершается, какъ и всѣ акты, совершаемые отъ имени публичнаго лица, органомъ этого лица, которымъ при выборахъ является избирательная коллегія, а при назначеніи—чиновникъ. Мы думаемъ, что если Оріу видитъ въ выборахъ актъ исполненія, то это объясняется очень просто тѣмъ, что, слѣдуя Лаферрьеру, онъ въ судѣ по выборамъ видѣлъ (впрочемъ, по нашему мнѣнію неправильно) судъ полной юрисдикціи, и что для того, чтобы доказать *апріорное* положеніе, внушившее ему всю его систему, ему пришлось во что бы то ни стало подвести выборы подъ категорію актовъ исполненія.

Мы не имѣемъ возможности болѣе обсуждать эту систему. Мы думаемъ, что сказаннаго достаточно, чтобы показать пустоту и противорѣчіе, которыя скрываются подъ изяществомъ, а иногда темнотою формулъ [1]).

---

[1]) Ср. для критики теоріи Оріу, кромѣ указанной уже статьи J. Appleton, *Revue du droit public*, Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1904 г., стр. 62, а также Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905 г., стр. 119; Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899 г., который вполнѣ справедливо указываетъ, что для классификаціи актовъ публичной власти и актовъ исполненія цѣль акта является безразличнымъ обстоятельствомъ, хотя, быть-можетъ, самъ иногда и противорѣчитъ этому положенію. Оріу утверждаетъ, что государственный совѣтъ усвоилъ его теорію административнаго исполненія въ своемъ рѣшеніи Terrier, 6 февраля 1903 года, *Note* подъ указаннымъ рѣшеніемъ Sirey, 1903 г., III, стр. 23. Правительственный комиссаръ Romieu, дававшій заключеніе по этому дѣлу, повидимому, лично, дѣйствительно принялъ доктрину Оріу; но въ

Правильное раздѣленіе актовъ власти и актовъ исполненія можетъ быть сдѣлано лишь съ точки зрѣнія внутренняго характера акта. Никогда не слѣдуетъ забывать нашего опредѣленія административнаго акта. Это есть юридическій актъ, т.-е. проявленіе воли, совершонное съ цѣлью создать субъективное правовое положеніе. Но такое проявленіе воли можетъ произойти лишь при двухъ различныхъ условіяхъ: оно можетъ быть *односторонним*ъ или *договорным*ъ. Односторонній актъ предполагаетъ волю, которая обнаруживается безъ всякой связи съ проявленіемъ другой воли. Наоборотъ, при договорѣ цѣль, опредѣляющая проявленіе воли, заключается въ проявленіи другой воли, такъ что въ этомъ случаѣ правовой эффектъ вытекаетъ изъ двухъ проявленій воли, взаимно опредѣляющихъ себя. Административные акты, какъ акты юридическіе, естественно являются или односторонними или договорными.

Отсюда мы приходимъ къ слѣдующимъ опредѣленіямъ: административный актъ власти (или публичной власти) есть административный актъ, производящій правовой эффектъ дѣйствіемъ *односторонней* воли административнаго агента, совершающаго актъ отъ имени публичнаго лица. Актъ исполненія есть административный актъ, производящій юридическій эффектъ содѣйствіемъ двухъ воль, опредѣляющихъ одна другую, изъ которыхъ, по крайней мѣрѣ, одна является волей административнаго агента, дѣйствующаго отъ имени публичнаго лица. Таково единственное истинно юридическое раздѣленіе, которое

самомъ рѣшеніи нѣтъ ничего, откуда можно было бы вывести, что государственный совѣтъ вполнѣ или отчасти руководился теоріей административнаго исполненія.

можно установить между административными актами, потому что они суть юридическіе акты, и потому что таково единственное раздѣленіе, возможное для юридическихъ актовъ.

Но почему актами власти (или публичной власти) названы односторонніе административные акты, а актами исполненія — договорные административные акты? Это легко объясняется: тутъ мы имѣемъ выводъ изъ индивидуалистическаго представленія, которое продолжительное время пользовалось исключительнымъ господствомъ въ нашемъ законодательствѣ, въ нашей доктринѣ и въ нашей юриспруденціи, и дѣйствіе которой, сверхъ того, еще очень велико и въ настоящее время. Подъ вліяніемъ этого представленія въ теченіе долгаго времени считалось догмой (а нѣкоторые авторы вѣруютъ еще и теперь), что правовой эффектъ, созидающій или измѣняющій юридическое положеніе между двумя лицами, можетъ быть произведенъ только содѣйствіемъ воль этихъ двухъ лицъ, что, однимъ словомъ, правовой эффектъ можетъ быть созданъ только договоромъ, и когда въ частномъ правѣ встрѣчали правовой эффектъ, возникшій изъ односторонняго акта, говорили: это quasi-договоръ или всесильное рѣшеніе закона. Отсюда, когда въ концѣ XIX вѣка во Франціи теоретически изучили публичное право и увидѣли, что очень часто односторонняя воля публичнаго агента, дѣйствующаго отъ имени публичнаго лица, производитъ правовой эффектъ, и при этомъ нѣтъ возможности вполнѣ или отчасти уподобить этотъ актъ договору, находившемуся подъ господствомъ ложной догмы договора, стали говорить: если въ публичномъ правѣ правовой эффектъ

часто вызывается актомъ односторонней воли, то это зависитъ отъ собственной природы воли, которая проявляется, и которая единой своей силой можетъ произвести правовой эффектъ, потому ли, что проявляющіе эту волю индивиды являются органами или представителями публичнаго коллективнаго лица, облеченнаго повелѣвающей властью, или же потому, что они сами облечены спеціальной компетенціей, *imperium*'омъ, въ силу котораго они могутъ одной своей волей вызывать правовой эффектъ. Этимъ естественно объясняется и названіе актовъ власти (или публичной власти), данное такимъ односторонниимъ административнымъ актамъ.

Что касается выраженія «акты исполненія», употребляемаго для обозначенія договорныхъ административныхъ актовъ, то оно очень легко находитъ себѣ объясненіе въ томъ, что фактически администрація почти всегда дѣйствуетъ по договору, управляя, въ широкомъ смыслѣ этого слова, своимъ имуществомъ, т.-е. совокупностью богатствъ, назначенныхъ для административной миссіи. Выраженіе «акты исполненія» совершенно неточно, потому что очень часто администрація для управленія своимъ имуществомъ дѣйствуетъ путемъ односторонняго акта; а съ другой стороны, ничто не мѣшаетъ администраціи дѣйствовать путемъ договорныхъ актовъ и въ другихъ дѣлахъ, кромѣ управленія своимъ имуществомъ.

Установивши такимъ образомъ, что акты власти являются односторонними актами, а акты исполненія—договорными, легко уяснить и интересъ раздѣленія административныхъ актовъ на эти двѣ категоріи. Прежде всего обнаруживается наличность серьез-

наго теоретическаго интереса такого раздѣленія, и его одного было бы достаточно для того, чтобы сдѣлать раздѣленіе необходимымъ. Что же касается практическаго интереса, то онъ выступаетъ въ чистомъ видѣ въ странахъ, подобно Франціи, обладающихъ административной юрисдикціей. Одни только акты власти, именно потому, что они односторонни, должны и могутъ въ принципѣ вести къ возникновенію административнаго суда. Полнѣе основанія этого будутъ выяснены дальше [1]). Для даннаго же момента достаточно сказать, что существованіе административнаго суда, его созданіе законодателемъ революціонной эпохи преслѣдовало преимущественно обезпеченіе независимости дѣйствій административныхъ агентовъ. Для достиженія этого результата, стремились воспрепятствовать тому, чтобы волю административнаго агента можно было толковать, критиковать, контролировать или уничтожать инымъ агентамъ, кромѣ агентовъ административнаго порядка, въ особенности же агентамъ судебнаго сословія. Отсюда учрежденіе административныхъ суда и юрисдикціи. Но этотъ административный судъ можетъ имѣть лишь кругъ вѣдомства, опредѣленный цѣлью, внушившей его учрежденіе: избѣгать конфликта между волями административной и судебной. Такой конфликтъ возможенъ только, если правовое положеніе, вызвавшее процессъ, создано единственно волей администраціи, или, говоря общѣе, когда рѣшеніе вопроса, подвѣдомственнаго судьѣ, предполагаетъ оцѣнку исключительно административной юридической воли. Такъ бываетъ лишь въ

---

[1]) Ср. § 54.

лучаѣ административнаго акта власти, акта односторонняго, такъ какъ только въ этомъ случаѣ судья долженъ оцѣнить юридическую волю администраціи.

Наоборотъ, въ случаѣ акта исполненія или договорнагоакта правовое положеніе, предметъ процесса, возникаетъ не изъ одной только воли администраціи; рѣшеніе вопроса, подвѣдомственнаго судьѣ, не предполагаетъ оцѣнки одной только воли администраціи; нѣтъ возможности конфликта между административной и судебной волями. Положеніе возникаетъ не изъ одной только административной воли, но изъ *комплекса* конкурирующихъ воль. Судебное учрежденіе будетъ въ состояніи толковать, даже уничтожить актъ исполненія, не вызывая дѣйствительнаго конфликта между судебной и административной волями, потому что оно уничтожаетъ эффектъ, произведенный не административной волей, а стеченіемъ воль, въ которомъ административная воля является простою участницей. Понятно въ то же время, что законодатель считалъ долгомъ ввести тутъ нѣкоторыя исключенія и установить, даже въ случаѣ актовъ исполненія, компетенцію административныхъ судовъ. Но созданная такимъ образомъ компетенція всегда будетъ исключительной и не можетъ быть распространяема и прилагаема внѣ точныхъ указаній текста закона.

Существуетъ ли общій критерій, который позволилъ бы сказать: въ такомъ-то случаѣ администрація дѣйствуетъ путемъ акта власти (односторонняго акта), а въ такомъ-то — путемъ акта исполненія (договорнаго акта)? Нѣтъ. Установить общій критерій для рѣшенія этого вопроса значило бы возвратиться къ доктринѣ цѣли. Необходимо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ прибѣгать къ анализу обстоятельствъ и изслѣдовать, имѣются ли здѣсь фактически элементы дого-

вора, или же элементы односторонняго акта. Все, что можно сказать, такъ это то, что въ настоящее время какъ въ публичномъ, такъ и частномъ правѣ существуетъ тенденція къ сокращенію области договорныхъ актовъ и къ расширенію области актовъ односторонних ъ,—движеніе, стоящее въ связи съ тѣмъ, что мы называемъ *соціализаціей* права, которая сама имѣетъ дѣйствующей причиной болѣе ясное и болѣе сильное сознаніе соціальной солидарности [1]).

Существуетъ ли формальный критерій, который позволилъ бы на практикѣ признать, дѣйствовала ли администрація фактически путемъ односторонняго акта, или же путемъ договора? Очевидно, онъ существуетъ, но въ высшей степени сложенъ; онъ разнообразится для каждаго представляющагося случая. Приложеніе его требуетъ кропотливаго анализа условій, въ которыхъ дѣйствуетъ администрація, а также понятія, которое составляютъ себѣ въ данный моментъ въ разсматриваемой странѣ администрація и управляемые относительно даннаго случая, относительно способа вмѣшательства администраціи.

Однако солидные писатели говорятъ, что для того, чтобы узнать, является ли административный актъ одностороннимъ или договорнымъ, существуетъ очень простое средство: актъ односторонній налицо, когда администрація можетъ взять обратно то, что она совершила, измѣнять, отмѣнять этотъ актъ и даже избавляться отъ обязательствъ, которыя изъ него вытекаютъ для нея; если же, наоборотъ, администрація не можетъ измѣнить или уничтожить положеніе, которое вытекаетъ изъ акта, то послѣдній является договорнымъ. Этотъ критерій примѣняется къ назначенію чиновниковъ и къ концессіямъ на публичные домены. Нѣкоторые авторы говорятъ: доказательствомъ того, что назначеніе чиновника является одностороннимъ актомъ, служитъ то обстоятельство, что чиновникъ можетъ быть увольняемъ [2]).

Такое воззрѣніе, по нашему мнѣнію, совершенно ложно. Ему чужда плодотворная идея, лежащая въ самой основѣ права,—идея, согласно которой односторонняя воля вообще

---

[1]) Ср. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, 1901 г., стр. 53 и слѣд.

[2]) См. особенно Hauriou, *Droit admin.*, 5-е изд., 1903 г., стр. 557, прим. 1.

и одностороняя воля административныхъ агентовъ въ частности можетъ созидать правовое положеніе, столь же дѣятельное и производящее тѣ же слѣдствія, какъ и положеніе, вытекающее изъ договора. Если администрація можетъ взять обратно актъ, измѣнить или уничтожить правовое положеніе, созданное имъ, то это просто указываетъ на то, что этотъ актъ не создалъ обязательства, обременяющаго публичное лицо, а создалъ лишь отмѣнимое обязательство. Но положеніе, возникшее изъ односторонняго акта, можетъ связать публичное лицо столь же энергично, какъ и положеніе, возникшее изъ договорнаго актг, напримѣръ, положеніе, возникшее изъ акта отчужденія, реквизиціи, истребленія животныхъ, страдающихъ заразительными болѣзнями, всѣхъ актовъ, безспорно являющихся односторонними актами. Назначеніе чиновниковъ [1]), концессія на публичные домены, по нашему мнѣнію, односторонніе акты. Основаніемъ этого служитъ вовсе не отмѣняемость акта, а просто тотъ фактъ, что здѣсь воля чиновника или концессіонера выступаетъ въ качествѣ условія акта, а не элемента его образованія. Съ другой стороны, въ настоящее время въ юриспруденціи сказывается извѣстное стремленіе ограничить въ этихъ двухъ положеніяхъ права администраціи на дискреціонную отмѣну.

Итакъ, предложенный критерій недопустимъ. Необходимо придерживаться сказаннаго ранѣе: тщательно изслѣдовать каждый случай; опредѣлить моментъ, когда юридическій актъ можно разсматривать, какъ вполнѣ образовавшійся, и принять въ соображеніе юридическія идеи момента и намѣренія администраціи и управляемыхъ [2]).

С. Юрисдикціонная функція.

44. **Сложность юрисдикціонной функціи.**—Мы говоримъ *юрисдикціонная*, а не *судебная* функція, хотя послѣднее выраженіе и болѣе общеупотребительно. Но, по нашему мнѣнію, оно ведетъ къ смѣшенію: слово *судебный*

---

[1]) Ср. § 65.

[2]) Объ основаніи обязательной для государства силы заключенныхъ имъ договоровъ ср. § 29, п. 2.

необходимо сохранить для обозначенія извѣстной власти, которая во Франціи и въ большинствѣ современныхъ странъ отлична отъ административной власти, и тогда судебная функція будетъ функціей, исполняемой судебной властью, т.-е. функціей, опредѣленной съ формальной точки зрѣнія. Судебная власть, безъ сомнѣнія, осуществляетъ преимущественно юрисдикціонную функцію, но не всю юрисдикціонную функцію; во Франціи многіе юрисдикціонные акты совершаются и административной властью. Съ другой стороны, судебная власть совершаетъ много актовъ, которые по природѣ своей суть акты административные. Итакъ, намъ предстоитъ опредѣлить характеръ юрисдикціонной, а не судебной функціи, ставъ исключительно на матеріальную точку зрѣнія, т.-е. совершенно отрѣшившись отъ характера органовъ, агентовъ и властей, исполняющихъ эту функцію. Возникающія при этомъ затрудненія зависятъ, съ одной стороны, отъ того, что здѣсь часто смѣшиваютъ формальную и матеріальную точки зрѣнія, а можетъ-быть, также и отъ того, что юрисдикціонная функція представляетъ характеръ сложности, которымъ не обладаютъ въ той же степени остальныя двѣ функціи государства. Эта же сложность ея характера, между прочимъ, объясняетъ, почему юрисдикціонная функція лишь довольно поздно выдѣлилась изъ административной и почему еще во многихъ пунктахъ линія, раздѣляющая эти двѣ функціи, остается довольно неопредѣленной.

Выводы изъ современнаго представленія о правовомъ государствѣ съ особенною силою проявляются также при осуществленіи юрисдикціонной функціи, ибо въ силу этого представленія мы утверждаемъ, съ

одной стороны, что государство обязано вмѣшаться, если къ нему обращается частное лицо, а съ другой стороны, что государство-судья строго связано изданнымъ имъ закономъ, и что, кромѣ того, государство связано юрисдикціоннымъ рѣшеніемъ, постановленнымъ имъ въ качествѣ судьи [1]).

Въ нашемъ сочиненіи, озаглавленномъ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901 г.), мы изложили концепцію юрисдикціонной функціи, относительно которой мы сами задаемся теперь вопросомъ, отвѣчаетъ ли она дѣйствительности, и не слишкомъ ли она узка. Мы говорили (стр. 416): «Юрисдикціонный актъ есть актъ, путемъ котораго правители констатируютъ существованіе субъективнаго юридическаго положенія, изъявляютъ волю, чтобы оно осуществлялось, и объявляютъ, что, въ случаѣ надобности, для обезпеченія осуществленія его силой прямо или косвенно, будетъ употреблено матеріальное принужденіе, которымъ они располагаютъ. Здѣсь управляющая воля вовсе не проявляется въ роли создателя новаго субъективнаго юридическаго положенія; это юридическое положеніе уже существуетъ; правители констатируютъ его и изъявляютъ волю, чтобы оно осуществлялось». Однимъ словомъ, мы допускали, что юрисдикціонная функція выступаетъ только въ вопросахъ субъективнаго права, и что судья констатируетъ существованіе или несуществованіе субъективнаго права, но никогда не созидаетъ новаго положенія. Такъ какъ во всѣ времена существовала юрисдикція, называемая репрессивной, когда судья констатируетъ нарушеніе не субъективнаго права, а закона, и создаетъ нѣкоторое новое положеніе, осуждая виновнаго, то мы говорили: здѣсь мы имѣемъ дѣло съ актомъ юрисдикціоннымъ съ формальной, а не съ матеріальной точки зрѣнія. Такъ какъ также въ большинствѣ современныхъ законодательствъ и въ частности во Франціи къ извѣстнымъ юрисдикціямъ (во Франціи въ государственный совѣтъ) могутъ быть подаваемы обжалованія (напримѣръ, по поводу превышенія власти), въ которыхъ жалобщики лишь утверждаетъ, что

---

[1]) Ср. § 95.

нарушенъ законъ, объективное право, а вовсе не ссылаются на субъективное право; такъ какъ судья, которому подана подобная жалоба, рѣшаетъ лишь вопросъ объективнаго права и, если признаетъ, что законъ нарушенъ, то уничтожаетъ созданное юридическое положеніе, то мы, кромѣ того, говорили: здѣсь мы имѣемъ дѣло съ актомъ юрисдикціоннымъ по формѣ, но не съ матеріальной точки зрѣнія. Прогрессъ современнаго права, говорили мы, состоитъ въ подчиненіи вопросовъ объективнаго права властямъ, организованнымъ въ форму юрисдикціи, со всѣми гарантіями юрисдикціонныхъ формъ, но постановляемое рѣшеніе только носитъ форму приговора; по существу это административный актъ.

Не заходя, быть-можетъ, такъ далеко, различные авторитетные авторы учатъ, что вмѣшательство юрисдикціонной функціи лишь тогда правильно, когда затронутъ вопросъ субъективнаго права, что судья устанавливаетъ всегда лишь существованіе или размѣры субъективнаго права. Жаклень, желая опредѣлить элементы административнаго суда, пишетъ: «Элементы этого суда составляютъ: во-1-хъ, процессъ, возникшій изъ нарушенія субъективнаго права; во - 2-хъ, публичная власть, произносящая рѣшеніе въ случаѣ этого процесса; въ-3-хъ, нарушеніе права, происходящее отъ административнаго акта. Если мы пренебрежемъ послѣдними двумя элементами, спеціально относящимися къ административному суду, то окажется, что, по мысли Жаклена, для того, чтобы былъ поводъ для осуществленія юрисдикціонной функціи, существенно необходимъ процессъ, возникшій по поводу субъективнаго права [1].

Несомнѣнно, такова же точно и идея Артюра. Въ началѣ своей книги *La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions*, Артюръ пишетъ: «Судить значитъ провозглашать право съ тѣмъ, чтобы обезпечить уваженіе къ нему, когда это необходимо, т. - е. когда оно нарушено или оспаривается» [2]. Можно думать, что въ этой общей формулѣ Артюръ имѣетъ въ виду нарушеніе и субъективнаго и объективнаго права. Но дальнѣйшее содержаніе съ очевидностью показываетъ,

---

[1]) Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, стр. 191.

[2]) Стр. 13.

что, по его мысли, юрисдикціонная функція существуетъ только въ томъ случаѣ, когда власть дѣлаетъ постановленіе по вопросу субъективнаго права. Дѣйствительно, онъ прибавляетъ: «Эта необходимость провозглашать право съ цѣлью заставить уважать его, выступаетъ на сцену, когда право общества нарушается преступленіями.... когда право частнаго лица нарушается другимъ частнымъ лицомъ или актомъ публичной власти» [1]). Здѣсь, очевидно, дѣло идетъ исключительно о субъективномъ правѣ. Когда авторъ встрѣчается съ обжалованіемъ по поводу превышенія власти, которое является, конечно, типичнымъ примѣромъ, гдѣ судьѣ приходится высказываться лишь по вопросу объективнаго права и нарушенной законности, онъ и тогда старается доказать, что здѣсь также дѣло идетъ только о вопросѣ субъективнаго права. Безъ сомнѣнія, онъ правильно говоритъ, что «для того, чтобы, при прочихъ выполненныхъ условіяхъ, дѣло было судебно-административнымъ, достаточно нарушенія объективнаго права» [2]). Но въ то же время онъ, приводя въ примѣръ безчисленныя выдержки изъ рѣшеній, посвящаетъ восемьдесятъ восемь страницъ своего труда [3]) попыткѣ доказать, что въ жалобахъ по поводу превышенія власти жалобщикъ всегда ссылается на нарушеніе субъективнаго права. Однако Оріу дѣлаетъ ему глубоко осмысленное замѣчаніе, что его трудолюбивыя изысканія тщетны, «что онъ ничего не доказалъ, разъ не установилъ, что *абсолютно* во всѣхъ возможныхъ случаяхъ жалобщикъ опирается на право, и что утвержденіе Артюра ложно, если будетъ указанъ хоть одинъ случай, гдѣ. очевидно, затронутъ только нарушенный интересъ» [4]).

Въ только что цитированной брошюрѣ Оріу стремится доказать, что относительно суда должно составить гораздо болѣе широкое понятіе, нежели общепринятое, что юридическая природа суда должна быть опредѣлена по составляющимъ его соціальнымъ элементамъ, и что такихъ элементовъ три: споръ, принятіе сторонами инстанціи, предназначенной

---

[1]) Стр. 13.

[2]) Стр. 306, прим. 2.

[3]) Стр. 305 и слѣд.

[4]) Hauriou, *Les éléments du contentieux*, 1905 г., стр. 36

для миролюбиваго разрѣшенія спора, и публичный судья, предъ которымъ развертывается производство [1]). Оріу совершенно правъ, когда указываетъ на ошибку авторовъ, доказывающихъ, что судъ имѣетъ мѣсто только тогда, когда ставится вопросъ о субъективномъ правѣ. Правъ онъ и говоря, что возможенъ споръ по иному дѣлу, кромѣ нарушенія субъективнаго права. Но намъ кажется, что онъ совсѣмъ не разрѣшилъ особенно важнаго вопроса о томъ, какова съ юридической точки зрѣнія матеріальная природа юрисдикціоннаго акта. Повидимому, по мысли автора, юрисдикція имѣетъ мѣсто только тамъ, гдѣ существуетъ судъ. Дѣйствительно, на стр. 41 онъ пишетъ: «Споръ требуетъ судьи, каковъ бы ни былъ вызвавшій его объектъ, уже потому только, что онъ достигъ извѣстной степени остроты и способенъ перейти въ насильственныя дѣйствія». Такимъ образомъ для суда мѣсто только тамъ, гдѣ есть споръ, каковъ бы ни былъ впрочемъ, объектъ спора. Оріу много тратитъ труда, стараясь показать, что такое судъ; онъ усиленно вводитъ историческіе и соціологическіе элементы въ свое опредѣленіе, которое, на нашъ взглядъ, не представляетъ никакихъ затрудненій. Совершенно очевидно, что судъ происходитъ, когда по одному и тому же пункту объективнаго или субъективнаго права существуютъ два противоположныхъ утвержденія. Ничего другого не говоритъ и Оріу. Несмотря на все это, крупная заслуга Оріу состоитъ въ доказательствѣ узости обычнаго представленія юрисдикціонной функціи, которое составили себѣ и мы сами. Онъ неправъ, говоря только о судѣ. Фактически и раціонально власть можетъ судить при отсутствіи спора, и она судитъ относительно объективнаго права такъ же, какъ и относительно субъективнаго [2]).

Что же значитъ судить? Значитъ ли это разрѣшать процессъ? Нѣтъ, не обязательно. Судить зна-

---

[1]) Стр. 13.

[2]) Относительно юрисдикціонной функціи, ср. также Laband, *Droit public*, франц. изд., II, 1903 г., стр. 149 и слѣд.; Pagenstecher, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905; Fernek, *Die Rechtswidrigkeit*, 2 т., 1903 — 1905; Kremer, *Zur Konstruction des Zivilprozess*, *Zeitschrift Grünhuts*, 1906, стр. 289.

читъ констатировать существованіе либо правовой нормы, либо правового положенія. Государство является вынужденнымъ произвести такое констатированіе, когда нарушена правовая норма или когда не признано юридическое положеніе въ его существованіи, или въ его размѣрахъ. Производя констатированіе, государство приказываетъ что-нибудь подъ санкціей принужденія. Функцію суда характеризуетъ по существу то обстоятельство, что само государство является связаннымъ констатированіемъ субъективнаго права, и что постановляемое имъ рѣшеніе должно быть *силлогистическимъ* заключеніемъ на основаніи этого констатированія. Всякое юрисдикціонное рѣшеніе есть силлогизмъ: большая посылка—напоминаніе правовой нормы; меньшая—констатированіе или акта, или факта, противнаго этой нормѣ, либо правового положенія, возникшаго согласно этой нормѣ, и заключеніе—рѣшеніе, представляющее необходимое и логическое слѣдствіе констатированія.

Судья можетъ обладать очень большой властью оцѣнки въ отношеніи объективнаго или субъективнаго права и слѣдствій, вытекающихъ изъ нихъ, а также въ отношеніи подвѣдомственныхъ ему фактовъ; въ тожественныхъ случаяхъ два судьи могутъ даже дать два различныхъ рѣшенія. Но если судья дѣйствуетъ правильно, то онъ не можетъ разрѣшать одинаковый случай различно, по своему произволу; онъ не совершаетъ волевого акта въ собственномъ смыслѣ; онъ не можетъ замѣнить своей волей логическую операцію, подчиненную большей и меньшей посылкамъ, по законамъ человѣческаго мышленія. Судья констатируетъ право и дѣлаетъ отсюда логическій выводъ. Но этотъ выводъ является рѣшеніемъ,

производящимъ правовой эффектъ; и вотъ именно, благодаря этому рѣшенію, юрисдикціонная функція является юридической функціей государства.

Это общее понятіе функціи суда указываетъ на ея существенный характеръ: постановленіе рѣшенія, являющагося логическимъ и необходимымъ слѣдствіемъ констатированія субъективнаго или объективнаго права. Кромѣ того, легко видѣть, что функція суда, всегда вполнѣ оставаясь юрисдикціонной функціей, осуществляется въ двухъ различныхъ предположеніяхъ. Прежде всего она дѣйствуетъ въ случаѣ, когда возникаетъ вопросъ о существованіи или объемѣ извѣстнаго состоянія субъективнаго права (мы не говоримъ *спора*); судья констатируетъ, по правовымъ и фактическимъ элементамъ, существованіе или несуществованіе этого положенія; признавъ его существованіе, онъ опредѣляетъ его объемъ и принимаетъ рѣшеніе, являющееся логическимъ слѣдствіемъ его констатированія и повелѣвающее осуществить положеніе подъ прямой или косвенной санкціей принужденія. Въ этомъ первомъ предположеніи мы говоримъ о *субъективной юрисдикціи*.

Юрисдикціонная функція проявляется также, когда возникаетъ вопросъ, нарушено или нѣтъ объективное право или законъ, въ силу ли публичнаго или частнаго акта, совершоннаго съ цѣлью создать правовое положеніе, или же въ силу какого-нибудь не юридическаго факта; если власть констатируетъ нарушеніе, то она дѣлаетъ отсюда логическій выводъ; она принимаетъ рѣшеніе, которое, смотря по случаю, является отмѣной, возстановленіемъ или репрессіей, и выполненіе котораго гарантируется примѣненіемъ, въ случаѣ надобности, принужденія. Въ этомъ вто-

ромъ предположеніи мы говоримъ объ *объективной юрисдикціи*.

45. **Субъективная юрисдикція.** — Безспорно юрисдикціонная функція въ этой именно формѣ появилась прежде всего въ исторіи государственныхъ функцій. Римское законодательство, впервые въ чистомъ видѣ выяснившее функцію суда, *jurisdictio* и отдѣлившее ее отъ *imperium'a*, ввѣряя обыкновенно ее полностью однимъ и тѣмъ же магистратамъ, видѣло, конечно, въ *jurisdictio* лишь функцію, состоящую въ признаніи существованія субъективнаго права и въ произнесеніи осужденія, какъ вывода изъ признанія этого права.

Это легко понять, если припомнить, что римское право существеннымъ образомъ покоилось на индивидуалистическомъ представленіи. Суровость юрисдикціонной функціи проявляется прежде всего въ процессѣ *per legis actiones*, типическій образецъ которыхъ, *sacramentum*, еще воспроизводитъ борьбу двухъ сторонъ, претендующихъ на противорѣчивыя права. Роль судьи, въ періодъ формальнаго процесса, узко ограничена *формулой*, которая обязываетъ судью разсмотрѣть, существуетъ ли правовое положеніе, присудить, если онъ признаетъ его существованіе, и освободить, въ противномъ случаѣ. Даже уголовная юрисдикція рисуется въ Римѣ, а также въ теченіе долгаго времени въ Европѣ, до торжества инквизиціоннаго судопроизводства каноническаго права, въ качествѣ функціи, состоящей въ разборѣ, дѣйствительно ли было нарушено субъективное право жертвы преступленія и въ осужденіи виновника этого нарушенія субъективнаго права, въ возстановленіи послѣдняго или въ репрессіи.

Въ настоящее время наиболѣе обычно юрисдикціонная функція проявляется въ этой именно формѣ, хотя область ея сокращается въ пользу объективной юрисдикціонной функціи. Современныя законодательства,

и въ частности французское, подъ вліяніемъ римскаго права, проникнуты индивидуализмомъ. Вотъ почему многіе юристы видятъ въ юрисдикціонной функціи только констатированіе субъективнаго права.

Повидимому, они даже думаютъ, что юрисдикціонная функція имѣетъ мѣсто лишь тамъ, гдѣ существуетъ тяжба, т.-е. гдѣ существуетъ два противорѣчивыхъ утвержденія относительно существованія или объема субъективнаго права. Чаще всего это бываетъ такъ, потому что именно тамъ, гдѣ существуетъ споръ, ощущается необходимость вмѣшательства государства, которое констатировало бы существованіе или несуществованіе этого права. Но раціонально могутъ существовать и фактически существуютъ случаи, гдѣ имѣетъ мѣсто настоящій юрисдикціонный актъ, и гдѣ, однако, процесса нѣтъ. Можно сослаться на всѣ приговоры, называемые въ практикѣ *рѣшеніями по мировой* или *по соглашенію* Стороны признаютъ извѣстное юридическое положеніе обыкновенно путемъ мировой сдѣлки и, чтобы придать акту, констатирующему это соглашеніе, исполнительную и достовѣрную силу, онѣ составляютъ приговоръ. Тутъ налицо юрисдикціонный актъ и, однако, нѣтъ процесса. Мы даже задаемъ себѣ вопросъ, развѣ обязанность нотаріуса, состоящая, по французскому праву, въ констатированіи соглашеній сторонъ и письменной ихъ редакціи, не является актомъ юрисдикціонной функціи. Не слѣдуетъ ли также разсматривать, какъ приговоры, постановленные безъ настоящаго процесса, всѣ заочныя рѣшенія?

Оріу считаетъ принятіе сторонами вызова къ производству соціальнымъ элементомъ спора и, повидимому, по его

мнѣнію, юрисдикція существуетъ только тамъ, гдѣ имѣетъ мѣсто споръ. Но онъ совершенно не объясняетъ заочныхъ рѣшеній. Съ другой стороны, ставъ на точку зрѣнія французскаго административнаго права, очень трудно объяснить внѣсудебное юрисдикціонное толкованіе, которое министры слѣдуя установившейся практикѣ, испрашиваютъ у государственнаго совѣта, когда предъ ними возникаетъ затрудненіе. Оріу утверждаетъ, что здѣсь имѣетъ мѣсто споръ [1]). Но согласно всему его подробному и интересному изложенію, начиная съ 46 стр. и до конца, споръ имѣетъ мѣсто лишь тогда если министръ своимъ рѣшеніемъ принялъ производство когда же онъ испрашиваетъ у государственнаго совѣта юрисдикціоннаго толкованія, то принятія министромъ рѣшенія еще не существуетъ, потому что онъ проситъ толкованія именно для того, чтобы принять свое рѣшеніе; слѣдовательно, здѣсь не можетъ имѣть мѣсто споръ и, согласно теоріи Оріу, здѣсь не можетъ имѣть мѣста юрисдикціонный актъ [2]).

При выполненіи субъективной юрисдикціи, государство обыкновенно не выступаетъ по своему почину. Въ этомъ состоитъ ея замѣтное различіе съ административной функціей, гдѣ, напротивъ, государство обычно выступаетъ самостоятельно. Впрочемъ, это различіе вполнѣ логично: помощью административной функціи государство совершаетъ юридическіе акты и должно быть свободно въ оцѣнкѣ того, какіе акты ему надлежитъ совершить. Помощью юрисдикціонной функціи государство констатируетъ существованіе субъективнаго права; въ принципѣ оно выступаетъ лишь тогда, когда носитель субъективнаго права обращается къ нему съ просьбой. И оно не можетъ отказать въ своемъ вмѣшательствѣ. Впрочемъ, могутъ существовать и

---

[1]) Стр. 27.

[2]) Hauriou, Les éléments du contentieux, 1905 г.

существуютъ случаи, когда государство - судья вмѣшивается по своему почину: это тѣ случаи, когда обезпеченіе субъективнаго права интересуетъ не только носителя права, но всю коллективность въ цѣломъ, и случаи, когда носитель права находится въ невозможности заставить уважать это право.

Мы этимъ не хотимъ сказать, что судебная власть не вмѣшивается по своему почину, а власть административная вмѣшивается произвольно. Это относилось бы къ формальной точкѣ зрѣнія, мы же хотимъ стать лишь на матеріальную точку зрѣнія. Если судебная власть обыкновенно сама не вмѣшивается, то это значитъ, что она обыкновенно совершаетъ юрисдикціонные акты, и власть административная въ тѣхъ многочисленныхъ случаяхъ, когда она совершаетъ акты юрисдикціи, въ принципѣ также не вмѣшивается произвольно.

Государство-судья должно примѣнять дѣйствующій законъ въ тотъ моментъ, когда произошелъ актъ, поведшій къ возникновенію субъективнаго права, заявленнаго на судѣ. Судебное рѣшеніе только констатируетъ существованіе права, и, слѣдовательно, судья долженъ постановить его по закону, дѣйствовавшему въ моментъ, когда возникло право, а не по закону, дѣйствующему въ моментъ, когда онъ постановляетъ. Къ этому сводится все правило, *отрицающее обратное дѣйствіе* законовъ. Юридическій актъ въ отношеніи условій своей формы и основанія своего дѣйствія долженъ быть управляемъ закономъ, дѣйствующимъ въ моментъ, когда имѣло мѣсто проявленіе воли, установившее этотъ актъ.

Какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Планіоль, было бы вполнѣ логично наравнѣ съ правиломъ: «*Locus regit*

actum» формулировать правило: «*Tempus regit actum*». Необходимо совершенно отвергнуть различіе, часто проводимое, но не соотвѣтствующее никакой надобности, между пріобрѣтенными правами и простыми ожиданіями [1]).

Судья, констатировавъ существованіе субъективнаго права, ни въ коемъ случаѣ не можетъ отмѣнить своего рѣшенія, потому что онъ констатируетъ положеніе, котораго не создавалъ, и которое отъ него не зависитъ. Точно такъ же его рѣшеніе обязательно для всѣхъ и связываетъ государство, потому что оно является признаніемъ субъективнаго права. Вопросъ о томъ, почему юрисдикціонное рѣшеніе обязательно для государства, сводится къ вопросу, почему и какимъ образомъ субъективныя права личностей, отличныхъ отъ государства, требуютъ уваженія послѣдняго.

Юрисдикціонное рѣшеніе, являющееся простымъ признаніемъ субъективнаго права, въ точности воспроизводитъ объемъ субъективнаго права, которое оно констатируетъ. Въ этомъ состоитъ правило о силѣ судебнаго рѣшенія, формулированное въ ст. 1351 гражданскаго кодекса, съ каковымъ правиломъ очень часто связываютъ преувеличенныя слѣдствія. Оно сводится къ слѣдующему: рѣшеніе судьи имѣетъ то же значеніе, не болѣе и не менѣе, какъ и субъективное право, существованіе и объемъ котораго оно констатируетъ. Формула: «рѣшенія не создаютъ, а констатируютъ права» выражаетъ именно эту идею.

Если приводимое право является денежнымъ правомъ, судья, произнося присужденіе, либо опредѣляетъ денежную сумму, которая должна быть

---

1) Ср. Planiol, *Droit civil*, I, n° 221 и слѣд.; de Vareilles-Sommières, *Revue critique*, 1893 г., стр. 444 и 492.

уплачена, либо предписываетъ обратную выдачу, либо приказываетъ произвести предоставленіе подъ страхомъ принужденія. Каковъ характеръ этого присужденія? Не создаетъ ли въ этомъ случаѣ судья новаго положенія? Не является ли присужденіе въ дѣйствительности административнымъ актомъ, который покрываетъ юрисдикціонный актъ? Мы не далеки отъ этой мысли. Давно уже говорятъ объ обновленіи обязательства, производимомъ дѣйствіемъ присужденія. Право лица, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе, основывается уже не на прежнемъ юридическомъ актѣ, а на вступившемъ въ силу рѣшеніи. Создается новое положеніе, иногда новое право, которое прибавляется къ прежнему праву, напримѣръ, добавочное присужденіе къ уплатѣ убытковъ и судебныхъ издержекъ. Очень часто право лица, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе, защищается болѣе энергично, потому что оно располагаетъ такими способами исполненія, которыми не обладало до рѣшенія, и потому что во французскомъ и многихъ современныхъ законодательствахъ оно имѣетъ спеціальную гарантію въ формѣ судебной гипотеки [1]). По всѣмъ этимъ послѣдствіямъ мы узнаемъ актъ административный въ собственномъ смыслѣ, т.-е. актъ, исходящій отъ государства и ведущій къ возникновенію субъективнаго юридическаго положенія, въ которомъ государство принимаетъ участіе, потому что изъ рѣшенія для него рождается обязанность привести въ движеніе матеріальную силу, чтобы обезпечить исполненіе рѣшенія.

Однако мы не думаемъ, чтобы слѣдовало раздѣлять эти два элемента, которые мы только что уста-

[1]) Code civil, ст. 2123.

новили: рѣшеніе, являющееся констатированіемъ субъективнаго права, и рѣшеніе, представляющее логическое слѣдствіе этого констатированія, создающее въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ новое юридическое положеніе. Эти два элемента нераздѣльны, и соединеніе ихъ составляетъ свойство юрисдикціонной функціи. Присужденіе не можетъ быть отдѣлено отъ констатированія права и разсматриваться, какъ автономный административный актъ. Государство выступаетъ не для того, чтобы создать новое правовое положеніе, а чтобы констатировать предшествующее субъективное право и, констатировавъ его, обезпечить его осуществленіе. Помощью административной функціи государство порождаетъ новое право либо по своему почину, либо по просьбѣ заинтересованнаго лица; но ни въ какомъ случаѣ оно не констатируетъ существованія предшествующаго субъективнаго права. Отсюда слѣдуетъ, что, хотя въ юрисдикціонной функціи и есть элементы административной, она все-таки является функціей, специфически отличной отъ административной функціи.

Право, установленное судомъ, часто бываетъ не денежнымъ правомъ; таковы иски о признаніи извѣстнаго качества или состоянія, напримѣръ, о признаніи избирателемъ, французскимъ подданнымъ, женатымъ человѣкомъ или законнымъ ребенкомъ опредѣленнаго лица. Въ подобныхъ случаяхъ судья вовсе не произноситъ присужденія; онъ констатируетъ это качество, это состояніе, и носитель даннаго права, запасшись рѣшеніемъ, можетъ заставить всякое публичное или частное лицо это признавать. Эти права проистекаютъ прямо изъ закона и по этому самому обладаютъ свойствомъ постоянства и общности, кото-

рое сообщается и констатирующему ихъ рѣшенію. Состояніе извѣстнаго лица вытекаетъ изъ самаго закона, и примѣненіе закона о состояніи лицъ къ опредѣленному индивиду зависитъ отъ существованія извѣстнаго факта. Такимъ образомъ въ дѣйствительности рѣшенія, констатирующія извѣстное состояніе, принадлежащее опредѣленному лицу, констатируютъ существованіе фактовъ, отъ которыхъ зависитъ примѣненіе къ этому лицу закона о состояніи лицъ, напримѣръ, закона о національности, избирательномъ правѣ, законномъ рожденіи, бракѣ, разводѣ, несостоятельности и проч.

Мы видимъ, что этими соображеніями самъ собой рѣшается вопросъ, который въ дѣйствительности не составляетъ даже вопроса и, тѣмъ не менѣе, обсуждался цивилистами въ теченіе цѣлыхъ столѣтій. Обладаютъ ли рѣшенія, постановленныя по вопросамъ о состояніи, чисто относительнымъ авторитетомъ, или же авторитетомъ абсолютнымъ Отвѣтъ таковъ: значеніе рѣшенія по вопросу о состояніи въ точности соотвѣтствуетъ значенію констатируемаго имъ права. Или, болѣе точно, рѣшеніе въ такомъ случаѣ констатируетъ существованіе фактовъ, отъ которыхъ зависитъ примѣненіе закона о состояніи лица, и именно этотъ законъ о состояніи лица примѣняется и, какъ и всякій законъ, имѣетъ общее значеніе. Быть-можетъ, предпочтительнѣе сказать, что состояніе лицъ является реальнымъ правомъ, которое можетъ быть противопоставлено всѣмъ, и что констатирующее и обезпечивающее его рѣшеніе можетъ, какъ и самое право, противопоставляться по отношенію ко всѣмъ.

Полномочія, вытекающія для извѣстнаго лица прямо изъ закона, мы назвали *объективными полномочіями*, желая показать этимъ, что они являются непосредственнымъ слѣдствіемъ примѣненія закона къ опредѣленному лицу [1]). Это выраженіе даетъ преимущество различать полномочія, кото-

[1]) См. нашу книгу *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, стр. 140.

рыя, вытекая для индивида изъ закона на постоянномъ основаніи, обладаютъ, какъ и законъ, общимъ значеніемъ, могутъ быть противопоставляемы всѣмъ и слѣдуютъ измѣненіямъ закона, а съ другой стороны, дѣйствительно субъективныя права, возникающія изъ опредѣленнаго юридическаго акта, которыя являются настоящими индивидуальными, временными, и исчезаютъ, какъ только цѣль, преслѣдуемая породившимъ ихъ юридическимъ актомъ, оказывается достигнутой. При такомъ представленіи, рѣшенія, констатирующія состояніе лицъ, дѣйствительно относятся къ объективной юрисдикціи, которая будетъ изложена въ слѣдующемъ §, и тогда общее значеніе ихъ станетъ понятнымъ само собой. То же самое мы скажемъ и относительно всѣхъ рѣшеній, постановляющихъ по вопросамъ собственности, такъ какъ собственность является скорѣе объективнымъ полномочіемъ, чѣмъ субъективнымъ правомъ. Очевидно, въ сторону этого рѣшенія направляются современныя законодательства; они его, однако, еще не вполнѣ достигли. Индивидуалистическое представленіе все еще занимаетъ большое мѣсто въ умахъ и законахъ.

46. Объективная юрисдикція.—Единственный вопросъ, который ставится здѣсь, есть вопросъ объективнаго права. Нарушенъ или нѣтъ законъ? Рѣшеніе государства - судьи и здѣсь является рѣшеніемъ, которое должно быть логическимъ выводомъ изъ закона; оно въ точности сводится къ силлогизму, который можно резюмировать такимъ образомъ: законъ постановляетъ то-то; въ противность закону было совершено то - то, слѣдовательно, и т. д.... Необходимо отличать различные возможные случаи, при которыхъ выступаетъ объективная юрисдикція.

Репрессивная юрисдикція. — Уголовная юрисдикція въ настоящее время сдѣлалась объективной юрисдикціей. Въ теченіе долгаго времени, пока господствовало обвинительное судопроизводство, она функціонировала, какъ субъективная юрисдикція, такъ какъ уголовный процессъ возбуждался жертвой пре-

ступленія, отыскивавшей своего права на репрессію или на возмѣщеніе. Нѣкоторые слѣды этого еще сохранились въ современныхъ законодательствахъ, напримѣръ, во Франціи, право непосредственнаго вызова въ судъ въ исправительномъ производствѣ, признанное въ общемъ видѣ въ ст. 182 кодекса уголовнаго слѣдствія и существующее, при особыхъ условіяхъ, для извѣстныхъ преступленій, какъ, напр., при диффамаціи. Право гражданскаго истца въ уголовномъ судѣ также можетъ быть разсматриваемо, какъ послѣдній остатокъ обвинительной системы. Но, за исключеніемъ этихъ немногихъ пережитковъ прошлаго, уголовная юрисдикція *соціализировалась* и *объективировалась*. Вопросъ, который ставится въ уголовномъ дѣлѣ, заключается вовсе не въ изслѣдованіи, обладаетъ ли то или иное лицо правомъ на репрессію, а только въ опредѣленіи, нарушенъ или нѣтъ законъ. Артюръ правильно говоритъ о «правѣ общества, нарушенномъ преступленіями, проступками и нарушеніями» [1])... Однако по его мысли, здѣсь дѣло идетъ о субъективномъ правѣ. Но это субъективное право общества на то, чтобы не совершалось нарушеній, — воображаемое право. Общество является юридическимъ лицомъ и можетъ быть таковымъ, лишь поскольку оно организовано въ государство; слѣдовательно, придется сказать, что государство обладаетъ субъективнымъ правомъ на то, чтобы въ немъ не совершалось правонарушеній. Представленіе, по меньшей мѣрѣ, странное. Такъ какъ публичная власть понимается, какъ право, то государство обладаетъ правомъ устанавливать законы,

---

[1]) *Op. cit.*, стр. 13.

воспрещающіе и наказывающіе извѣстныя дѣянія, и судить, былъ ли нарушенъ законъ совершеніемъ воспрещеннаго дѣянія. Единственный вопросъ, требующій рѣшенія, заключается въ томъ, произошло или нѣтъ нарушеніе закона, а это чистый вопросъ объективнаго права.

Какъ замѣчаетъ Биндингъ [1]), если бы государство обладало субъективнымъ правомъ на репрессію, то преступникъ являлся бы по отношенію къ государству должникомъ наказанія въ самый моментъ, когда онъ совершилъ нарушеніе. Но это, конечно, не такъ, потому что преступникъ можетъ избѣгнуть угрожающаго ему наказанія, прежде чѣмъ оно будетъ объявлено противъ него, не совершая посягательства на какое-нибудь правовое положеніе. Если бы преступникъ былъ по отношенію къ обществу должникомъ наказанія, то нельзя было бы объяснить, почему онъ предполагается невиннымъ, пока не будетъ осужденъ.

Когда репрессивный судъ констатируетъ, что произошло нарушеніе закона въ силу дѣянія, влекущаго наказаніе, онъ произноситъ это наказаніе. Въ такомъ случаѣ рѣшеніе не является констатированіемъ предыдущаго субъективнаго права и предписанія пассивному субъекту сдѣлать требуемое этимъ правомъ предоставленіе; рѣшеніе, опредѣляющее уголовное осужденіе, является созданіемъ совершенно новаго юридическаго положенія: именно, начиная съ этого момента, преступникъ перестаетъ быть подсудимымъ или обвиняемымъ и становится осужденнымъ или должникомъ наказанія. Такимъ образомъ мы почти подходимъ къ капитальному различію, существующему между актомъ субъективной юрисдикціи и актомъ уголовной юрисдикціи, или актомъ объективной юрисдикціи.

---

[1]) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, I, стр. 12 и 66.

Но, скажутъ, подобное рѣшеніе, создающее совершенно новое юридическое положеніе, есть административный актъ, а не актъ юрисдикціонный, это юрисдикціонный актъ по формѣ, но съ матеріальной точки зрѣнія это актъ административный. Такое рѣшеніе мы дали раньше и сами [1]), но думаемъ, что мы заблуждались. Уголовная юрисдикція, понимаемая, какъ осуществленіе субъективнаго права жертвы, была, конечно, юрисдикціей въ матеріальномъ смыслѣ: она осталась таковой и послѣ того, какъ стала приговоромъ о нарушеніи закона, обратилась въ юрисдикцію объективную. Осужденіе не есть административный актъ въ собственномъ смыслѣ, потому что оно является вынужденнымъ, логическимъ слѣдствіемъ правовой нормы. Уголовное осужденіе, кромѣ того, представляется, какъ заключеніе силлогизма, большая посылка котораго есть распоряженіе закона, меньшая — констатированіе факта, составляющаго нарушеніе, и заключеніе — выраженіе осужденія. Здѣсь нѣтъ настоящаго административнаго акта, потому что нѣтъ проявленія воли государства, совершоннаго съ исключительной цѣлью создать новое правовое положеніе, а есть лишь проявленіе воли, сдѣлавшееся *логически* необходимымъ, благодаря констатированію нарушенія, направленнаго противъ закона.

Это вполнѣ согласуется съ распоряженіями ст. 8 декларації правъ 1789 г. и ст. 4 уголовнаго кодекса: «Никакой проступокъ, никакое нарушеніе, никакое преступленіе не могутъ караться уголовными наказаніями, разъ послѣднія не объявлены

---

[1]) Ср. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, стр. 420.

законами ранѣе, ихъ совершенія». Дѣйствительно, если въ моментъ совершенія дѣянія оно не было предусмотрѣно и наказуемо уголовнымъ закономъ, то судъ можетъ, конечно, только констатировать, что дѣяніе имѣло мѣсто, а не то, что оно являлось нарушеніемъ закона; недостаетъ большей посылки силлогизма, и онъ не можетъ присуждать.

Наконецъ уголовное осужденіе, очевидно, имѣетъ болѣе общее значеніе, чѣмъ присужденіе, произнесенное относительно существованія имущественнаго субъективнаго права. Обычная теорія относительности рѣшеннаго дѣла не можетъ тутъ имѣть приложенія. Въ результатѣ осужденія возникаетъ нѣкоторое состояніе (*status*), нѣкоторое скорѣе объективное, чѣмъ субъективное въ собственномъ смыслѣ положеніе, — положеніе, которое требуетъ общаго уваженія.

Юрисдикція возстановительная. — Хотя это выраженіе не вошло еще въ употребленіе, однако мы пользуемся имъ, такъ какъ оно представляется намъ точнымъ и удобнымъ для обозначенія юрисдикціонной функціи, дѣйствующей въ томъ случаѣ, когда имѣютъ мѣсто актъ или дѣяніе не юридическаго характера, нарушающіе законъ, но не составляющіе правонарушенія. Общій принципъ, воспрещающій всякій актъ, не составляющій правонарушенія, хотя и совершонный вопреки праву и въ ущербъ другимъ лицамъ, начертанъ въ ст. 1382 гражданскаго кодекса. Мы, разумѣется, не будемъ здѣсь ни указывать значенія 1382 ст., по дѣйствующимъ доктринѣ и юриспруденціи, ни опредѣлять элементовъ теоріи злоупотребленія правомъ, ни, тѣмъ болѣе, изслѣдовать, возможна ли здѣсь отвѣтственность безъ

вины, основанная на рискѣ, т.-е. объективная отвѣтственность. Представимъ себѣ фактъ или актъ, не составляющій нарушенія, но воспрещенный закономъ, состояніе дѣлъ, противное закону и являющееся по современному праву (напримѣръ, по закону 9 апрѣля 1898 года) источникомъ отвѣтственности. Вносимый на разсмотрѣніе суда вопросъ является чистымъ вопросомъ объективнаго права. Изъ дѣянія, противнаго закону, изъ акта, совершоннаго безъ намѣренія создать право, не можетъ возникнуть субъективнаго права въ пользу индивида, потерпѣвшаго ущербъ. Этотъ послѣдній, обращаясь къ суду, не ссылается на субъективное право, котораго онъ не имѣетъ и не можетъ имѣть; онъ только настаиваетъ на нарушеніи закона и требуетъ, чтобы юрисдикція сдѣлала логическій выводъ изъ констатированія нарушенія закона: такимъ выводомъ является возмѣщеніе. Судья, предписывая возмѣщеніе, осуществляетъ объективную юрисдикцію; онъ создаетъ новое правовое положеніе; его актъ не есть актъ административный, потому что, какъ и уголовное осужденіе, онъ является лишь логическимъ и неизбѣжнымъ выводомъ изъ констатированія нарушенія закона.

Разумѣется, часто то же самое дѣяніе можетъ вызвать и репрессію и возмѣщеніе, налагаемыя одной и той же или двумя различными юрисдикціями. Для обоихъ случаевъ остается справедливымъ все только что сказанное.

Юрисдикція отмѣнительная. — Теперь предполагается, что актъ, составляющій нарушеніе закона, былъ совершенъ съ цѣлью создать правовое положеніе и представляетъ юридическій актъ. Въ такомъ

случаѣ слѣдствіемъ нарушенія закона явится отмѣна акта. Подлежащая юрисдикція должна разсмотрѣть только вопросъ объективнаго права; она не рѣшаетъ относительно существованія субъективнаго права; она констатируетъ, что произошло нарушеніе закона и дѣлаетъ *логическій* выводъ изъ этого нарушенія, которымъ можетъ быть только отмѣна; она не произноситъ осужденія, она вовсе не должна обращать къ несуществующему пассивному субъекту предписанія объ исполненіи; она должна лишь объявить отмѣну акта, совершоннаго съ нарушеніемъ закона. Искъ объ отмѣнѣ есть по существу объективный искъ.

Но объективный споръ объ отмѣнѣ совершенно отдѣлился отъ субъективнаго спора лишь предъ административными судами. Что касается судебныхъ трибуналовъ, которые во Франціи въ принципѣ судятъ только по вопросамъ частнаго права, то индивидуалистическое представленіе еще слишкомъ крѣпко внѣдрилось въ сознаніе, чтобы ихъ практика могла освободиться отъ его вліянія; и этимъ объясняется, почему въ дѣлахъ объ отмѣнѣ, вносимыхъ въ судебныя учрежденія, вопросъ объективнаго права всегда болѣе или менѣе смѣшивается съ вопросомъ субъективнаго права.

Въ случаѣ частнаго акта, совершоннаго съ нарушеніемъ закона, съ теоретической точки зрѣнія постановляемый и объявляющій отмѣну приговоръ относится только къ вопросу объективнаго права. Однако точное опредѣленіе роли судьи въ подобныхъ случаяхъ будетъ зависѣть отъ выработки опредѣленной теоріи ничтожности въ гражданскомъ правѣ,—теоріи, которая еще совершенно не создана.

Тѣмъ не менѣе, принято различать относительную и абсолютную ничтожность. Повидимому, несомнѣнно, что въ случаѣ относительной ничтожности, когда актъ сохраняетъ все свое значеніе до момента объявленія судьей его ничтожности, истецъ ссылается скорѣе на постановленіе закона, чѣмъ на несуществующее субъективное право, и судья не ограничивается констатированіемъ права, но объявляетъ отмѣну, какъ выводъ изъ нарушенія закона. Это, дѣйствительно, объективная юрисдикція. Мы старались дать такое же рѣшеніе и въ случаѣ абсолютной ничтожности, хотя возможно утверждать, что отмѣна вытекаетъ тогда не изъ рѣшенія судьи, а изъ рѣшенія самаго закона, и что тогда истецъ для констатированія этой ничтожности ссылается на субъективное право. Мы не имѣемъ возможности останавливаться на этихъ вопросахъ. Достаточно отмѣтить затрудненія и указать, что здѣсь открывается еще совершенно неизслѣдованная область публичнаго права въ его отношеніяхъ къ праву частному. Интересъ вопроса особенно сосредоточивается на значеніи юрисдикціоннаго рѣшенія, направленнаго на отмѣну.

Во французской организаціи отмѣна судебныхъ актовъ, какъ таковая, объявляется кассаціоннымъ судомъ и носитъ наименованіе *кассаціи*. Безъ сомнѣнія, апелляціонная юрисдикція часто объявляетъ отмѣну рѣшенія судьи первой инстанціи, но она произноситъ свое постановленіе вслѣдствіе апелляціонной жалобы, которая имѣетъ цѣлью представить на разсмотрѣніе апелляціоннаго судьи не одинъ только вопросъ о законности рѣшенія, но весь процессъ въ цѣломъ.

Предъ кассаціоннымъ судомъ, наоборотъ, ставится одинъ только вопросъ о законности акта, безъ примѣси какого-нибудь другого вопроса, почему, казалось бы, доктрина и юриспруденція должны были бы ясно опредѣлить объективный

характеръ кассаціонной юрисдикціи. Но ничего этого не сдѣлано,—такъ велико и упорно вліяніе индивидуалистическаго представленія.

Опредѣленіе точнаго характера кассаціонной юрисдикціи требуетъ яснаго различенія случаевъ кассаціи. Прежде всего кассація судебныхъ рѣшеній можетъ наступить въ случаѣ посягательства на собственность, свободу, соблюденіе договоровъ. Понятно, что въ этомъ первомъ случаѣ кассаціонная юрисдикція сохраняетъ субъективный характеръ. Дѣйствительно, въ положительномъ французскомъ правѣ, право собственности еще понимается прежде всего, какъ субъективное право; то же самое примѣнимо къ праву на соблюденіе договоровъ, которое непосредственно связано съ правомъ собственности, а также и относительно свободы, которая, поскольку она соціально гарантирована, разсматривается во всѣхъ своихъ послѣдствіяхъ, какъ субъективное право индивида. Слѣдовательно, когда частное лицо подаетъ кассаціонную жалобу на судебное рѣшеніе, основываясь на томъ, что это рѣшеніе посягаетъ на право собственности, на договоръ или на индивидуальную свободу, оно ссылается на субъективное право; и можно сказать, что кассаціонный судъ постановляетъ именно по вопросу о субъективноиъ правѣ, а не по вопросу объ объективной законности. Характеръ, которымъ обладаетъ кассаціонная юрисдикція въ этомъ первомъ случаѣ, естественно будетъ постепенно ослабляться по мѣрѣ того, какъ будетъ исчезать и самое понятіе собственности и свободы, какъ субъективныхъ правъ [1]).

Кассація вслѣдствіе превышенія власти (судъ совершилъ то, совершеніе чего не входитъ въ полномочіе судебныхъ учрежденій), вслѣдствіе некомпетентности (судъ разсмотрѣлъ то, что ему неподвѣдомственно), вслѣдствіе порока въ формѣ, представляется намъ, наоборотъ, прежде всего актомъ объективной юрисдикціи, на томъ же основаніи, какъ и рѣшеніе государственнаго совѣта по жалобѣ на превышеніе власти, о чемъ будетъ сказано далѣе. Кассаціонный судъ, какъ только что указано, дѣлаетъ различіе между некомпетентностью и превышеніемъ власти и понимаетъ это послѣднее выраженіе въ смыслѣ гораздо болѣе узкомъ, чѣмъ

---

[1]) Ср. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903.

дѣлается это въ административномъ правѣ. Но будетъ ли это превышеніе власти или некомпетентность, несомнѣнно, что судъ нарушалъ законъ, совершая то, для чего не располагалъ соотвѣтствующей властью; такъ же обстоитъ дѣло, если онъ постановилъ рѣшеніе безъ соблюденія формальностей, предписываемыхъ закономъ. Индивидъ, требующій кассаціи въ силу одного изъ этихъ мотивовъ, не ссылается на субъективное право; онъ только утверждаетъ, что нарушенъ законъ. Бартелеми [1]) не колеблясь утверждалъ, что частное лицо имѣетъ субъективное право на соблюденіе чиновникомъ закона о компетенціи и закона о формѣ. Онъ доказывалъ это положеніе въ отношеніи къ административнымъ чиновникамъ и къ обжалованіямъ въ виду превышенія власти; *a fortiori* онъ сталъ бы доказывать его относительно судебныхъ чиновниковъ и кассаціоннаго обжалованія; это, могъ бы сказать онъ, частныя субъективныя права индивида, которыя не могутъ быть отдѣлены отъ ихъ соціальной защиты, и которыя приводятся, какъ основаніе для кассаціоннаго обжалованія. Это мнѣніе представляется намъ недоказуемымъ. Оно покоится на circulus vitiosus; авторъ заявляетъ, что всякое право, защищенное искомъ, является субъективнымъ правомъ; „разъ,—говоритъ онъ,—существуетъ искъ, слѣдовательно, существуетъ субъективное право“. Но искъ въ томъ смыслѣ, какъ онъ его понимаетъ, т.-е. искъ, порождающій дѣйствіе субъективной юрисдикціи, существуетъ только при наличности субъективнаго права; слѣдовательно, приходится вновь начинать съ установленія, въ какомъ случаѣ имѣетъ мѣсто субъективное право. Оріу вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что Бартелеми допускаетъ смѣшеніе словъ, потому что „право въ обычномъ смыслѣ указываетъ на положительную власть, направленную на примѣненіе къ какой-либо вещи или къ какому-нибудь лицу съ цѣлью получить отъ нихъ предоставленіе; здѣсь же слово право имѣетъ отрицательный смыслъ, оно является правомъ не терпѣть ущерба путемъ нарушенія компетенціи, или

---

[1]) Въ своей тезѣ *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, 1899.

формы“ [1]). Кассаціонная юрисдикція въ виду превышенія власти, некомпетентности или пороковъ формы является настоящей объективной юрисдикціей. Выводы изъ такого характера ея должны особенно проявляться въ отношеніи къ значенію постановленія, объявляющаго кассацію вслѣдствіе одной изъ вышеуказанныхъ причинъ, каковое значеніе, въ качествѣ причины кассаціи, должно признаваться общимъ. Теоретики судебнаго производства должны построить эту теорію, мы же можемъ указать здѣсь лишь основы ея.

Въ другихъ трибуналахъ, кромѣ судебныхъ, объективная юрисдикція совершенно ясно освободилась отъ всякой примѣси субъективной юрисдикціи. Дѣйствительно, господство индивидуалистическаго представленія здѣсь болѣе слабо, и объективный характеръ права проявляется въ отношеніяхъ публичнаго права чище, нежели въ отношеніяхъ частнаго права.

Какъ примѣръ объективной юрисдикціи въ совершенно чистомъ видѣ, прежде всего слѣдуетъ отмѣтить юрисдикцію по конфликтамъ, которая выполняется либо правительствомъ, постановляющимъ самолично или согласно мнѣнію государственнаго совѣта, какъ это было въ теченіе долгаго времени во Франціи, либо же, какъ это было съ 1848 по 1852 годъ, и какъ это имѣетъ еще мѣсто и теперь, послѣ закона 24 мая 1872 года, спеціальнымъ судомъ. Единственный вопросъ, который ставится предъ судомъ по конфликтамъ,—это вопросъ, нарушенъ ли законъ о компетенціи: именно, нарушенъ ли онъ судебнымъ трибуналомъ, объявившимъ себя компетентнымъ, или префектомъ, который, признавъ въ своемъ постановленіи конфликтъ, заявилъ компетентность

---

1) *Elements du contentieux*, стр. 34.

администраціи и остановилъ работу судебнаго трибунала? Если нарушившимъ законъ признанъ судебный трибуналъ, то судъ по конфликтамъ уничтожаетъ приговоръ, которымъ судебный трибуналъ объявилъ себя компетентнымъ; если же это префектъ, то судъ по конфликтамъ уничтожаетъ постановленіе о конфликтѣ. Никто не станетъ утверждать, что трибуналъ по конфликтамъ рѣшаетъ о субъективномъ правѣ; этого нигдѣ нельзя замѣтить. Компетенцію административнаго или судебнаго сословія, конечно, нельзя разсматривать какъ право; удачно выражаются, что префектъ *отыскиваетъ* компетенцію административнаго сословія; но это чистая метафора, и мы думаемъ прямо установить (§ 66), что ни въ какомъ случаѣ нельзя разсматривать компетенцію, какъ субъективное право. Что касается частныхъ лицъ, которыя допускаются представлять свои замѣчанія предъ судомъ по конфликтамъ, то всѣми признано, что они отнюдь не являются сторонами въ процессѣ и не могутъ ни давать заключеній ни добиваться осужденія. Такъ какъ судъ по конфликтамъ постанавливаетъ рѣшеніе относительно объективной юрисдикціи, то оно по этому самому должно будетъ имѣть общее значеніе,—принципъ относительности рѣшеннаго спора не имѣетъ здѣсь примѣненія; рѣшеніе суда обязательно для всѣхъ; оно обязательно для судебнаго учрежденія, которое, очевидно, не было вовсе стороной въ процессѣ; оно обязательно для администраціи, которая тѣмъ болѣе не была тяжущейся стороною.

Является ли опредѣленіе суда по конфликтамъ юрисдикціоннымъ рѣшеніемъ? Можно сказать: когда, начиная съ закона 16 фруктидора III года вплоть до 1848 года, и начиная съ

1852 года до закона 24 мая 1872 года правительство одно или въ государственномъ совѣтѣ разрѣшало конфликты о подвѣдомственности, его рѣшеніе не имѣло юрисдикціоннаго характера; въ настоящее время органомъ, разрѣшающимъ конфликты о подвѣдомственности, правительство болѣе не является; онъ получилъ форму и обычную юрисдикціонную организацію; рѣшенія постанавливаются согласно юрисдикціоннымъ формамъ; но матеріальный характеръ рѣшенія о конфликтѣ не можетъ быть измѣненъ по этимъ соображеніямъ; оно является юрисдикціоннымъ рѣшеніемъ по формѣ, но вовсе не по существу [1]). Мы считаемъ болѣе точнымъ усматривать въ рѣшеніи по конфликту настоящее юрисдикціонное рѣшеніе, имѣвшее этотъ характеръ даже тогда, когда его постановляло правительство. Рѣшеніе по конфликту носитъ вполнѣ характеръ силлогизма, который является внѣшнимъ признакомъ всякаго юрисдикціоннаго рѣшенія, каковъ бы ни былъ органъ, компетентный для постановленія его. Съ тѣхъ поръ, какъ компетенція принадлежитъ въ этомъ отношеніи суду по конфликтамъ, рѣшеніе по конфликту и по формѣ и по существу является рѣшеніемъ юрисдикціоннымъ; ранѣе оно не обладало формой его, но по существу являлось имъ.

Рѣзкимъ образомъ проявляется характеръ объективной юрисдикціи также въ рѣшеніи, принимаемомъ государственнымъ совѣтомъ по кассаціонной жалобѣ, поданной противъ рѣшеній, постановленныхъ административными судами. Устанавливая, что кассаціонная жалоба въ судебной области носитъ объективный характеръ, мы тѣмъ самымъ *a fortiori* доказали это относительно кассаціонной жалобы въ административныхъ дѣлахъ. Отсюда тотъ выводъ, что кассаціонное рѣшеніе, постановленное государственнымъ совѣтомъ, должно имѣть абсолютное значеніе и быть обязательнымъ для той юрисдикціи,

---

[1]) Ср. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, стр. 515 и слѣд.; Jellinek, *System*, 2 изд., 1905, стр. 232.

противъ рѣшенія которой была направлена кассаціонная жалоба.

Государственный совѣтъ недавно издалъ рѣшеніе, въ которомъ онъ освящаетъ этотъ взглядъ и опредѣлаетъ, что рѣшеніе государственнаго совѣта, кассирующее рѣшеніе счетнаго суда, обязательно для высшей финансовой юрисдикціи въ силу сообщенія, сдѣланнаго ему государственнымъ совѣтомъ послѣ кассаціи [1]).

Послѣдній очень ясный примѣръ объективной юрисдикціи представляетъ *обжалованіе въ виду превышенія власти.*

Артюръ [2]) напрасно пытался доказать, что обжалованіе въ виду превышенія власти всегда основано на субъективномъ правѣ. Новѣйшія рѣшенія государственнаго совѣта устанавливаютъ, наоборотъ, что достаточно одного интереса, и что единственный вопросъ, который долженъ разрѣшить совѣтъ, заключается въ томъ, нарушенъ или нѣтъ законъ о компетенціи [3]). Бартелеми [4]) утверждаетъ, что обжалованіе въ виду превышенія власти всегда основано на субъективномъ правѣ, правѣ на компетенцію или на формы; мы уже сказали, нѣсколькими страницами выше, что вся эта теорія покоится на petitio principi. Наконецъ самъ Лаферьеръ отличалъ различные случаи обжалованія въ виду превышенія власти; онъ говорилъ, что жалобщикъ, основывающій свое обжалованіе на некомпетентности или на недостаткѣ формы, долженъ доказать только нарушеніе закона и вовсе не обязанъ доказывать субъективное право, и что, наоборотъ, когда онъ основывалъ свое обжалованіе на неправильномъ примѣненіи закона, послѣднее принималось только, если онъ доказывалъ субъективное право, которому нанесенъ ущербъ [5]). Уже въ

---

[1]) Cons. d'Etat, 8 іюля 1904 г., *Rec.*, стр. 557 и Sirey, 1905, III, 81, *замѣчаніе* Оріу и *заключенія* Ромьё.

[2]) Artur, *op. cit.*, стр. 305 и слѣд.

[3]) Ср. выше, § 44 и Hauriou, *Eléments du contentieux*, стр. 34.

[4]) Barthélemy, *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, 1899 г.

[5]) Laferrière, *Juridiction et contentieux*, II, стр. 534.

1902 году мы говорили, что эти различія не имѣютъ вовсе основанія, что обжалованіе въ виду превышенія власти всегда является простымъ объективнымъ обжалованіемъ, въ которомъ проситель долженъ только доказать нарушеніе закона, а судьи—констатировать это нарушеніе и уничтожить актъ въ случаѣ послѣдняго; существованіе простого моральнаго интереса достаточно для допустимости обжалованія [1]). Въ настоящее время Оріу даетъ такое же рѣшеніе и совершенно справедливо замѣчаетъ, что судебная практика объединяетъ различные случаи обжалованія въ виду превышенія власти: „Судебная практика,—говоритъ онъ,—повидимому, склонна объединять теорію обжалованія въ виду превышенія власти въ ея четырехъ проявленіяхъ: некомпетентность, недостатки формы, ложное примѣненіе закона, злоупотребленіе властью... Это объединеніе возможно только со стороны признанія строго *объективной* ничтожности“ [2]).

Въ замѣчательной тезѣ [3]) Турніоль дю Кло рельефно выставилъ исключительно объективный характеръ обжалованія въ виду превышенія власти. Авторъ очень ясно опредѣляетъ отношеніе области субъективныхъ споровъ и споровъ объективныхъ и показываетъ, что теорія обжалованія въ виду превышенія власти, какъ она выработалась въ практикѣ государственнаго совѣта, все болѣе и болѣе сообразуется съ понятіемъ объективнаго спора [4]).

Съ помощью этого понятія объективной юрисдикціи становится ясной вся теорія обжалованія въ виду превышенія власти. Индивидъ, обращающійся съ такимъ обжалованіемъ, не ссылается ни на какія

---

[1]) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1903, стр. 532 и слѣд.

[2]) Hauriou, *Eléments du contentieux*, 1905 г., стр. 33.

[3]) G. Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1905.

[4]) Ср. также Beaudouin, *La notion d'interêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1904.

права и не имѣетъ въ этомъ никакой надобности; онъ живетъ въ странѣ, гдѣ признанъ принципъ законности, и, слѣдовательно, онъ въ правѣ потребовать юрисдикціонной цензуры всякаго акта, совершаемаго публичной властью въ нарушеніе закона. Однако во избѣжаніе злоупотребленій въ осуществленіи этого обжалованія, практика требуетъ, чтобы проситель имѣлъ особый интересъ обратиться съ обжалованіемъ; но достаточно даже совершенно косвеннаго интереса, простого моральнаго интереса; достаточно, напримѣръ, въ качествѣ плательщика общинныхъ налоговъ, имѣть интересъ въ томъ, чтобы не производился незаконный расходъ [1]), или моральнаго интереса, который существуетъ у тѣхъ, кто соединяетъ необходимыя условія для назначенія на извѣстныя мѣста, чтобы заставить уничтожить назначенія на эти мѣста индивидовъ, не соединяющихъ требуемыхъ условій [2]). Эти рѣшенія особенно интересны потому, что нельзя съ увѣренностью сказать, что просители въ этихъ различныхъ случаяхъ обжалованія ссылались на субъективное право; они навѣрно не ссылались на право быть назначенными на данную функцію; они прекрасно знали, что не имѣютъ на это никакого права.

Государственный совѣтъ, занятый въ обжалованіи въ виду превышенія власти только вопросомъ объ объективной законности, можетъ лишь уничтожить актъ или отказать въ его уничтоженіи; никакого присужденія онъ не можетъ произнести. Если бы обжалованіе основывалось на субъективномъ правѣ,

---

[1]) Arrêt *Casanova*, 29 марта 1901 г.

[2]) Arrêts *Lot*, 11 декабря 1903 г., *Molinier*, 4 декабря 1903 г.; *Savary*, 18 марта 1904 г.

то было бы непонятно, почему государственный совѣтъ не можетъ произнести присужденія. Если, благодаря уничтоженію оспореннаго акта, въ пользу просителя рождается субъективное право, то онъ обязанъ начать второй процессъ, процессъ субъективный, противъ публичнаго лица, дабы заставить произнести противъ него присужденіе [1]).

Наконецъ такъ какъ рѣшеніе государственнаго совѣта представляетъ актъ объективной юрисдикціи, то аннуляція имѣетъ общее значеніе; актъ уничтоженъ *erga omnes*, по отношенію ко всѣмъ агентамъ администраціи, по отношенію ко всѣмъ управляемымъ.

Здѣсь возникаетъ еще вопросъ, нѣтъ ли тутъ юрисдикціи только въ формальномъ смыслѣ, не является ли рѣшеніе государственнаго совѣта матеріальнымъ административнымъ актомъ, совершоннымъ въ юрисдикціонной формѣ? Когда до 1872 года аннуляція въ виду превышенія власти произносилась въ государственномъ совѣтѣ, не было ли тутъ административнаго рѣшенія? Не осталась ли она такой, послѣ того какъ законъ 1872 года передалъ государственному совѣту *делегированную* юстицію? Нѣтъ.—Съ того момента, какъ пришли къ заключенію, что органъ, каковъ бы онъ ни былъ, въ случаѣ обращеннаго къ нему запроса о законности административнаго акта, долженъ подвергнуть его изслѣдованію, дать ему рѣшеніе и, *по возложенной на него правомъ обязанности*, уничтожить актъ, совершонный въ нарушеніе закона, съ этихъ поръ этотъ органъ сталъ осуществлять юрисдикціонную функцію. Рѣшеніе по обжалованію въ виду превышенія власти является въ настоящее время по формѣ актомъ юрисдикціоннымъ, такъ какъ оно исходитъ отъ извѣстной юрисдикціи,—государственнаго совѣта; оно является актомъ юрисдикціоннымъ съ матеріальной точки зрѣнія, потому что совѣтъ принимаетъ рѣшеніе, логически предписываемое закономъ; онъ не можетъ оцѣнивать умѣстности акта, не мо-

---

[1]) Arrêt *Viaud* (*Pierre Loti*), 24 февраля 1899 г.

жетъ передѣлывать его. Онъ можетъ только констатировать нарушеніе или ненарушеніе закона и извлечь силлогистическій выводъ изъ этого констатированія; таково свойство юрисдикціонной функціи. Наоборотъ, іерархическое начальство, уничтожая, даже въ виду нарушенія закона, акты своего подчиненнаго, не совершаетъ акта юрисдикціи: оно можетъ отказать въ отвѣтѣ на просьбу объ аннуляціи, какъ могло бы, наоборотъ, дѣйствовать ex officio; оно можетъ аннулировать, но можетъ также передѣлать актъ; оно можетъ аннулировать его въ виду нарушенія закона, но можетъ аннулировать также по причинѣ неумѣстности. Таковы именно черты акта администраціи; онѣ вовсе не являются чертами акта юрисдикціи, ни одна изъ нихъ не обнаруживается въ рѣшеніи по обжалованію въ виду превышенія власти.

Въ практикѣ часто противополагаютъ еще обжалованіе *ординарное* обжалованію въ виду превышенія власти, что, повидимому, должно указывать, что обжалованіе въ виду превышенія власти является исключительнымъ. Артюръ говоритъ о *чрезмѣрной* власти аннуляціи, принадлежащей государственному совѣту въ области *обжалованія въ виду* превышенія власти. Оріу заявляетъ [1]), что его работа произведена въ особенности съ цѣлью опредѣлить, носитъ ли споръ объ аннуляціи «нормальный или анормальный характеръ». По мысли ученаго автора, споръ объ аннуляціи не имѣетъ, очевидно, ничего ненормальнаго. Въ этомъ, дѣйствительно, представляется и намъ безспорная истина. Административный споръ объ аннуляціи просто представляетъ одинъ изъ случаевъ объективной юрисдикціи, которая является такой же нормальной функціей государства, какъ и субъективная юрисдикція. Сказанное показываетъ, какъ обширна уже область объективной юрисдикціи; въ дальнѣйшемъ она будетъ точнѣе опредѣляться и увеличиваться; это будетъ лишь послѣдствіемъ постоянной и прогрессивной замѣны въ правѣ индивидуалистическаго представленія соціалистическимъ [2]).

47. Исполнительная функція не является специфической юридической функціей государства.—Многіе авторы учатъ еще, что одной изъ юридическихъ функцій госу-

[1]) Hauriou, *Eléments du contentieux*, стр. 12.

[2]) Ср. § 5.

дарства является функція, называемая исполнительной, и противополагаютъ ее функціи законодательной, при чемъ то подраздѣляютъ ее на общую исполнительную, административную и судебную функцію, то допускаютъ существованіе трехъ отличныхъ функцій,законодательной, исполнительной и судебной.

Прежде чѣмъ изслѣдовать, существуетъ ли дѣйствительно специфическая функція государства, которая является исполнительной функціей и отраслью которой служитъ, по крайней мѣрѣ, администрація, необходимо найти, допускаетъ ли положительное французское право существованіе исполнительной функціи. На этотъ вопросъ почти всегда отвѣчаютъ утвердительно. Элементарныя руководства французскаго публичнаго и частнаго права постоянно различаютъ законодательную и исполнительную функціи. Однако выраженіе исполнительная функція не встрѣчается, пожалуй, ни разу въ нашихъ конституціонныхъ, политическихъ и административныхъ законахъ. Выраженіе, которое находится тамъ на каждомъ шагу есть *власть исполнительная*. Ошибочно думать, что функція и власть суть синонимы. Въ эту ошибку впадаютъ часто, нерѣдко и самъ законодатель. По мысли редакторовъ конституціи 1791 г., этихъ истинныхъ основателей французскаго публичнаго права, *власти* не являются ни функціями ни органами, а лишь различными конститутивными элементами суверенитета, и именно власть исполнительная выражаетъ самый суверенитетъ, поскольку послѣдній обнаруживается въ исполнительномъ порядкѣ [1]); функціи же суть проявленія воли государства, поскольку онѣ производятъ извѣстное дѣйствіе

1) Ср. ниже, § 54.

въ области права. Это показываетъ, что наши конституціи и политическіе законы не могутъ дать никакого аргумента въ защиту положенія, что французское положительное право допускаетъ существованіе исполнительной функціи; эти конституціи и законы говорятъ объ исполнительной власти, а не функціи, и въ воспроизводимой ими терминологіи 1791 года существовала глубокая разница между властями и функціями. Но такъ какъ существовала исполнительная власть, то отсюда пришли къ заключенію, что есть и исполнительная функція. Постарались опредѣлить область этой исполнительной функціи. Стали утверждать, что существуетъ исполнительная функція въ собственномъ смыслѣ, которая не является функціей административной или юрисдикціонной, а заключаетъ въ себѣ функцію административную и, быть-можетъ, также и юрисдикціонную (говорили въ особенности о функціи судебной).

Здѣсь все еще господствуетъ смѣшеніе формальной и матеріальной точекъ зрѣнія, и формальная точка зрѣнія одержала верхъ въ ущербъ матеріальной. Такъ какъ утверждали, что суверенитетъ распадается на законодательную и исполнительную власть, то создали законодательный и исполнительный органы. Ихъ назвали въ переносномъ смыслѣ законодательною и исполнительною властями; въ виду того, что имѣлась законодательная функція, соотвѣтствующая законодательной власти, пожелали имѣть также функцію исполнительную, отвѣчающую исполнительной власти. Въ результатѣ, исполнительной функціи стали давать слѣдующее опредѣленіе: исполнительную функцію образуетъ все, что дѣлаетъ исполнительная власть. Это было, очевидно, чисто формальное опредѣленіе.

Но не признана ли эта исполнительная функція ст. 3 конст. закона 25 февраля 1875 г.: «Президентъ республики обезпечиваетъ исполненіе законовъ и наблюдаетъ за нимъ»? Какова въ точности мысль редакторовъ закона 1875 г., сказать трудно. Но мы увѣрены, что текстъ не содержитъ признанія отдѣльной исполнительной функціи. Этотъ текстъ указываетъ только, въ общей по стилю формулѣ, рядъ полномочій, принадлежащихъ президенту республики. Просматривая одно за другимъ эти различныя полномочія, легко показать, что всѣ они входятъ въ одну изъ трехъ функцій,—законодательную, административную или юрисдикціонную, и что, слѣдовательно, они не составляютъ содержанія четвертой функціи, отличной отъ другихъ.

Сюда относится прежде всего распоряженіе вооруженными силами [1]). Каковъ въ точности характеръ этой функціи? Если усматривать въ ней самое командованіе войсками, то это, собственно говоря, не есть юридическая функція, а просто дѣйствіе матеріальнаго порядка, которое нельзя ввести въ рамки какой-либо юридической функціи государства. Если видѣть въ ней функцію, состоящую въ руководствѣ, обязательномъ для нея, опредѣленной военной властью, то совершонный актъ будетъ соединять всѣ черты административнаго акта и явится этимъ послѣднимъ.

Многіе авторы относятъ къ исполнительной функціи регламенты, какъ тѣ, которые имѣютъ цѣлью восполнить законъ или регулировать детали приложенія закона, такъ и тѣ, которые имѣютъ въ виду орга-

---

[1]) Зак. 25 ферваля 1875 г., ст. 3, § 3.

низацію публичной службы. Въ § 40 уже было указано, что регламенты, восполняющіе законъ, носятъ матеріально законодательный характеръ, и что этотъ характеръ принадлежитъ также регламентамъ, организующимъ публичныя службы, такъ какъ они, въ свою очередь, также устанавливаютъ общее правило, примѣненіе котораго, что бы тамъ ни говорили, всегда непремѣнно воздѣйствуетъ на частныхъ лицъ.

Очень часто къ исполнительной функціи еще относятъ акты, касающіеся движенія, которое правительство даетъ всей административной и судебной машинѣ страны, того направленія, которое оно сообщаетъ ей для примѣненія того или иного закона, для функціонированія той или другой службы.

Это именно многіе авторы называютъ правительственной функціей,—выраженіе, которое находится даже во введеніи къ декрету 25 марта 1852 г. „Принимая во вниманіе, что если можно править издалека, то хорошо управляютъ только вблизи...“ Согласно Дюкроку „правительство есть часть исполнительной власти, имѣющая задачей направлять страну по путямъ ея внутренняго развитія и ея внѣшнихъ отношеній, тогда какъ администрація является восполненіемъ его и жизненнымъ дѣйствіемъ“ [1]). Согласно Лаферрьеру „управлять значитъ обезпечивать повседневное приложеніе законовъ; править значитъ заботиться о нуждахъ всего политическаго общества въ цѣломъ, наблюдать за соблюденіемъ конституціи за функціонированіемъ важныхъ публичныхъ властей и за внутренней и внѣшней безопасностью“ [2]).

Безспорно люди, въ рукахъ которыхъ находится правительство, должны дѣлать все это; но чтобы дѣлать это, они будутъ совершать акты, имѣющіе,

---

[1]) I, стр. 28, 7 изд.

[2]) II, стр. 33. Ср. столь же неопредѣленныя и мало юридическія опредѣленія у Dareste, *Juridiction administrative*, 2 изд., стр. 212, Aucoc, *Conférences*, I, стр. 12.

съ точки зрѣнія права, только характеръ законодательный, административный или юрисдикціонный. Мы, разумѣется, исключаемъ дипломатическіе акты, которые мы отнесли въ отдѣльный классъ, и о которыхъ мы условились не говорить [1]). Тотъ импульсъ, который, какъ утверждаютъ, составляетъ особенность исполнительной функціи очень часто дается прежде всего со стороны регламентарныхъ декретовъ, пополняющихъ законы, или организующихъ публичныя службы. Мы сказали, что это матеріальные законодательные акты. Этотъ импульсъ дается назначеніями чиновниковъ, актами первой важности для хорошаго управленія и веденія дѣлъ страны. А это безспорно административные акты въ собственномъ смыслѣ слова. Наконецъ этотъ импульсъ дается посредствомъ инструкцій, устныхъ или письменныхъ, индивидуальныхъ или общихъ, адресуемыхъ къ чиновникамъ. Мы установили выше, что здѣсь нѣтъ юридическаго акта [2]).

Итакъ, можно заключить, что не существуетъ исполнительной функціи, какъ специфической юридической функціи государства, что, безъ сомнѣнія, существуетъ задача, которую должно выполнить правительство, которую часто называютъ исполнительной или правительственной функціей, задача которой состоитъ въ сообщеніи импульса и направленія государству; но это составляетъ цѣль для достиженія, а не функцію въ юридическомъ смыслѣ. Для осуществленія этой цѣли совершаются или акты, не носящіе въ себѣ юридическаго характера, или акты,

---

1) Ср. § 42, *въ концѣ*.

2) Ср. § 42, n⁰ 4.

входящіе въ одну изъ трехъ категорій, законодательную, административную или юрисдикціонную.

Смѣшеніе понятія власти, какъ элемента суверенитета, съ понятіемъ функціи породило у нѣкоторыхъ авторовъ темныя и странныя представленія, образчикъ которыхъ находится въ знаменитомъ произведеніи Лоренца Штейна [1]). Согласно ему, *я* государства является сувереномъ, основой автономной и органической личности государства, какова бы ни была его форма; актъ, посредствомъ котораго государство опредѣляетъ мотивы, заставляющіе его дѣйствовать, судитъ въ логическомъ смыслѣ, — законодательство; воля государства, стремящаяся проявиться во внѣ и могущая сдѣлаться обязательной даже посредствомъ силы, — исполненіе, которое является, такимъ образомъ, самою волею государства, вызывающею тѣ внѣшнія проявленія, которыя образуютъ администрацію въ общемъ смыслѣ слова.

Оріу, идеи котораго, очевидно, приближаются къ мысли Лоренца Штейна, отводитъ важное мѣсто исполнительной власти. Онъ объявляетъ, что „конституціонной ересью является думать, что исполнительная власть ограничивается исполненіемъ закона... такъ какъ исполнительная власть обезпечиваетъ исполненіе законовъ, но превосходитъ ихъ своими регламентами и своими организаціями“ [2]). Мы до сихъ поръ думали, что исполнительная власть въ своихъ регламентахъ и организаціяхъ должна оставаться въ границахъ установленныхъ законами. Но пойдемъ дальше.—Ученый авторъ прибавляетъ: „Большую пользу представляетъ сохраненіе традиціоннаго понятія, что административная функція есть проявленіе спеціальной власти государства, власть исполнительная, отличная отъ власти законодательной и судебной... Эта власть представитъ государство и всѣ отрасли его управленія одаренными нѣкоторой автономіей, подобно дѣйствующимъ индивидуальностямъ, потому что свойство дѣйствія заключается въ его отношеніи къ существамъ. Такимъ образомъ государство и различныя администраціи благодаря осуществленію ихъ исполнительной власти, индивидуали-

[1]) L. Stein, *Verwaltungslehre*, I, 1869 г.

[2]) 5 изд., стр. 184.

зируются... Замѣтятъ, что я дѣлаю изъ исполнительнаго органа скорѣе элементъ *индивидуальности* государства, чѣмъ его *личности*; личность въ дѣйствительности порождается только посредствомъ воздѣйствія на волящую индивидуальность представительнаго элемента, исходящаго изъ соціальной среды и называющагося органомъ законодательнымъ или органомъ совѣщательнымъ“ [1]). Мы отказываемся понимать и обсуждать такія мистическія доктрины.

---

1) Hauriou, *Droit administratif*, 5 изд., стр. 184 и 185, прим. 1. Оріу отсылаетъ къ своей статьѣ въ *Revue générale de droit*, 1898 г., стр. 1, и къ своей книгѣ *Leçons sur le mouvement social*, 1898 г., 2 приложеніе.

Глава третья.

Органы государства.

48. Правительство и матеріальная сила.—Говоря объ органахъ государства, мы совершенно не намѣреваемся усвоить біологическую или юридико-органическую доктрину. Первая представляетъ чистую гипотезу, не имѣющую ничего научнаго. Вторая утверждаетъ, что коллективности, достигшія извѣстной степени интеграціи, напр., государства, суть реальныя личности; что сознательная дѣятельность этихъ лицъ, въ частности государства, обнаруживается путемъ дѣйствія человѣческихъ индивидовъ, которые являются ихъ *юридическими органами*; но она не даетъ никакого объясненія всему этому. Выраженіе *органы* не предполагаетъ съ нашей стороны принятія какой-либо особенной теоріи. Этимъ именемъ мы обозначаемъ всѣхъ индивидовъ или всѣ группы индивидовъ, принимающія участіе въ осуществленіи волевой дѣятельности государства. Согласно постулату, лежащему въ основѣ общей теоріи государства, выраженной въ нашихъ революціонныхъ конституціяхъ, а также въ основѣ теоріи, господствующей въ современной доктринѣ, государство представляетъ суверенную территоріальную корпорацію; оно есть коллективное лицо, утвердившееся на территоріи и обладающее суверенитетомъ. Этотъ суверенитетъ,

какъ извѣстно, есть воля. Эта воля является источникомъ дѣятельности. Чтобы эта дѣятельность могла осуществляться въ какой-либо формѣ, необходимо, чтобы были поставлены человѣческіе индивиды для осуществленія этой дѣятельности отъ имени государства. Правильно сказать, что коллективныя лица обладаютъ волевой дѣятельностью, но эта воля по необходимости опирается на индивидовъ, и индивиды необходимы, чтобы осуществлять эту дѣятельность. Отсюда мы называемъ органами государства всѣхъ индивидовъ, всѣ группы индивидовъ, участвующія въ той или иной формѣ въ проявленіяхъ волевой дѣятельности государства.

Въ виду постоянно возрастающей дѣятельности государства, эти органы являются въ современныхъ странахъ очень многочисленными и очень сложными. Ихъ можно обозначить въ совокупности словомъ *правительство,* употребляя его въ самомъ широкомъ смыслѣ. Ниже мы увидимъ, что это слово часто принимается въ болѣе узкихъ смыслахъ. Такъ какъ слово *правительство* обозначаетъ такимъ образомъ совокупность органовъ государства, то понятно, почему мы сказали (§ 20), что правительство образуетъ конститутивный элементъ государства. Дѣйствительно, правильно говорятъ, что государство представляетъ суверенную коллективность, утвердившуюся на территоріи; но пока не существуетъ индивидовъ, обладающихъ постоянною властью выражать волю, разсматриваемую, какъ воля суверенной территоріальной коллективности, т.-е. государства, послѣднее представляетъ только абстракцію. Оно становится реальностью съ того момента, когда назначены индивиды или группы индивидовъ для по-

стояннаго выраженія этой воли, однимъ словомъ, съ того дня, какъ существуетъ установленное правительство.

Но это не все. Для наличности настоящаго правительства необходимо, чтобы это правительство было облечено матеріальной силой принужденія, которая позволила бы ему предписывать на территоріи государства всякой другой волѣ, индивидуальной или коллективной, свою собственную волю или, скорѣе, волю государства, органомъ котораго оно является. Первое условіе для наличности дѣйствительнаго правительства заключается въ томъ, чтобы это правительство располагало на національной территоріи отъ имени государства наибольшей матеріальной силой. Мы не обсуждаемъ вопроса о законности правительства; мы не говоримъ, что всякое правительство, располагающее наибольшей силой, является законнымъ. Мы говоримъ сейчасъ только: не существуетъ правительства и, говоря по правдѣ, нѣтъ и государства, если люди, утверждающіе, что они образуютъ правительство страны, не имѣютъ въ своемъ распоряженіи матеріальной силы, позволяющей предписывать всѣмъ находящимся на территоріи волю, выражаемую ими, какъ волю государства.

Можно видѣть разницу, существующую между властью принужденія, о которой мы говоримъ сейчасъ, и повелѣвающей властью государства, которая образуетъ его суверенитетъ. Повелѣвающая власть государства есть извѣстная юридическая власть воли государства. Власть принужденія есть извѣстная фактическая власть, принадлежащая индивидамъ, выражающимъ волю государства и осуществляющимъ его повелѣвающую власть.

Это различіе не всегда проводилось вполнѣ ясно. Нѣкоторые авторы, повидимому, учатъ, что характеристическимъ элементомъ власти государства является власть принужденія. Балицкій написалъ (въ 1896 году) книгу, заглавіе которой *De l'Etat comme organisation coercitive de la société* хорошо показываетъ, что, по мысли автора, эта власть верховнаго принужденія характеризуетъ государство. Лабандъ, повидимому, учитъ, что характеристическій элементъ государственной власти образуетъ власть осуществлять матеріальное принужденіе надъ индивидами, находящимися на территоріи. Онъ противопоставляетъ государству общины, различныя коллективности, не носящія государственнаго характера, обладающія властью повелѣвать надъ своими членами, но не имѣющія власти принужденія, такъ какъ эта власть принадлежитъ исключительно государству [1]).

Власть повелѣвать является юридическою властью, обусловленной тѣмъ, что воля извѣстнаго лица по своей сущности стоитъ надъ волей другихъ лицъ. Власть повелѣвать вполнѣ независимо, представляющая суверенную власть, есть юридическая власть, носителемъ которой является государство, и которая принадлежитъ государству, потому что послѣднее обладаетъ волей особаго свойства. Власть принужденія есть власть фактическая; она принадлежитъ индивидамъ, выдающимъ себя за дѣйствующихъ и желающихъ отъ имени государства и составляющимъ правительство этого государства не иначе, какъ получивъ фактически перевѣсъ матеріальной силы въ странѣ. Для опредѣленія того, существуетъ ли власть суверенно повелѣвать, нужно изслѣдовать, является ли такая коллективная воля по существу стоящей надъ другими волями и, слѣдовательно, обладаетъ ли юридической властью повелѣвать. Для того, чтобы знать, существуетъ ли власть прину-

[1]) Laband, *Droit public*, I, франц. изд., стр. 64.

жденія, нужно изслѣдовать, располагаетъ ли фактически въ данной странѣ извѣстная группа людей матеріальною силою такого рода, что она можетъ прямо или косвенно принудить всѣ воли совершать или не совершать извѣстное дѣло. Первый вопросъ есть вопросъ права; второй—вопросъ факта. Право повелѣвать образуетъ конститутивный элементъ государства; власть принужденія составляетъ фактическое условіе, которому должна удовлетворять всякая группа людей, утверждающая, что она образуетъ правительство государства. Власть принужденія сама по себѣ не образуетъ государственной власти. Но юридическая власть повелѣвать, или даже формулировать безусловные приказы, есть только абстракція, если она не сопровождается властью принужденія. Власть принужденія сама по себѣ есть матеріальная сила, превосходящая другую силу. Это сила атамана разбойниковъ, налагающаго выкупъ на своихъ плѣнниковъ. Власть повелѣвать, если она осуществляется людьми, не имѣющими въ своемъ распоряженіи матеріальныхъ средствъ для обезпеченія, въ случаѣ надобности, отданныхъ приказовъ посредствомъ принужденія, вовсе не является государственною властью. Могутъ утверждать сколько угодно, что извѣстная коллективность обладаетъ правомъ повелѣвать, является наивысшей коллективностью, существующей на данной территоріи,—все это лишь химера, если люди, представляющіе эту коллективность, не располагаютъ матеріальными средствами, чтобы обезпечить повиновеніе своимъ приказамъ. Безъ этого не существуетъ правительства, а такъ какъ безъ правительства нѣтъ и государства, то при отсутствіи матеріальной силы нѣтъ и госу-

дарства; царитъ *анархія* въ этимологическомъ и собственномъ смыслѣ слова. Государственная власть есть право; но она есть также сила; сила безъ права есть чистое насиліе; но право безъ силы не есть и не можетъ быть государственнымъ суверенитетомъ.

Іерингъ рельефно выразилъ эту идею въ одномъ интересномъ мѣстѣ: „Всѣ иныя условія государства сводятся къ условію силы, „*Macht*“. Пока не выполнено это условіе, всѣ прочія условія преждевременны, ибо для ихъ исполненія необходимо существованіе государства, а послѣднее существуетъ только тогда, когда вопросъ силы, „*Macht*“ разрѣшенъ. Отсутствіе силы есть смертный грѣхъ государства, которому нѣтъ прощенія, и котораго общество не извинитъ, не стерпитъ. Государство безъ силы противорѣчитъ само себѣ. Народы претерпѣваютъ самыя тяжелыя условія государственной власти, бичъ Аттилы, безумство римскихъ царей... И все-таки бредовое состояніе и деспотизмъ остаются государственной формой, механизмомъ соціальной власти. Но анархія, т.-е. отсутствіе государственной силы, не есть форма государства, и кто-нибудь кладетъ ей конецъ какимъ-либо способомъ. Національный узурпаторъ или чужестранный завоеватель оказываетъ услугу обществу;онъ является его спасителемъ или благодѣтелемъ, потому что самая невыносимая форма государства всегда лучше отсутствія его“ [1]).

Замѣтимъ, что хотя матеріальная сила и необходима для существованія политической власти, однако эта матеріальная власть будетъ крайне непрочна, если она будетъ существовать только одна. Чтобы имѣть шансы на продолжительность, ей необходимо сопутствіе извѣстной моральной силы. Публичная власть тѣмъ крѣпче будетъ держать управляемыхъ въ повиновеніи, чѣмъ болѣе охотно она принимается ими. Задача политическаго искусства состоитъ въ отысканіи пріемовъ управленія, наиболѣе подходящихъ для добровольнаго подчиненія подданныхъ повелѣніямъ публичной власти. Много было написано по поводу этой трудной проблемы. Достаточно указать на *Политику* Аристотеля, *Князя* Макіа-

---

1) Jhering, *Der Zweck im Rechte*, I, стр. 245.

велли и *Духъ законовъ* Монтескье, которыхъ не превзошли современные писатели. Сущность политическаго искусства состоитъ въ приспособленіи формъ и пріемовъ управленія къ моральнымъ и религіознымъ вѣрованіямъ, къ экономическимъ нуждамъ страны и въ совершеніи этого въ такомъ духѣ, чтобы подданные были глубоко убѣждены, что правители правятъ въ интересахъ всѣхъ, а не въ своихъ личныхъ интересахъ. Теологи-схоластики опредѣляли тирана, какъ князя, управляющаго въ своихъ интересахъ, а не въ интересахъ своихъ подданныхъ. Опредѣленіе это всегда останется правильнымъ. Не нужно забывать, что тиранія совмѣстима съ демократіей, что народные избранники суть также тираны, если они правятъ въ своихъ интересахъ и въ интересахъ своихъ избирателей, а не въ интересахъ всѣхъ. Не нужно забывать, что тираническое правительство, какова бы ни была его форма, совершенно не обладаетъ моральной силой, безъ которой матеріальная сила можетъ быть только непрочной.

Примѣненіе государственнаго принужденія не составляетъ юридическаго акта и не порождаетъ правового положенія. Слѣдовательно, оно не входитъ ни въ одну изъ юридическихъ функцій государства. Когда агентъ публичной силы арестуетъ индивида; когда эскадронъ драгунъ атакуетъ толпу, чтобы очистить публичную площадь и обезпечить свободное движеніе; когда тюремщикъ заключаетъ въ тюрьму осужденнаго; когда палачъ отрубаетъ голову осужденному на смерть,—совершается актъ, который является простымъ матеріальнымъ актомъ безъ всякаго юридическаго характера.

Но за актомъ матеріальнаго принужденія безъ юридическаго характера всегда долженъ стоять актъ, обладающій такимъ характеромъ, административный или юрисдикціонный актъ. Государство пользуется принужденіемъ для того, чтобы предписать поддан-

ному актъ или воздержаніе отъ него,—чтобы прямо или косвенно принудить его совершить или не совершать чего-нибудь. Но необходимо, чтобы актъ или воздержаніе отъ него предварительно были опредѣлены государствомъ и притомъ индивидуально. Это нами уже было установлено въ § 37, гдѣ мы указали, насколько неправильно утвержденіе, что положительный законъ санкціонируется государственнымъ принужденіемъ. Въ дѣйствительности законъ лишь предоставляетъ извѣстной волѣ власть совершить актъ, предписывающій другой волѣ воздержаніе или дѣйствіе. Если этотъ индивидуальный актъ совершенъ отъ имени государства или, будучи совершенъ частнымъ образомъ, признанъ государствомъ-судьей, то для обезпеченія его осуществленія выступаетъ матеріальная сила. Но вмѣшательство этой силы не создаетъ никакого новаго правового положенія.

Да не подумаютъ, однако, что актъ принужденія ускользаетъ отъ вѣдѣнія права. Въ странахъ, которыя, подобно большинству современныхъ странъ, возвысились до понятія законности, этотъ актъ принужденія можетъ быть совершаемъ не иначе, какъ въ границахъ, установленныхъ закономъ. Могутъ быть употребляемы только опредѣленныя въ законѣ средства принужденія и только при указанныхъ закономъ условіяхъ. Съ другой стороны, только тѣ агенты, которымъ именно законъ предоставилъ компетенцію на это дѣйствіе, могутъ прибѣгать къ примѣненію принужденія. Всякое законодательство, покровительствующее индивиду, должно детально опредѣлить способы и условія примѣненія принужденія. Именно это обстоятельство естественно ста-

витъ индивидуальную свободу въ наиболѣе прямую зависимость отъ государства.

Актъ принужденія, совершонный съ нарушеніемъ закона, очевидно, не можетъ быть уничтоженъ, потому что это не юридическій актъ. Но совершонный съ нарушеніемъ закона, онъ можетъ составить уголовное преступленіе. Нашъ уголовный кодексъ предусматриваетъ рядъ преступленій этого рода [1]). Съ другой стороны, актъ принужденія, совершонный противъ закона, смотря по тому, составляетъ онъ преступленіе, или нѣтъ, можетъ влечь за собой отвѣтственность чиновника; это частный случай общей теоріи объ отвѣтственности чиновника, о которой будетъ сказано въ § 67. Въ отношеніи къ матеріальному факту принужденія нельзя говорить объ отклоненіи власти,— это послѣднее выраженіе сохраняется для дѣянія чиновника, который пользуется своею компетенціей на совершеніе акта юридическаго характера съ иною цѣлью, нежели та, въ видахъ которой законъ предоставилъ ему эту компетенцію; отклоненіе власти влечетъ за собой ничтожность акта. Что же касается матеріальнаго факта принужденія, то здѣсь можно видѣть злоупотребленіе властью, т.-е. пользованіе властью принужденія съ иною цѣлью, нежели та, которую законъ имѣлъ въ виду, предоставляя эту власть. Злоупотребленіе властью не можетъ влечь за собой ничтожность акта, который не есть юридическій актъ, но можетъ породить денежную отвѣтственность агента предъ жертвою злоупотребленія властью.

Наконецъ исполненіе акта принужденія, противное закону, можетъ послужить основаніемъ для де-

---

[1]) Ср. именно ст. 114 и слѣд., 184 и слѣд.

нежной отвѣтственности государства. Здѣсь мы затрогиваемъ одну изъ крупныхъ проблемъ современнаго публичнаго права. Мы уже предостерегли читателя противъ того очень распространеннаго положенія, что государство не отвѣтственно по поводу акта публичной власти. Это положеніе, формулированное съ такою общностью, неправильно. Съ другой стороны, быть-можетъ, слѣдовало бы точнымъ образомъ условиться о томъ, что разумѣть подъ актомъ публичной власти. Мы не спѣшимъ сейчасъ же установить отвѣтственность государства въ случаѣ акта принужденія, совершоннаго съ нарушеніемъ закона. Въ дальнѣйшемъ мы попытаемся показать, какимъ образомъ этотъ частный случай можетъ быть связанъ съ общей теоріей отвѣтственности государства (см. § 96).

49. Французская теорія органовъ государства. — Такъ какъ государство является юридическимъ лицомъ, а его органы—индивидами и группами индивидовъ, выполняющими его волевую дѣятельность, то съ того дня, какъ была сдѣлана попытка ввести политическія отношенія въ кадры права, возникла юридическая проблема: какова юридическая природа отношенія, возникающаго между государствомъ и его органами или, болѣе точно, между государствомъ и индивидами, исполняющими его волевую дѣятельность? Относительно этого труднаго и сложнаго вопроса во французскихъ конституціяхъ существуетъ цѣлая теорія, которую остается только извлечь оттуда. Она основана прежде всего на идеѣ мандата и представительства, т.-е. на той идеѣ, что индивиды, образующіе органы государства, выполняютъ права, носителями которыхъ

они не являются, и что, съ другой стороны, они *представляютъ* лицо, которое является носителемъ этихъ правъ, т.-е. дѣло происходитъ такимъ образомъ, какъ если бы само это лицо совершило актъ воли. Мандатъ и представительство суть институты, придуманные въ виду частныхъ отношеній; но они были приложены также и къ публичнымъ отношеніямъ. Быть-можетъ, это приложеніе идеи мандата и представительства къ публичнымъ отношеніямъ не отвѣчаетъ дѣйствительному положенію вещей. Точно такъ же, укладывается ли вся французская теорія органовъ государства въ рамки мандата и представительства? Для этого необходимо изучить ея различные элементы.

Точкой отправленія всей теоріи является признаніе элемента, который служитъ опорой суверенитета государства,—элемента, который участвуетъ въ образованіи государства, но который, однако, отличенъ отъ государства, и который является носителемъ суверенитета. Этотъ элементъ, какъ извѣстно, есть нація (ср. § 22). Суверенитетъ является именно волей націи. Но для націи необходима возможность выраженія своей воли. Эта функція принадлежитъ извѣстному, опредѣленному закономъ, числу индивидовъ, членовъ націи, которые образуютъ общество гражданъ, часто называемое избирательнымъ корпусомъ, потому что въ современныхъ государствахъ наиболѣе обычная роль этихъ индивидовъ состоитъ въ избраніи представителей націи; но общество гражданъ можетъ также играть рѣшающую роль (см. § 51). Это учрежденіе можетъ быть болѣе или менѣе широкимъ, обнимать всѣхъ индивидовъ, способныхъ сознательно выражать свою волю, или же обнимать

лишь извѣстное число индивидовъ, разсматриваемыхъ, какъ спеціально компетентныхъ; во всякомъ случаѣ, оно всегда сохраняетъ одинъ и тотъ же характеръ. Говоря по правдѣ, оно совсѣмъ не представляетъ органа государства; оно не представляетъ даже органа націи; оно—сама нація, насколько оно выражаетъ ея волю; оно — прямой выразитель суверенной воли націи. Такъ какъ слово *органъ* удобно, и мы не связываемъ съ нимъ никакого особаго смысла ни съ соціологической ни съ юридической точекъ зрѣнія; такъ какъ соединеніе въ цѣлое гражданъ выражаетъ прямую суверенную волю націи, то мы назовемъ его *прямымъ высшимъ органомъ*. Въ странахъ, гдѣ примѣняется вполнѣ представительный режимъ, какъ нынѣ во Франціи и во Франціи 1791 года, высшій прямой органъ ограничивается избраніемъ индивидовъ или учрежденій, которые отъ его имени выражаютъ суверенную волю націи. Указываютъ также, что въ этой системѣ онъ является прямымъ высшимъ органомъ еще и потому, что въ дѣйствительности отъ него ведутъ свое происхожденіе всѣ органы государства.

Эта французская теорія соединенія гражданъ, выражающаго прямую волю націи, разсматриваемой, какъ носитель первоначальнаго суверенитета, во многомъ походитъ на теорію нѣкоторыхъ германскихъ авторовъ,—теорію, которую можно назвать теоріей *Träger* или *носителя* суверенитета, и главнымъ представителемъ которой является Г. Мейеръ. „Называютъ,—говоритъ онъ,—*носителемъ*, *Träger* государственной власти лицо или группу лицъ, коимъ государственная власть принадлежитъ, какъ собственное, прирожденное право. *Träger* государственной власти вполнѣ можетъ или самолично выполнять принадлежащія ему права власти или заставить выполнять эти права другое лицо отъ своего имени. Прилагая это представленіе къ различнымъ формамъ правитель-

ства, приходятъ къ слѣдующимъ выводамъ: въ монархіяхъ божественнаго права *Träger* государственной власти является монархъ; въ теократическихъ аристократіяхъ *Träger* публичной власти образуетъ группа знати; наконецъ, въ демократіяхъ *Träger* суверенитета является сама нація". Г. Мейеръ говоритъ, что таково представленіе Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ; ему слѣдовало бы прибавить, что таково же и французское представленіе [1]).

Въ настоящее время эта теорія большинствомъ германскихъ авторовъ оставлена. Ей вполнѣ основательно ставятъ въ упрекъ, и тотъ же упрекъ можно сдѣлать и французской теоріи, созданіе дуализма въ государствѣ, образованіе въ немъ двухъ лицъ: лица націи, носителя публичной власти, и лица государства.

Суверенитетъ можетъ выполняться непосредственно самой націей: тогда мы имѣемъ то, что называютъ въ общемъ смыслѣ слова *прямымъ правительствомъ*. Въ подобномъ случаѣ совершенно нѣтъ органовъ представительства, а лишь *приказчики* (*commis*), по выраженію Ж. Ж. Руссо,—служители націи, агенты, обязанные обезпечить исполненіе воли націи, непосредственно выраженной ею. Эти агенты не выражаютъ воли націи, не являются ея представителями; они лишь простые *надзиратели* (*preposés*) [2]).

Но въ 1791 году французская конституція была объявлена представительной [3]), и до настоящаго времени политическій режимъ Франціи является представительнымъ режимомъ. Въ виду этого необходимо разграничить *представителей* и *агентовъ*, различіе между которыми коренное и съ теоретической и съ практической стороны. Теоретически потому,

---

[1]) Ср. G. Meyer, *Staatsrecht*, 1895 г., стр. 12. Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899 г., стр. 176.

[2]) I. I. Rousseau, *Contrat social*, кн. III, гл. I.

[3]) Тит. III, введ., ст. 2.

что оно безспорно отвѣчаетъ дѣйствительности, и потому, что въ немъ достаточно нѣкоторой модификаціи, чтобы оно явилось истиннымъ выра женіемъ фактовъ; практически же потому, что оно представляетъ ключъ ко всему французскому публичному праву.

Представители, или органы представительства, суть тѣ, которые выражаютъ волю вмѣсто націи, и воля которыхъ такова, какъ если бы она исходила непосредственно отъ націи. Понятіе о представителѣ покоится на идеѣ мандата; нація выражаетъ свою волю чрезъ избирателей in corpore; но избирательный корпусъ самъ по себѣ не проявляетъ суверенитета, прямымъ высшимъ органомъ котораго онъ является; онъ имѣетъ одного или нѣсколькихъ уполномоченныхъ; эти уполномоченные выражаютъ волю, которая фактически является ихъ волей, но которая по праву, вслѣдствіе представительства, такова, какъ если бы она исходила непосредственно отъ націи; она обладаетъ тѣми же самыми свойствами, той же самой силой. Представители, въ качествѣ органа представительства, не имѣютъ воли, отличной отъ воли націи; все, что они говорятъ и повелѣваютъ, говоритъ и повелѣваетъ нація. По конституціи 1791 года [1]), представителями являлись законодательный корпусъ и король. Въ дальнѣйшемъ мы увидимъ, обладало ли характеромъ представителя также и судебное сословіе. Логическое слѣдствіе идеи представительства то, что воля представителей, какъ воля самой націи, не можетъ подлежать контролю воли, стоящей надъ ней самой.

Агенты состоятъ подъ властью и контролемъ органовъ представительства; имъ совершенно чуждъ

1) Тит. III, введ., ст. 2.

характеръ представительства, т.-е. они совершенно не выражаютъ воли націи. Это не значитъ, однако, что агенты совершаютъ только матеріальные акты исполненія; они могутъ совершать также юридическіе акты, но могутъ совершать ихъ лишь въ предѣлахъ, установленныхъ національной волей, выражаемой чрезъ органы представительства. Воля агента не есть воля націи; она является фактически и остается юридически волей агента, которой законъ предоставилъ власть создавать извѣстный правовой эффектъ въ предѣлахъ опредѣленной области.

Эта воля агента, не будучи волей націи, подлежитъ контролю и надзору со стороны органовъ представительства; агенты могутъ также быть подчинены контролю и надзору со стороны другихъ агентовъ, отсюда іерархическая система агентовъ, юрисдикціоннаго контроля и распредѣленія компетенцій.

Такое различеніе *представителей* и *агентовъ* въ чистѣйшемъ видѣ выражено въ нашихъ конституціяхъ. Уже приводилась ст. 2 введенія къ главѣ III конституціи 1791 года: «Нація, отъ которой единственно исходятъ всѣ власти, можетъ исполнять ихъ только путемъ делегаціи.—Французская конституція представительная: представители суть законодательный корпусъ и король». Отъ этого текста нужно непосредственно перейти къ ст. 2 отдѣла III главы IV титула III той же самой конституціи: «Администраторы *совершенно не обладаютъ характеромъ представительства*. Они суть агенты, временно избранные народомъ для исполненія, подъ надзоромъ и властью короля, административныхъ функцій». Въ этой статьѣ рѣчь идетъ только объ администраторахъ. Ранѣе было сказано, что, весьма

вѣроятно, въ системѣ конституціи 1791 года судьи образовывали представительное учрежденіе [1]).

Смыслъ этихъ текстовъ очень ясенъ, если сопоставить объясненія, данныя Барнавомъ и Редереромъ въ засѣданіи 10 августа 1791 года: „По строенію и границамъ конституціонныхъ функцій,—говорилъ Барнавъ,— отличіе представителя отъ того, кто является лишь простымъ государственнымъ чиновникомъ, состоитъ въ томъ, что онъ въ извѣстныхъ случаяхъ обязанъ выражать волю вмѣсто націи, тогда какъ простой государственный чиновникъ обязанъ лишь дѣйствовать за нее". Редереръ такъ же тщательно различаетъ власти *делегированныя* и власти *порученныя*: „Депутаты въ законодательномъ учрежденіи являются не только народными представителями, но еще и представителями властей народа, именно для осуществленія *представительной* власти, слѣдовательно, *власти, равной власти народа*, въ то время какъ администраторы являются народными представителями только въ осуществленіи *порученной* власти, власти субделегированной и подчиненной" [2]). Правда, оба оратора приходятъ къ различнымъ выводамъ: Барнавъ признавалъ представительный характеръ короля; Редереръ съ Робеспьеромъ отрицали его.

Та же самая идея выражена и въ конституціи 1793 года: «Администраторы и муниципальные чиновники совершенно не обладаютъ характеромъ представительства» [2]). То же самое различіе проведено въ стт. отъ 174 до 201 конституціи III года. Наконецъ утвержденіе представительнаго принципа особенно чисто выступаетъ въ конституціи 1848 года, въ ст. 20: «Французскій народъ *делегируетъ* законодательную власть единому собранію», и въ ст. 43: «Француз-

---

[1]) Гл. III, введ., ст. 5. Ср. *ниже*, § 54.

[2]) 10 августа 1791 тода, *Archives parlem.*, 1-ая серія. XXIX стр. 323—330.

[3]) Ст. 12.

скій народъ *делегируетъ* исполнительную власть гражданину, получающему титулъ президента республики».

Выше мы сказали, что это различіе представителей и агентовъ служитъ ключомъ ко всему нашему политическому публичному праву, и что съ нѣкоторой модификаціей оно въ точности отвѣчаетъ дѣйствительному положенію вещей. Мы уже знаемъ, что приложеніе этой идеи къ суверенитету вызываетъ очень серьезныя возраженія, и что, какъ обратилъ на это вниманіе Руссо, трудно объяснить, какимъ образомъ нація можетъ оставаться суверенной, если ея собственная воля замѣщена волей ея представителей. Но этотъ вопросъ еще встрѣтится въ дальнѣйшемъ, и мы на время примемъ эту идею. Несовершеннымъ пунктомъ французскаго раздѣленія представителей и агентовъ является распредѣленіе между ними публичной дѣятельности. Если взять буквально вышеуказанныя постановленія конституціи 1791 года, то, повидимому, агенты могутъ совершать лишь матеріальные акты исполненія. Этого не можетъ быть: справедливо же то, что агенты могутъ дѣйствовать лишь индивидуальнымъ путемъ въ границахъ, указанныхъ въ общемъ порядкѣ представителями. Слѣдовало бы, чтобы представители, наоборотъ, могли лишь формулировать распоряженія въ общемъ порядкѣ. Правильно понятое различіе представителей и агентовъ идетъ навстрѣчу необходимости защиты индивида противъ всемогущества государства. Дѣйствительно, если бы представители могли вторгаться въ область индивидуальныхъ отношеній, то не было никакой гарантіи отъ ихъ произвола; ибо и при существованіи порядка обжалованія, послѣднее слово принадлежитъ имъ, такъ какъ они представляютъ суверенную волю націи. Слѣдовательно, роль ихъ должна ограничиваться выраженіемъ общаго правила отвлеченнымъ путемъ, формулированіемъ закона. Напротивъ, такъ какъ агенты подлежатъ и могутъ подлежать контролю, то индивидъ можетъ быть защищенъ отъ ихъ произвольнаго вмѣшательства. Поэтому агентовъ надѣляютъ компетенціей на совершеніе индивидуальныхъ актовъ, но компетенціей строго опредѣленной. Однимъ словомъ, это различіе представителей и агентовъ, чтобы быть

точнымъ выраженіемъ дѣйствительности и отвѣчать соціальнымъ нуждамъ, должно быть тѣмъ, что мы назвали различіемъ *правителей* и *агентовъ*, и что мы резюмируемъ такимъ образомъ: первоначальные правители и ихъ представители, т.-е. тѣ, которые удерживаютъ суверенитетъ, или тѣ, которые исполняютъ его за нихъ, формулируютъ *нормативный* и создаютъ *конструктивный* законъ, констатируютъ или создаютъ объективное право, покровительствуя частнымъ людямъ въ общемъ и отвлеченномъ духѣ издаваемой ими правовой нормы. Агенты вмѣшиваются въ область субъективнаго права; здѣсь гарантія индивидовъ вытекаетъ изъ контроля, которому подчинены агенты, изъ связывающихъ ихъ іерархическихъ узъ [1]).

Французская теорія органовъ государства резюмируется въ слѣдующихъ трехъ положеніяхъ: a) существуетъ высшій прямой органъ, выражающій самую волю націи, какъ носителя первоначальнаго суверенитета; b) въ зависимости отъ эпохъ, существуетъ одинъ или нѣсколько органовъ представительства, которые являются уполномоченными націи, и ихъ воля есть какъ бы воля самой націи; c) существуютъ агенты государства, которые не имѣютъ представительнаго характера и выражаютъ принадлежащую имъ фактически и по праву волю. Они могутъ совершать отъ имени государства вполнѣ дѣйствительные юридическіе акты, или правильные акты матеріальнаго исполненія подъ условіемъ, чтобы они дѣйствовали въ предѣлахъ компетенціи, отмежеванной для нихъ закономъ, и въ согласіи съ цѣлью, которую имѣлъ въ виду законъ, признавая за ними эту компетенцію.

Эта теорія, которую можно назвать, слѣдуя часто примѣняемой терминологіи, теоріей *представитель-*

---

1) Ср. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, стр. 367.

наго мандата, безъ сомнѣнія, не внесена въ французскіе конституціонные законы 1875 г. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что она все еще остается основой французскаго публичнаго права. Извѣстно, что Версальское собраніе, торопясь закончить дѣло примиренія, не пожелало вполнѣ формулировать общей теоріи и ограничилось провозглашеніемъ нѣкоторыхъ необходимыхъ органическихъ постановленій. Выше приведены тексты, на которые опиралась эта теорія, и можно сказать, что она составляетъ часть французскаго обычнаго конституціоннаго права. Кромѣ того, Версальское собраніе вотировало два текста, вполнѣ согласные съ этими принципами. Это, съ одной стороны, такъ называемый законъ *септенната*, 20 ноября 1873 г., гласящій, что «*исполнительная власть вверяется...*» и, съ другой стороны, ст. 13 закона 30 ноября 1875 г., воспрещающая повелительный мандатъ. Этимъ воспроизводились сходныя предписанія, занесенныя въ конституціи 1791 и 1848 гг. и разсматриваемыя, какъ выводъ изъ представительнаго мандата, вручаемаго націей лицомъ назначенному ею собранію.

50. Германская теорія юридическаго органа.—Французская теорія представительнаго мандата подвергается въ настоящее время особенной критикѣ въ Германіи. Въ особенную вину ставятъ ей то, что она вноситъ дуализмъ въ государство и совершенно не объясняетъ, какимъ образомъ нація обладаетъ личностью, отличною отъ государства, и въ то же время одна только личность - государство повелѣваетъ и дѣйствуетъ. Съ другой стороны, замѣчаютъ, трудно понять, какимъ образомъ нація можетъ дать порученіе лицу, которое не существуетъ и создается только его волей, и то лишь затѣмъ, чтобы тотчасъ исчезнуть въ личности поглощающаго государства. Въ самомъ дѣлѣ, говорятъ, всякій договоръ порученія предполагаетъ двухъ лицъ: одно лицо,

дающее порученіе, а другое — принимающее его; допуская, что нація обладаетъ личностью, еще возможно представить лицо поручающее, но личность довѣреннаго остается неуловимой. Въ моментъ дачи порученія довѣренный еще не существуетъ; онъ появляется только послѣ назначенія и установленія; но и послѣ этого онъ не существуетъ какъ лицо, отличное отъ государства, такъ какъ единственнымъ лицомъ, воля котораго признается юридически, является лицо - государство. Наконецъ остаются въ полной силѣ выдвинутыя нѣкогда Руссо возраженія противъ представительства: говорить, что суверенитетъ націи допускаетъ представительство, значитъ утверждать, что онъ отчуждается. Въ періодъ между выборами національная воля остается безсильной; всемогущей является воля представителя, а это и есть характерная черта отчужденія суверенитета. Было бы лишь игрой словъ говорить, что суверенитетъ только делегированъ, а не отчужденъ, потому что онъ остается нетронутымъ въ своей сущности и сохраняется въ націи; онъ отчужденъ, потому что въ періодъ выборовъ нація не можетъ ни отмѣнить ни воспрепятствовать дѣйствіямъ своихъ представителей. И будутъ ли эти представители составлять парламентъ, или сосредоточиваться въ одномъ лицѣ, суверенитетъ во всякомъ случаѣ подвергается отчужденію [1]).

Чтобы обойти эти въ высшей степени сильныя возраженія, различные нѣмецкіе и нѣкоторые французскіе авторы пожелали приложить и къ государству юридическую теорію органа, выработанную Гирке для коллективныхъ лицъ вообще. Эта теорія очень интересна, прекрасно построена и представляется точно приложимой къ политическимъ фактамъ современной эпохи. Ея не слѣдуетъ смѣшивать съ теоріями біологической соціологіи, которыя, быть-можетъ, внушили ее, но у которыхъ только общее съ ней имя, ибо онѣ исходятъ изъ отожествленія обществъ съ живыми организмами, тогда какъ органическая теорія представляетъ собою чисто юридическое построеніе. Она создана была Гирке для коллективныхъ лицъ вообще [2]), приложена къ государству

---

[1]) Ср. J. J. Rousseau, *Contrat social*, кн. II, гл. I и кн. III, гл. 15.

[2]) *Genossenschaftstheorie*, 1887.

особенно Еллинекомъ [1]) и имѣетъ во Франціи послѣдователями преимущественно Сариполоса [2]) и Местра [3]). Она усвоена съ нѣкоторыми оговорками Мишу [4]).

Органическая теорія исходитъ изъ постулата, что всѣ коллективности, удовлетворяющія извѣстнымъ фактическимъ условіямъ, являются юридическими лицами. Всякое юридическое лицо нуждается въ волѣ какъ для созданія своихъ правъ, такъ и для ихъ осуществленія, ибо гдѣ нѣтъ воли, тамъ нѣтъ и дѣйствительнаго права. Между тѣмъ реальная воля существуетъ только у человѣка. Поэтому только человѣческіе индивиды и могутъ выражать волю коллективныхъ лицъ. Въ такомъ построеніи органъ есть не что иное, какъ индивидъ, передающій во внѣ волю коллективнаго лица. Органъ, если угодно, является представителемъ коллективнаго лица, но онъ нисколько не его повѣренный. Порученіе предполагаетъ существованіе лица поручающаго и лица повѣреннаго. Понятіе же органа, наоборотъ, требуетъ существованія одного лица: коллективной личности, дѣйствующей чрезъ своихъ органовъ. Коллективность безъ своихъ органовъ есть ничто въ юридическомъ смыслѣ. Мандатъ порождаетъ отношеніе между мандантомъ и мандатаріемъ; между коллективностью и органомъ не существуетъ никакого юридическаго отношенія, такъ какъ они представляютъ единое и одинаковое лицо. Существуетъ одно юридическое цѣлое, коллективность организованная, мыслящая и желающая чрезъ своихъ органовъ.

Слѣдуетъ прибавить, что всякій индивидъ или группа индивидовъ, образующій органъ коллективности, или непосредственно въ силу закона или по назначенію, согласно требованіямъ закона, носитъ двойственный характеръ. Онъ является органомъ, и, какъ таковой, обладаетъ извѣстной компетенціей; но эта компетенція не представляетъ вовсе

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 1900 г. и 2 изд. 1905.

[2]) Saripolos, *L'élection proportionnelle*, 1889.

[3]) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1889.

[4]) Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906., стр. 131 и слѣд. Изложеніе и критику этой теоріи ср. у Duguit, *Les gouvernants et les agents*, 1903, стр. 26 и слѣд.

субъективнаго права лица-органа, а лишь власть осуществлять права, носителемъ которыхъ является коллективное лицо. Съ другой стороны, однако, лицо, образующее органъ, имѣетъ субъективное право на признаніе его въ качествѣ органа и можетъ проявлять это право какъ по отношенію ко всѣмъ, такъ и по отношенію къ коллективности (юридическому лицу) и всѣмъ ея членамъ, взятымъ въ отдѣльности и образующимъ въ своей совокупности одно коллективное лицо.

Выше было указано теоретическое различіе, существующее между повѣреннымъ и органомъ; повѣренный обладаетъ личностью, отдѣльной отъ личности довѣрителя; воля, которую онъ выражаетъ, не собственная воля, и она разсматривается только въ силу представительства, какъ воля довѣрителя, лица индивидуальнаго или коллективнаго; органъ въ этомъ только качествѣ не обладаетъ личностью, отдѣльной отъ личности коллективности, и именно волю коллективности онъ и выражаетъ непосредственно. Изъ этого теоретическаго различія вытекаютъ практическія послѣдствія. Между коллективностью и ея органами не существуетъ никакого отношенія; отношеніе можетъ существовать вполнѣ между государствомъ и индивидами, носителями его органовъ. Но это отношеніе регулируется совсѣмъ не правилами порученія, и отвѣтственность индивида, носителя органа, по отношенію къ коллективности, государству, или другому коллективному лицу, совершенно не слѣдуетъ приравнивать къ отвѣтственности повѣреннаго предъ своимъ довѣрителемъ. Когда органъ совершилъ отъ имени корпораціи актъ, и ставится вопросъ объ юридическихъ послѣдствіяхъ этого акта, корпорація является единственной заинтересованной и отвѣтственной стороной; органъ не можетъ быть привлеченъ къ дѣлу. Этой же самой идеей объясняется деликтная и даже уголовная отвѣтственность коллективныхъ лицъ; если желанія и дѣйствія органа являются въ дѣйствительности желаніями и дѣйствіями коллективности, то, когда органъ совершилъ вину, въ дѣйствительности ее совершило коллективное лицо, и, слѣдовательно, можетъ быть установлена его деликтная и даже уголовная отвѣтственность [1].

---

1) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale.* 1899.

Если органъ отличается отъ повѣреннаго, то и тотъ и другой должны быть тщательно отдѣляемы отъ помощника (*préposé*). Повѣренный совершаетъ юридическіе акты для другого лица. Помощникъ же совершаетъ за счетъ другого лишь извѣстныя дѣйствія, не носящія юридическаго характера. Совершенно безразлично при этомъ, какое юридическое отношеніе можетъ существовать между хозяиномъ и помощникомъ. Это можетъ быть порученіе, наемъ услугъ и веденіе дѣлъ. Качество помощника не вытекаетъ изъ какого-либо юридическаго отношенія, связывающаго хозяина и помощника; оно вытекаетъ изъ того факта, что извѣстный индивидъ совершаетъ извѣстное дѣйствіе, не имѣющее характера юридическаго акта, въ интересѣ другого лица. Повѣренный совершаетъ, наоборотъ, юридическій актъ для другого лица; повѣренный можетъ быть только при этомъ условіи. То же самое различіе существуетъ между органомъ и помощникомъ. Органъ служитъ орудіемъ хотѣнія и дѣйствій коллективнаго лица. Въ юридико-органическомъ представленіи коллективныя лица суть лица исключительно юридическія; ихъ воля и дѣйствія всегда носятъ юридическій характеръ; они могутъ совершать только юридическіе акты. Поэтому, какъ индивидъ, такъ и группа индивидовъ могутъ быть органами корпораціи или государства лишь постольку, поскольку они совершаютъ юридическіе акты. Всякій индивидъ, совершающій въ пользу корпораціи дѣйствіе, не имѣющее характера юридическаго акта, дѣйствуетъ не какъ органъ этой корпораціи, но какъ помощникъ. Всѣ чисто матеріальные акты, совершаемые многочисленными агентами политическихъ или другихъ коллективностей, напр., агентами государства, не носятъ характера юридическихъ актовъ, и агенты, совершающіе ихъ, являются органами и помощниками коллективнаго лица, въ частности государства. Еллинекъ обратилъ вниманіе на то, что по отношенію ко всѣмъ актамъ, не имѣющимъ характера юридическихъ актовъ, коллективное лицо, само государство, совершенно не можетъ присвоить себѣ дѣятельности индивида. Государство можетъ вызывать, предписывать, направлять эту дѣятельность; но эта дѣятельность остается совершенно индивидуальной. Отсюда вытекаетъ, что всѣ послѣдствія, связываемыя съ качествомъ органа, совершенно непримѣнимы въ подобныхъ случаяхъ [1]).

[1]) Ср. Iellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд. 1905 г., стр. 252 и 546.

Особенно Еллинекъ въ своемъ трудѣ [1]) приложилъ къ государству общую теорію юридическаго органа. Государство понимается германской школой какъ корпорація, и потому логично приложить къ нему теорію корпоративнаго органа. Прежде всего проводится основное различіе между *прямыми* и *непрямыми* органами государства. Въ каждомъ государствѣ существуетъ одинъ или нѣсколько прямыхъ органовъ, дающихъ государству его форму. Эти органы называются *прямыми*, потому что они вытекаютъ непосредственно изъ конститутивной организаціи государства. Они возникаютъ прямо въ силу того, что образуется государство. Нѣтъ лица, которому они были бы подчинены въ силу того, что они органы. Въ дѣйствительности они образуютъ само государство, и безъ нихъ, по выраженію Еллинека, существовало бы лишь юридическое ничто. Структура этихъ прямыхъ органовъ измѣнялась и можетъ измѣняться до безконечности. Одинъ человѣкъ можетъ совершенно самостоятельно быть органомъ всей государственной власти. Абсолютная монархія представляетъ намъ типъ государства съ единоличнымъ индивидуальнымъ органомъ. Коллегіи физическихъ лицъ также могутъ образовать прямые органы. Эти прямые коллегіальные органы могутъ дѣйствовать въ формѣ народнаго собранія, избирательнаго корпуса, парламента. Какъ было уже сказано (§ 22), въ этой теоріи органа нація перестаетъ быть коллективнымъ лицомъ, носителемъ первоначальнаго и неотчуждаемаго суверенитета, а становится простымъ органомъ государства, какъ единаго носителя политической власти. Когда какая бы то ни была коллегія является органомъ государства, то не возникаетъ столько воль, сколько членовъ коллегіи; существуетъ только одна коллегіальная воля, и эта *единая* воля коллегіальнаго органа является непосредственной волей государства. Что касается членовъ коллегіи—органа, то они также являются органами; они органы органа-коллегіи, являющейся органомъ государства; по этой причинѣ индивидовъ, составляющихъ коллегіальные органы, называютъ органами - сторонами. Корпораціи могутъ сами быть прямыми органами государства. Въ федераль-

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905, стр. 526 и слѣд.

номъ государствѣ государства-члены, составляющіе его, являются прямыми органами центральнаго государства.

Прямые органы являются или органами *созданія* или органами уже *созданными*. Прямой органъ можетъ существовать уже потому, что юридическій порядокъ приписываетъ непосредственно лицамъ, занимающимъ извѣстное положеніе, качество органовъ, напр., качество монарха какому-нибудь члену опредѣленнаго рода, качество избирателей извѣстнымъ гражданамъ. Можетъ, однако, случиться, что для возникновенія органа необходимъ спеціальный юридическій актъ, имѣющій своимъ предметомъ созданіе прямого органа. Возникающій такимъ образомъ органъ есть созданный прямой органъ. Лица, устанавливающія прямые органы актомъ воли, образуютъ прямой органъ *созданія*. Съ юридической точки зрѣнія между органомъ создающимъ и органомъ созданнымъ не существуетъ никакого отношенія.

Органъ созданный есть органъ прямой; юридически онъ представляетъ независимое дополненіе творящаго органа. Органъ созданный не является вовсе повѣреннымъ творящаго органа; онъ даже не есть органъ творящаго органа, и этимъ прямой созданный органъ отличается отъ прямого *вторичнаго* органа. Всякая избирательная монархія представляетъ примѣръ прямого созданнаго органа; напр., старая польская монархія, Священная имперія, глава которой избирался князьями-избирателями. Въ католической церкви папа, избранный коллегіей кардиналовъ, есть прямой созданный органъ и представляетъ фактически и юридически независимое дополненіе священной коллегіи, органа созданія. По духу конституціоннаго закона 25 февраля 1875 г. президентъ республики есть органъ, избранный палатами, соединившимися въ національное собраніе; онъ есть прямой созданный органъ, юридически независимый, дополняющій палаты, органъ созданія. Актъ созданія есть въ сущности условіе, съ наступленіемъ котораго предписывается примѣнить органическій законъ, дающій тому или другому индивиду или группѣ индивидовъ свойство и власть органа. Такимъ образомъ становится понятнымъ, какимъ образомъ созданный органъ можетъ обладать болѣе широкою властью, чѣмъ органъ создающій, почему, напр., совершенно не представляется нелогичнымъ (вопреки частымъ утвержденіямъ),

что президентъ французской республики, созданный парламентомъ, можетъ распустить часть парламента, палату депутатовъ; не было бы также не логичнымъ, если бы онъ могъ распустить сенатъ.

Близкой къ только что изложенному различію, хотя и отличной отъ него, представляется другая классификація прямыхъ органовъ: органы прямые — *первичные* и органы прямые—*вторичные*. Прямой вторичный органъ корпораціи есть прямой органъ прямого органа этой корпораціи. Прямой вторичный органъ государства есть прямой органъ прямого органа государства. Когда въ силу своей собственной природы или другихъ различныхъ обстоятельствъ прямой органъ государства можетъ выражать свою волю только посредствомъ какого-нибудь органа, этотъ послѣдній является прямымъ органомъ прямого органа государства и вторичнымъ прямымъ органомъ государства. Соотвѣтственно понятію органа, воля вторичнаго органа является самою волею прямого органа, органомъ котораго онъ является. Такимъ образомъ, вторичный органъ вполнѣ представляетъ прямой органъ государства, потому что служитъ орудіемъ воли прямого органа, однако онъ отличается отъ первичнаго прямого органа, такъ какъ служитъ органомъ послѣдняго. Отсюда видно различіе, существующее согласно этой теоріи, между прямымъ созданнымъ органомъ и прямымъ вторичнымъ органомъ. Прямой созданный органъ не объявляется вовсе органомъ органа созданія. Впрочемъ, вторичный органъ, сверхъ того, не является вовсе повѣреннымъ первичнаго органа. Однако, необходимо, чтобы по возможности существовало *уравненіе* между волею первичнаго органа и волею вторичнаго. Еллинекъ сводитъ все, что называютъ неточно политическимъ представительствомъ, къ отношеніямъ первичнаго органа и вторичнаго. Парламентъ есть прямой органъ государства; его воля вообще, какъ воля первичнаго органа, равносильна волѣ народа, избирательнаго корпуса, органомъ котораго онъ является; согласно этому представленію, это можетъ оказаться вѣрнымъ даже по отношенію къ парламенту невыборному [1]).

---

[1]) Ср. *ниже*, § 53.

Наконецъ органамъ *прямымъ первичнымъ* или *вторичнымъ* противопоставляютъ органы *непрямые*. Это суть органы, которые не основаны непосредственно на конституціи, но являются результатомъ даннаго имъ индивидуальнаго порученія. Непрямые органы являются всегда непосредственно или посредственно подчиненными какому-нибудь прямому органу и отвѣчаютъ передъ нимъ. Это подчиненіе и эта отвѣтственность могутъ быть ограничены; они могутъ быть значительно сужены, какъ это сдѣлано для судебныхъ агентовъ, но они всегда существуютъ. Дѣятельность непрямого органа есть дѣятельность производная. Поэтому никогда не предполагается, чтобы компетенція непрямого органа была уступкой компетенціи, принадлежащей прямому органу, установившему непрямой; — однако это значитъ, что непрямые органы, согласно своему происхожденію, суть индивиды, которыхъ назначаетъ прямой органъ для осуществленія извѣстной государственной функціи, отъ его имени, по его указаніямъ и руководству. Коллективности могутъ быть непрямыми органами государства. Въ государствахъ унитарныхъ, но децентрализованныхъ въ административномъ отношеніи, мѣстныя административныя децентрализованныя единицы являются непрямыми органами. Выше мы видѣли, что, наоборотъ, государства-члены федеральнаго государства являются прямыми органами этого государства.

Это различіе, установленное юридико-органической теоріей между органами *прямыми и непрямыми*, очевидно, аналогично различію, проводимому во Франціи между представителями и агентами.

Безспорно, эта юридическая теорія органа избѣгаетъ тѣхъ возраженій, которыя дѣлались противъ теоріи представительнаго мандата. Она сохраняетъ, дѣйствительно, единство въ государствѣ и не ведетъ къ отчужденію суверенитета. Государство въ ней есть и остается корпоративнымъ и нераздѣльнымъ лицомъ, носителемъ публичной власти; правители, чиновники, нація, парламентъ, глава государства являются лишь выразителями воли государства; не они хотятъ и дѣйствуютъ; государство хочетъ и дѣйствуютъ чрезъ нихъ. Между ними и государствомъ устанавливается внутренняя и нерасторжимая связь, столь же тѣсная, какъ и связь индивидуальнаго лица и его органовъ. Безотвѣтственность

главы государства и парламентовъ, прямая отвѣтственность государствъ передъ частными лицами, всѣ эти новѣйшіе политическіе акты находятъ себѣ легко объясненіе. Эта новая юридическая форма, *органъ*, представляетъ, такимъ образомъ, повидимому, предѣлы достаточно прочные, чтобы послужить основой для солидной юридической теоріи, и достаточно гибкіе и широкіе, чтобы обнять столь сложные и столь различные феномены новѣйшей политической жизни.

Но и эта доктрина вызываетъ очень серьезныя возраженія. Говорятъ, что органы, называемые прямыми, даются непосредственно самой организаціей корпораціи или самой конституціей государства, они, прибавляютъ, воплощаютъ само государство, и безъ нихъ оно не существуетъ. Мы отвѣтимъ: если это органы, то необходимо, чтобы позади нихъ существовала воля, органами которой они являются; они существуютъ какъ органы лишь благодаря этой волѣ; но эта воля есть воля коллективная, сама существующая только черезъ выраженіе ея органами. Въ концѣ-концовъ не ясно, воля ли государства существуетъ, выражаясь въ своихъ органахъ, или органы существуютъ по волѣ государства. Тутъ мы попадаемъ въ тупикъ, изъ котораго нѣтъ выхода.

Но это не все. Предположимъ, что прямые органы возникаютъ прямо изъ конституціи; эта конституція исходитъ отъ государства. Она есть выраженіе воли государства; а для выраженія своей воли государство, какъ коллективная личность, должно располагать, по крайней мѣрѣ, однимъ необходимымъ для этого органомъ. Такимъ образомъ прямые органы созданы тѣмъ органомъ государства, который компетентенъ для созданія конституціи. Но откуда происходитъ самъ учредительный органъ? Какъ прямой органъ онъ исходитъ отъ воли государства; онъ долженъ быть, въ свою очередь, созданъ другимъ органомъ и т. д. Гдѣ, такимъ образомъ, найти дѣйствительно прямой и первоначальный, первый органъ созданія? Мы всюду видимъ только созданные органы, и настоящая задача публичнаго права заключается въ открытіи истинно творческаго органа. Юридико-органическая теорія обходитъ молчаніемъ эту задачу и замыкается, такимъ образомъ, въ логическій кругъ [1]).

---

[1]) Ср. Duguit, *op. cit.*, стр. 51.

Юридико-органическая теорія встрѣчаетъ въ конечномъ итогѣ столь же серіозныя возраженія, какъ и теорія представительнаго мандата; поэтому нѣтъ основаній покидать эту послѣднюю, такъ какъ только она одна мирится съ текстами французскихъ конституцій.

Юридическая доктрина органа недавно пріобрѣла цѣннаго для себя союзника въ лицѣ Мишу. Въ своей прекрасной книгѣ [1]) онъ вполнѣ принимаетъ эту теорію, внося, однако, совершенно правильно нѣкоторыя исправленія [2]). Мишу дѣлаетъ намъ честь и оспариваетъ возраженія, которыя мы пытались привести противъ этой теоріи; онъ пишетъ: «Дюги говоритъ: чтобы создать органъ, необходима уже воля... Возраженіе неосновательно. Органъ считается составляющимъ существенную часть юридическаго лица; онъ создается не послѣднимъ, а вмѣстѣ съ нимъ, создается тѣми соціальными силами, которыя вызвали его къ жизни и вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣлили его устройство. Коллективное лицо существуетъ только съ того момента, когда оно обладаетъ органами. Порядокъ назначенія и объемъ власти органовъ опредѣляются не юридическимъ лицомъ, а его первоначальными уставами, дѣломъ раньше существовавшихъ юридическихъ или физическихъ лицъ, которыя содѣйствовали его возникновенію. При отсутствіи уставовъ, эту роль восполняютъ обычаи, которые постепенно образуются въ предѣлахъ коллективности» [3]). Отвѣтъ очень остроумный и тонкій. Однако мы полагаемъ, что онъ не разрушаетъ нашего возраженія которое къ тому же имѣло въ виду только государство. Разсмотримъ, однако, здѣсь государство и другія юридическія лица. По отношенію къ государству разсужденія Мишу сводятся къ слѣдующему: государство возникаетъ самопроизвольно, снабженное тѣми органами, которые образуются въ немъ подъ вліяніемъ обычаевъ; точнѣе мысль Мишу выражена въ 1 прим. на стр. 137: «Въ дѣйствительности конституція государства дѣло не его самого, а тѣхъ силъ, которыя въ опредѣленный историческій моментъ оспариваютъ другъ у друга политическое руководство. Дѣломъ го-

---

[1]) *Théorie de la personnalité morale*, 1906.

[2]) См. стр. 131 и слѣд., поправки на стр. 138 и 139.

[3]) Стр. 136.

сударства можно считать только конституціонныя измѣненія, принятыя согласно требованіямъ предшествующей конституціи». Что конституціи государствъ вырабатываются подъ вліяніемъ соціальныхъ силъ, стоящихъ надъ волей людей, это вѣрно не только по отношенію къ вновь образующимся государствамъ, но и къ преобразованіямъ въ старыхъ государствахъ, и мы не видимъ основанія проводить въ этомъ отношеніи различіе между первоначальной конституціей какого-нибрдь государства и послѣдующими измѣненіями, внесенными въ эту конституцію. Мы вполнѣ допускаемъ существованіе этихъ соціальныхъ силъ, но эти силы, которыя вынашиваютъ право,—конституціонное право какого-нибудь государства, образуютъ безпорно силы человѣческія, слѣдовательно, силы психологическія. Мишу, конечно, не скажетъ, что это только физическія или физіологическія силы. Эти психологическія силы нуждаются въ сознаніи и въ волѣ, которыя служатъ ихъ основой. Мы согласны, что эти сознанія и воли индивидуальны; остается, однако, объяснить, какъ эти индивидуальныя сознанія и воли могутъ создать органъ, способный выражать волю коллективной личности, государства. Мишу совершенно не объясняетъ и, по всей вѣроятности, не будетъ въ состояніи объяснить этого Остается, слѣдовательно, только предположеніе, что эти психологическія силы покоятся на коллективномъ сознаніи и волѣ, что государство собственной волей само создаетъ себѣ органъ. Такимъ образомъ органъ создается волей, выразившейся помимо всякаго органа. И вотъ мы возвращаемся къ возраженію, формулированному уже раньше.

По отношенію къ другимъ, кромѣ государства, юридическимъ лицамъ мы охотно допускаемъ возможность утверждать, что само государство, признавая ихъ, или основатели, создавая ихъ въ согласіи съ законами, снабжаютъ ихъ органами, и они обладаютъ уже ими въ тотъ самый моментъ, когда они возникаютъ, благодаря рѣшенію воли, не принадлежащей имъ. Однако слѣдуетъ объяснить, еще какимъ образомъ одна или нѣсколько индивидуальныхъ воль могутъ установить эти организованныя юридическія лица, имѣющія собственное существованіе и обладающія полною реальностью, отличною отъ реальности тѣхъ индивидовъ, которые ихъ создаютъ. Въ этомъ въ концѣ-концовъ заключается вся

проблема юридической личности, которой мы вовсе не хотимъ обсуждать здѣсь. Намъ пріятно указать здѣсь, что Мишу своей прекрасной книгой замѣтно оказалъ содѣйствіе къ ея разрѣшенію [1]).

А. Высшій прямой органъ.

51. Прямое правленіе. — Говоря о высшемъ прямомъ органѣ, мы хотимъ обозначить этимъ именемъ націю, носительницу первоначальнаго суверенитета, поскольку она является организованной для выраженія своей роли. Матеріально невозможно, чтобы всѣ члены націи принимали участіе въ выраженіи національной воли. Объяснено уже, что принципъ національнаго суверенитета вовсе не предполагаетъ за всѣми членеми націи права участвовать въ осуществленіи суверенитета [2]). Каждая страна опредѣляетъ, кто считается наиболѣе способнымъ выражать эту волю: въ однихъ—сюда входятъ всѣ индивиды мужского пола, достигшіе совершеннолѣтія, независимо отъ условій ценза или особой правоспособности; въ другихъ—ставятся извѣстныя спеціальныя условія; въ однихъ — всѣ индивиды, причастные къ политической власти, обладаютъ только однимъ голосомъ; въ другихъ—число голосовъ каждаго можетъ измѣняться. Но не въ этомъ суть дѣла: собраніе индивидовъ, выражающихъ національную волю, со-

---

[1]) Для дальнѣйшей критики юридической теоріи органа ср. Schlossmann, *Organ und Stellvertreter*, *Jahrbücher* Іеринга, XLIV, 1902, стр. 300—301. По теоріи органа, кромѣ уже названныхъ авторовъ, ср. Preuss, *Ueber Organpersönlichkeit*, *Jahrbücher Шмоллера*, XXVI, 1902, стр. 136.

[2]) Ср. выше, § 23.

храняетъ всегда одинаковый характеръ; мы называемъ его корпусомъ гражданъ, или лучше *избирательнымъ корпусомъ*, потому что это выраженіе пользуется наибольшимъ распространеніемъ, хотя, какъ мы сейчасъ увидимъ, оно не всегда бываетъ точнымъ.

Корпусъ гражданъ не является органомъ въ смыслѣ вышеизложенной юридико-органической теоріи. Корпусъ гражданъ не является, тѣмъ болѣе, представительнымъ корпусомъ націи. Чтобы онъ имъ былъ, слѣдовало бы, чтобы корпусъ гражданъ пользовался отличнымъ отъ націи существованіемъ и чтобы нація могла выражать свою волю помимо его. Можно сказать, что парламентъ является представительнымъ органомъ націи, потому что она выражаетъ свою волю чрезъ парламентъ; но она могла бы выражать ее иначе. Наоборотъ, нельзя представить, чтобы нація выражала свою волю иначе, какъ чрезъ корпусъ гражданъ. Отсюда становится понятнымъ то, что мы хотѣли выразить выше, говоря, что корпусъ гражданъ, или избирательный корпусъ, является самой націей, поскольку она организована для выраженія своей воли. Такъ какъ по представленію французовъ нація является носительницей первичнаго суверенитета, то корпусъ гражданъ прямо выражаетъ первичный суверенитетъ. Вотъ почему мы называемъ его высшимъ прямымъ органомъ.

Установивши это, можно представить двѣ системы правленія. Сама нація или, точнѣе, корпусъ гражданъ, прямо выражаетъ суверенную волю и осуществляетъ сама различныя функціи государства. Этотъ родъ правленія называется по традиціонной терминологіи, *прямымъ правленіемъ*. Наоборотъ, кор-

пусъ гражданъ можетъ назначить одного или нѣсколькихъ индивидовъ, группу или нѣсколько группъ индивидовъ, которые и будутъ его представителями, т.-е. воля, которую они выразятъ, будетъ разсматриваться, какъ если бы она была самою волею корпуса гражданъ, націи. Этотъ родъ правленія называется *правленіемъ по представительству*, или *представительнымъ правленіемъ*.

Прямое правленіе въ своей полнотѣ предполагаетъ, что корпусъ гражданъ самъ осуществляетъ всѣ функціи государства,—функцію законодательную, административную и юрисдикціонную. Но существуетъ функція, которую онъ почти абсолютно не можетъ осуществлять,—функція административная. Невозможно матеріально, чтобы корпусъ гражданъ самъ совершалъ всѣ акты этой функціи и обнаруживалъ непрерывную дѣятельность, которую предполагаетъ исполненіе этой функціи. Самъ Руссо, апостолъ прямого правленія, объявляетъ, что абсолютное демократическое правленіе, т.-е. правленіе, при которомъ всѣ публичныя функціи осуществляются корпусомъ гражданъ, является невозможнымъ. «Если бы существовалъ народъ боговъ, онъ управлялся бы демократически» [1]). Въ древнихъ общинахъ, проводившихъ до послѣдней возможности принципъ прямого правленія, административныя функціи и большинство юрисдикціонныхъ осуществлялись магистратами, назначаемыми народомъ. Юрисдикціонная уголовная функція по нѣкоторымъ правонарушеніямъ въ Римѣ осуществлялась въ теченіе долгаго времени самимъ народомъ.

---

[1]) *Contrat social*, кн. III, гл. IV.

Функція по преимуществу осуществлявшаяся непосредственно всѣми гражданами въ цѣломъ, есть законодательная функція. Какъ извѣстно, въ греческихъ и римскихъ общинахъ прямой вотумъ закона собраніемъ народа былъ нормальнымъ и общимъ способомъ законодательства. Въ Римѣ, еще при Августѣ и Тиберіи были законы, вотированные комиціями [1]).

Въ современныхъ государствахъ прямое голосованіе законовъ народнымъ собраніемъ въ большинствѣ случаевъ фактически невозможно благодаря величинѣ территоріи и численности населенія. Такова причина, которая особенно должна была содѣйствовать принятію представительнаго образа правленія. Однако въ Европѣ есть нѣсколько небольшихъ государствъ, гдѣ еще до сихъ поръ примѣняется прямое голосованіе законовъ народнымъ собраніемъ. Таковы швейцарскіе кантоны: Ури, Швицъ и Унтервальденъ. Народное собраніе (Landsgemeinde) собирается въ извѣстное время въ публичномъ мѣстѣ, голосуетъ законы, дѣлаетъ постановленія по всѣмъ вопросамъ общаго интереса и назначаетъ должностныхъ лицъ. Это—настоящее прямое правленіе. Оно восходитъ, кажется, путемъ непрерывной традиціи къ конституціи германскихъ civitates, описанныхъ Тацитомъ [2]).

---

1) Girard, *Manuel de droit romain*, стр. 49.

2) См. Curti, *Le referendum*, франц. изд., 1905, особенно стр. 307; J. Signorel, *Etudes de législation comparée sur le referendum législatif*, 1896, и особенно Ryffel, *Die schweizerisshen Landsgemeinden*, 1904, Delpech *Referendum et Landsgemeinde suisses*, *Revue du droit public*, 1906, стр. 193; ibid., текстъ конституціи Верхняго Утервальдена, 27-го апрѣля 1902 г. и постановленіе о Landsgemeinde 23 марта 1895 г.

Но въ наше время прямое правленіе въ этомъ смыслѣ является совершеннымъ исключеніемъ. Напротивъ, въ ослабленной формѣ, которую иногда даже называютъ *полупредставительнымъ* правленіемъ [1]), и которая по существу состоитъ въ системѣ *референдума,* прямое правленіе встрѣчается въ значительномъ числѣ случаевъ въ нѣкоторыя эпохи какъ во Франціи, такъ и за границей. Законы обсуждаются и вотируются парламентомъ; но они не имѣютъ силы закона и не могутъ претендовать на повиновеніе гражданъ до тѣхъ поръ, пока не будутъ одобрены непосредственнымъ голосованіемъ въ собраніяхъ гражданъ. *Референдумъ* очень ясно отличается отъ *плебисцита.* Подъ *референдумомъ* разумѣется одна изъ составныхъ частей прямого правленія, плебисцитъ, напротивъ, имѣетъ тенденцію установить представительное правленіе; это—актъ, при посредствѣ котораго народъ делегируетъ верховную власть одному человѣку и иногда уполномочиваетъ его, сверхъ того, составить конституцію. Вотумъ 20 декабря 1851 г., давшій полномочіе принцу Луи-Наполеону составить конституцію на основаніи пяти положеній прокламаціи 2 декабря, былъ плебисцитомъ, а не *референдумомъ.*

Отъ *референдума* слѣдуетъ также отличать народное *veto*, которое, однако, приближается къ нему. Въ случаяхъ примѣненія народнаго *veto*, законъ вотируется парламентомъ, который и даетъ ему вмѣстѣ съ тѣмъ законную силу; но въ теченіе извѣстнаго срока, опредѣленнаго конституціей, и путемъ иниціативы, осуществленіе которой также опредѣляется

---

[1]) Esmein, *Revue du droit public*, 1895 г., I, стр. 15.

конституціей, можно обращаться непосредственно къ народу съ тѣмъ, чтобы выяснить, не желаетъ ли онъ протестовать противъ примѣненія закона. Народное veto равносильно тому, что иногда называютъ факультативнымъ референдумомъ, въ нѣкоторыхъ же случаяхъ для этого пользуются также названіемъ совѣщательнаго *референдума*. Здѣсь дѣло идетъ не о готовомъ законѣ, который предлагается на утвержденіе народа; это лишь проектъ закона, принципъ котораго предлагается на голосованіе народа съ тѣмъ, чтобы освѣдомить парламентъ и чтобы, въ случаѣ если въ принципѣ законъ принятъ, сообщить большій авторитетъ закону, который будетъ созданъ. Наконецъ нѣкоторыя страны,—именно, швейцарскіе кантоны,—удѣляютъ извѣстное мѣсто народной иниціативѣ: когда подъ предложеніемъ закона подписалось извѣстное количество лицъ, дѣятельность законодательнаго собранія считается правомѣрно возбужденной, и оно должно обсудить предложеніе, обязанное своимъ появленіемъ народной иниціативѣ.

Какъ слѣдуетъ смотрѣть на эти различныя системы, входящія въ составъ прямого народнаго правленія? По нашему мнѣнію, онѣ представляютъ серьезныя выгоды. Несомнѣнно прямое правленіе въ чистомъ видѣ непримѣнимо въ современныхъ крупныхъ государствахъ. Объ этомъ уже неоднократно говорено. Несомнѣнно также, что законодательное собраніе, составленное изъ образованныхъ и уважаемыхъ лицъ, болѣе компетентно въ обсужденіи и голосованіи законовъ, чѣмъ самъ народъ. Но мы думаемъ, однако, что, если настоящее прямое правленіе и невозможно, то система *референдума* можетъ съ пользою примѣняться. Одно изъ двухъ: или воля націи реальна или же является химерой. Если она реальна, то цѣлью, къ которой слѣдуетъ стремиться, должно быть, очевидно, установленіе возможно полнаго и постоян-

наго согласія между собраніемъ, которое вотируетъ законы, и національной волей въ моментъ, когда голосуется извѣстный законъ. Средствомъ же, которое представляется самымъ простымъ для реализаціи данной цѣли, является внесеніе текста закона въ собраніе гражданъ для обсужденія всякій разъ, когда можетъ возникнуть сомнѣніе насчетъ этого согласія. Продолжительность законодательной сессіи, разумѣется, должна быть въ нѣсколько лѣтъ. Четырехлѣтній періодъ, установленный французскимъ закономъ 30-го ноября 1875 г. (ст. 15), выбранъ, кажется, удачно. Болѣе короткій срокъ сдѣлалъ бы слишкомъ затруднительной работу парламента. Однако возникаетъ вопросъ, когда парламентъ работаетъ, напримѣръ, уже три года, можно ли утверждать, что онъ точно выражаетъ національную волю?

Эсменъ, который въ своихъ *Elements de droit constitutionnel* выступилъ съ настоящимъ обвинительнымъ актомъ противъ всѣхъ возможныхъ формъ прямого правленія, говоритъ, что система эта нехороша именно тѣмъ, «что голосованію народа подвергается весь законъ, какъ нераздѣльное цѣлое, что при такихъ условіяхъ голосованіе болѣе не свободно, такъ какъ голосующій часто оказывается передъ альтернативой: или отвергнуть законъ, въ принципѣ признаваемый имъ хорошимъ, благодаря какому-либо постановленію, которое онъ считаетъ недопустимымъ, или же принять это постановленіе, чтобы не отвергнуть цѣликомъ всего закона". Это вѣрно; но членъ парламента, который долженъ вотировать законъ въ цѣломъ, находится совершенно въ тѣхъ же самыхъ условіяхъ; и такое положеніе не является вовсе присущимъ только членамъ народнаго собранія, на обсужденіе котораго предложенъ законъ. Съ другой стороны, неудобство, отмѣченное Эсменомъ, намъ не представляется достаточнымъ для того, чтобы устранить систему референдума, которая безспорно представляетъ значительныя выгоды. Во всякомъ случаѣ, чтобы опредѣлить цѣнность *референдума*, нужно посмотрѣть, какіе результаты произвелъ онъ въ странахъ, гдѣ онъ функціонируетъ [1]).

---

[1]) См. Duthoit, *Le suffrage de demain*, 1901; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, стр. 372; Klein, *Ilreferendum legislativo*,

Извѣстно, что, согласно теоріи Руссо, представительство является дѣйствительнымъ отчужденіемъ суверенитета, и что народъ можетъ быть свободенъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ самъ вотируетъ законы. Руссо не отрицалъ вовсе собраній, состоящихъ изъ выборныхъ отъ народа и дѣлающихъ постановленія. Но, по его мнѣнію, собранія эти имѣютъ право вырабатывать только проекты, которые не могутъ сдѣлаться законами иначе, какъ путемъ народнаго голосованія. Вотъ это знаменитое мѣсто: «Суверенитетъ не допускаетъ представительства по той же причинѣ, почему онъ не можетъ быть отчужденъ. Онъ является по существу общей волей, а общая воля не можетъ быть представлена, она есть или именно эта воля или совсѣмъ другая,— середины здѣсь нѣтъ. Поэтому народные представители не служатъ и не могутъ служить ея *представителями*; они только ея *довѣренные*; они ничего не могутъ рѣшать окончательно. *Всякій законъ, не утвержденный самимъ народомъ—ничтоженъ: это вовсе не законъ.* Англійскій народъ считаетъ себя свободнымъ; онъ сильно ошибается. Онъ свободенъ только во время выборовъ членовъ парламента: какъ только послѣдніе избраны, онъ—рабъ, онъ—ничто» [1]).

Иногда приводятъ слѣдующее мѣсто изъ *Esprit des lois*, которое какъ будто бы подтверждаетъ, что Монтескье тоже былъ сторонникомъ прямого правленія: «Народъ, который обладаетъ верховною властью, долженъ самъ дѣлать все, что онъ можетъ хорошо сдѣлать, но то, чего онъ не можетъ сдѣлать хорошо самъ, онъ долженъ дѣлать чрезъ своихъ должностныхъ лицъ» [2]). Эсменъ справедливо замѣчаетъ, что Монтескье вовсе не имѣлъ въ виду выражать здѣсь какой-либо общій принципъ, но что въ этой главѣ, подъ названіемъ: *О республиканскомъ правленіи и законахъ въ демократіи*, онъ хотѣлъ только представить систему древнихъ демократій, которыя совершенно не знали представительнаго правленія. Именно въ этомъ смыслѣ говоритъ онъ далѣе: «Еще одинъ основной законъ демократіи—это то, что только народъ тво-

---

1905; Schwartz, *Das Volksstimmenhaus*, *Zeitschrift Grünhut'a*, 1906, стр. 403.

[1]) *Contrat Social*, кн. III, гл. 15. Ср. Кн. II, гл. I.

[2]) *Esprit des lois*, Кн. II, гл. 2.

ритъ законы». Несмотря на эти мѣста, вполнѣ правильно разсматривать Монтескье, какъ противника прямого и сторонника представительнаго правленія. Всѣ вѣроятія за то, что въ знаменитой 6 главѣ XI книги Монтескье изобразилъ, говоря объ англійской конституціи, ту форму правленія, которую онъ считалъ наилучшей. Такъ мы читаемъ тамъ: «Такъ какъ въ свободномъ государствѣ каждый человѣкъ, предполагается, имѣетъ свободную душу и долженъ самъ управлять собой, то необходимо, чтобы народъ, какъ цѣлое, обладалъ законодательною властью; но такъ какъ это невозможно въ большихъ государствахъ и сопряжено со многими неудобствами въ малыхъ, то необходимо, чтобы народъ дѣлалъ чрезъ своихъ представителей все, что онъ не можетъ сдѣлать самъ»... И еще: «Большинство древнихъ республикъ страдало однимъ большимъ недостаткомъ, состоящимъ въ томъ, что народъ въ нихъ имѣлъ право принимать активныя рѣшенія, требующія извѣстныхъ исполнительныхъ дѣйствій,—къ чему онъ совершенно не способенъ. Народъ долженъ принимать участіе въ управленіи только путемъ избранія своихъ представителей, что ему вполнѣ по силамъ, такъ какъ, если немного найдется лицъ, умѣющихъ съ точностью опредѣлять степени способностей людей, то каждый зато можетъ судить, въ общемъ, о томъ, насколько просвѣщенно избранное имъ лицо сравнительно съ большинствомъ другихъ» [1]). Весьма вѣроятно, что если бы Монтескье дожилъ до начала XIX столѣтія, онъ не написалъ бы этой фразы; онъ увидѣлъ бы, что въ дѣйствительности народъ совсѣмъ не умѣетъ избирать самыхъ просвѣщенныхъ, что въ своемъ выборѣ онъ часто руководствуется иными соображеніями, чѣмъ соображеніями о способностяхъ тѣхъ, кто домогается его голосовъ, и что, быть-можетъ, онъ болѣе способенъ вотировать хорошіе законы, чѣмъ выбирать самыхъ просвѣщенныхъ и самыхъ достойныхъ своихъ представителей.

Вліяніе Монтескье было преобладающимъ въ Національномъ Собраніи 1789 г. Тамъ также хотѣли организовать представительное правленіе: «французская конституція предста-

[1]) См. аналогичныя идеи у de Lolme, *La constitution de l'Angleterre*, кн. II, гл. 5, стр. 252, Paris, 1819.

вительная» [1]). Прямому правленію вовсе не было удѣлено мѣста. Отсюда не слѣдуетъ однако, чтобы тогда не было сдѣлано подобнаго рода предложеній. Въ сентябрѣ 1789 г. Петіонъ, Рабо Сентъ-Этьенъ, Дюпонъ де-Немуръ предлагаютъ уже, «чтобы въ случаѣ королевскаго *veto*, самый законъ былъ внесенъ на голосованіе въ первичныя собранія, которыя и отвѣчали бы путемъ *да* или *нѣтъ*». Но это предложеніе не было принято даже къ свѣдѣнію [2]). Позднѣе, 30 августа 1791 года, въ то время, когда приступили уже къ пересмотру и окончательному голосованію конституціи, Малуэ потребовалъ, чтобы конституція, которую проголосовали, «была предложена нація для свободнаго принятія". Но это предложеніе вызвало великое негодованіе собранія. «Наша конституція,—воскликнулъ Лешапелье,—скажу безъ преувеличеній, принята девяносто девятью сотыми націи» [3]).

Напротивъ, въ Конвентѣ, гдѣ взяли перевѣсъ идеи Руссо, хотѣли отвести широкое мѣсто прямому народному правленію. Былъ даже пунктъ, относительно котораго всѣ были согласны, именно, что конституціонные законы не могутъ окончательно голосоваться собраніемъ, которое вырабатываетъ только ихъ проекты, и что они считаются дѣйствительными лишь по одобреніи ихъ народомъ, послѣ непосредственнаго обращенія къ нему съ запросомъ. Этому способу слѣдовали конвенты Соединенныхъ Штатовъ Сѣверной Америки. Примѣръ заразителенъ: Франція тоже должна имѣть свой конвентъ; конституція, которую выработаетъ послѣдній, подобно американскимъ конституціямъ, будетъ предложена на утвержденіе народу. Съ другой стороны это неизбѣжное слѣдствіе того характера, который приписывается конституціи. Въ послѣдней, все подъ тѣмъ же опредѣляющимъ вліяніемъ Руссо, видятъ настоящій общественный договоръ. Условія этого договора могутъ быть предложены выборными отъ народа, но самый договоръ будетъ дѣйствителенъ только въ томъ случаѣ, если онъ принятъ народомъ. Эта идея была, пожалуй, справедлива для Америки, гдѣ создавались новыя государства, и гдѣ поэтому можно было разсматривать кон-

---

1) *Const. 1791*, тит. III, введ., ст. 2.

2) *Archiv parl.*, 1-ая серія, VIII, стр. 571, 573.

3) Ibid., XXX, стр. 64.

ституціи, какъ порожденіе общественнаго договора. Но ничего подобнаго не было во Франціи, которая существовала, какъ государство, вѣка. Конституціонный законъ былъ здѣсь такимъ же закономъ, организующимъ правительство, какъ и всякій другой. Ему можно было придать бо̀льшую торжественность, голосовать при особыхъ условіяхъ, но если *референдумъ* не считался необходимымъ для простыхъ законовъ, въ немъ не было вовсе никакой нужды и для законовъ конституціонныхъ. Тѣмъ не менѣе идея конституціоннаго договора овладѣла многими умами. 21 сентября 1792 г. Кутонъ говорилъ въ Конвентѣ: «Мы созваны со всѣхъ концовъ государства, чтобы выработать проектъ общественнаго договора. Я говорю—проектъ, потому что я увѣренъ въ общемъ желаніи передать на утвержденіе народа всѣ постановленія конституціи». Въ тотъ же день Дантонъ сказалъ: «Не можетъ существовать иной конституціи, кромѣ той, которая будетъ дословно принята большинствомъ голосовъ первичныхъ собраній». И Камбонъ „воздаетъ честь великому принципу, развитому гражданиномъ Дантономъ въ томъ смыслѣ, что представители французскаго народа не имѣютъ иныхъ полномочій, какъ только выработать проектъ конституціи» [1]). 21 сентября 1792 г. Конвентъ дѣйствительно единогласно вотируетъ слѣдующую резолюцію: «не можетъ существовать иной конституціи, кромѣ той, которая принята народомъ“. Согласно съ этимъ принципомъ конституціи 1793 г. и III года передаются на утвержденіе народа.

Но Конвентъ не удовольствовался однимъ провозглашеніемъ, что всякій конституціонный законъ долженъ быть одобренъ народомъ, онъ желалъ также, подъ вліяніемъ Руссо, привлечь народъ и къ участію въ приготовленіи простыхъ законовъ. Комитетъ, который подготовилъ проектъ конституціи, извѣстной подъ именемъ *жирондистской конституціи*, призналъ, что было бы невозможно предлагать на утвержденіи народа всѣ законы, но онъ предложилъ довольно сложную систему, которая сводилась къ праву народной *инициативы* и *veto* народа [2]).

---

[1]) *Moniteur*, Réimpression, XIV, стр. 6 и 7.

[2]) См. тит. VIII проекта жирондистской конституціи подъ заглавіемъ: *О контролѣ народа надъ дѣйствіями національнаго*

Извѣстно, что проектъ жирондистской конституціи, погубившій ея авторовъ, никогда не былъ вотированъ. Конституція монтаньяровъ 1793 г. стремилась также обезпечить народу участіе въ изготовленіи законовъ. Она различаетъ *декреты* и *законы*, провозглашаетъ, что законодательный корпусъ издаетъ декреты и предлагаетъ законы (ст. 53), и перечисляетъ предметы, которые должны быть объектомъ декрета (стт. 54 и 55). Законъ предлагается законодательнымъ собраніемъ и голосуется народомъ: таковъ принципъ. Но въ дѣйствительности конституція 1793 г. скорѣй устанавливаетъ народное *veto*, чѣмъ настоящій *референдумъ*. Если, спустя 40 дней послѣ разсылки по общинамъ законодательнымъ собраніемъ предложеннаго закона, въ большинствѣ департаментовъ болѣе одной десятой части первичныхъ собраній каждаго изъ нихъ не заявитъ протеста противъ закона, то проектъ считается принятымъ и становится *закономъ*.

Если протестъ былъ, законодательный корпусъ созываетъ первичныя собранія, которыя и вотируютъ уже текстъ закона (стт. 57—60). Конституція 1793 г. признавала также за народомъ извѣстное право иниціативы по вопросу о пересмотрѣ конституціи: «Если въ большинствѣ департаментовъ десятая часть первичныхъ собраній каждаго изъ нихъ, законнымъ образомъ составленныхъ, требуетъ пересмотра конституціоннаго акта... законодательный корпусъ обязанъ созвать всѣ первичныя собранія... чтобы выяснить, долженъ ли имѣть мѣсто національный Конвентъ» (ст. 115). Извѣстно, что эта конституція 1793 г. вовсе не получила примѣненія.

Съ тѣхъ поръ во Франціи система *референдума* никогда не примѣнялась иначе, какъ въ конституціонныхъ вопросахъ. Но она была совершенно искажена.

Ст. 6 конституціи 1852 г. и ст. 13 конституціи 1870 г. гласили, что президентъ республики, сначала, а потомъ императоръ, отвѣтственны передъ народомъ, къ которому всегда имѣютъ право апеллировать. Однако ни предѣлы этой отвѣт-

---

представительства и о правѣ петицій; Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France*, стр. 55; и докладъ Кондорсе, *Moniteur*, Réimpession, XV, стр. 456 и сл.

ственности, ни форма этой апелляціи къ народу не были опредѣлены, и Наполеонъ III никогда къ послѣдней не прибѣгалъ. Эсменъ (стр. 327) замѣчаетъ, что при отсутствіи какихъ-либо ограниченій этого права ничто не мѣшало Наполеону, по поводу извѣстнаго мѣропріятія или конфликта съ палатами, обратиться къ націи путемъ совѣщательнаго *референдума*.

Собраніе 1871 г., находясь всецѣло во власти идеи представительнаго правленія, нимало не помышляло о томъ, чтобы подвергнуть референдуму конституціонные законы, которые оно вотировало. Предложеніе, однако, въ этомъ смыслѣ ему было сдѣлано Наке согласно съ революціонной традиціей [1]).

Соединенные Штаты въ нѣкоторомъ смыслѣ являются классической страной учредительнаго референдума. Однако изъ 13 штатовъ, которые первоначально образовали этотъ союзъ, только два, Массачузетсъ (1718—1780) и Нью-Гэмпширъ (1779 — 1784) подвергли свои конституціи народному вотуму. Въ настоящее же время можно сказать, что этотъ принципъ признанъ во всѣхъ штатахъ американскаго союза, и что по конституціоннымъ вопросамъ народъ долженъ быть непосредственно привлеченъ къ обсужденію. Такъ можно резюмировать общую практику, принятую въ Американскихъ штатахъ. По вопросу о полномъ пересмотрѣ конституціи народъ долженъ быть запрошенъ о самомъ принципѣ пересмотра, и, если онъ голосуетъ за него, пересмотръ производится при посредствѣ Конвента, и опредѣленіе послѣдняго подвергается референдуму. Частичный пересмотръ (*amendements* по выраженію американцевъ) производится самимъ законодательнымъ органомъ, но онъ долженъ быть утвержденъ непосредственнымъ голосованіемъ народа,

Референдумъ практикуется также въ нѣкоторыхъ американскихъ штатахъ для обыкновенныхъ законовъ, особенно для законовъ финансовыхъ и избирательныхъ. Конституція Южной Дакоты 1899 г. установила народную иниціативу и факультативный референдумъ для всѣхъ законовъ.

---

[1]) Засѣданіе 28 января 1875 г., *Annales de l'Assémblée nationale*, XXXVI, стр. 338.

За исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда конституціи предписываютъ или разрѣшаютъ референдумъ, нѣкоторыя законодательныя собранія дѣлали попытки ввести референдумъ ратификаціи. Верховные суды нѣсколькихъ штатовъ объявили этотъ референдумъ неконституціоннымъ. Во многихъ штатахъ законодательныя собранія примѣняютъ совѣщательный референдумъ, т.-е. запрашиваютъ народъ о самомъ принципѣ закона, прежде чѣмъ его вотировать. Конституціонность подобнаго рода референдума не встрѣчала протеста.

Въ федеральномъ законодательствѣ референдумъ совсѣмъ не примѣнялся. Самая федеральная конституція не была предложена на утвержденіе американскаго народа, но только на утвержденіе законодательныхъ собраній штатовъ. Согласно буквальному смыслу ст. 5 конституціи, частичный пересмотръ вотируется конвентомъ и вступаетъ въ силу, разъ онъ былъ утвержденъ законодательными собраніями или конвентами, смотря по обстоятельствамъ, трехъ четвертой штатовъ [1]).

Конституціонное право Швейцаріи и кантоновъ отводитъ широкое мѣсто референдуму и народной иниціативѣ. Швейцарская конституція 20 мая 1802 г. была предложена собраніемъ нотаблей и вотирована народомъ. По смыслу федеральной конституціи 1848 г., всякая новая конституція и всякое измѣненіе конституціи должны быть одобрены народомъ. Сверхъ того, народъ получаетъ извѣстное право иниціативы по конституціоннымъ вопросамъ. Народъ служитъ третейскимъ судьей, когда вспыхиваетъ конфликтъ между обѣими частями федеральнаго законодательнаго собранія по вопросу о пересмотрѣ конституціи. Съ другой стороны, съ 1891 г. пересмотръ можетъ состояться по народной иниціативѣ, которая выражается въ подачѣ заявленія 50.000 швейцарскихъ гражданъ, имѣющихъ право голоса. Заявленіе должно быть облечено въ форму предложенія, составленнаго въ общихъ выраженіяхъ, или редактированнаго въ видѣ проекта. Если палаты принимаютъ этотъ проектъ, онѣ его

---

1) См. о референдумѣ въ Соединенныхъ Штатахъ Oberholtzer, *The referendum in Amerika*, 2-е изд., 1900, *Bryce, La République américaine*, франц. изд., II, стр. 113 и сл.

голосуютъ и подвергаютъ референдуму; если же онѣ его не принимаютъ, вопросъ о частичномъ пересмотрѣ подвергается народному голосованію. Если пересмотръ вотированъ, федеральное собраніе производитъ его согласно народному голосованію (стт. 118, 119 и 121 швейцарской конституціи, пересмотрѣнной въ 1891 г.)

Для федеральныхъ не конституціонныхъ законовъ допускается только факультативный референдумъ; законы эти должны подвергнуться народному голосованію, если подано заявленіе въ этомъ смыслѣ отъ 50.000 гражданъ или восьми кантоновъ [1]). 7 марта 1906 г. швейцарскій федеральный совѣтъ внесъ проектъ пересмотра федеральной конституціи въ смыслѣ введенія *законодательной инициативы народа.* Въ конституцію будетъ внесено нѣсколько новыхъ статей, особенно ст. 93 *bis*, § 1 которой составленъ слѣдующимъ образомъ: „Пятьдесятъ тысячъ активныхъ швейцарскихъ гражданъ или восемь кантоновъ имѣютъ право требовать выработки, измѣненія или отмѣны федеральнаго закона, а равно и измѣненія или отмѣны федеральнаго распоряженія, имѣющаго общее значеніе. Инициатива получаетъ дальнѣйшее дѣйствіе въ томъ только случаѣ, если федеральное собраніе заявитъ, что требованіе это не противорѣчитъ ни федеральной конституціи, ни обязательствамъ, налагаемымъ договорами» [2]).

Для кантоновъ референдумъ обратился въ общее право, такъ что Келлеръ могъ писать: «законодательная власть народа, въ формѣ обязательнаго или факультативнаго референдума, теперь вошла въ силу во всѣхъ швейцарскихъ кантонахъ, за исключеніемъ Фрибурга» [3]).

---

[1]) Швейцарская конституція 1874 г., ст. 89.

[2]) *Journal de Genève*, 8 и 10 марта 1906.

[3]) *Das Volksinitiative, meza* Zurich, 1889. Въ этой книгѣ мы находимъ очеркъ состоянія законодательства по данному вопросу во всѣхъ кантонахъ до 1889 г. Относительно измѣненій, имѣвшихъ мѣсто съ этого времени, слѣдуетъ обратиться къ *Annuaires des législation étrangère*, издаваемымъ Обществомъ сравнительнаго законодательства. По исторіи швейцарскаго референдума см. Curti, *Le referendum*, фр. изд., 1905.

Изъ этого краткаго анализа слѣдуетъ, что вмѣшательство народа въ законодательную дѣятельность путемъ референдума имѣетъ несомнѣнную тенденцію къ расширенію. Любопытно, что референдумъ одновременно проповѣдуютъ и радикалы, и консерваторы. Дѣло разъяснится, если обратить вниманіе на то, что референдумъ, съ одной стороны, въ теоріи является логическимъ воплощеніемъ демократическихъ принциповъ, а съ другой — въ Швейцаріи и Америкѣ онъ имѣлъ своимъ результатомъ задержку законовъ радикальнаго направленія. Такимъ образомъ, система референдума имѣетъ какъ бы двоякое преимущество: она обезпечиваетъ примѣненіе демократическихъ принциповъ и образуетъ противовѣсъ иногда слишкомъ смѣлымъ парламентскимъ реформамъ. Правда, говорятъ, что если референдумъ и не причинилъ много зла, то онъ помѣшалъ многому хорошему [1]). Это надо еще доказать. Намъ думается, что указанія на нѣкоторые отвергнутые проекты законовъ, какъ, напр., на проектъ закона объ арміи 1895 г., еще ничего не значатъ. Надо установить, что дѣйствительно тотъ или иной отвергнутый проектъ закона могъ бы быть въ высшей степени полезенъ. Гораздо ближе къ истинѣ, когда говорятъ, что швейцарскій народъ самъ, повидимому, не находитъ особеннаго интереса въ безпрерывныхъ голосованіяхъ, и что во Франціи было бы то же самое, т.-е., что система референдума, разъ она была бы введена, не дала бы иного результата, кромѣ возбужденія шумной борьбы и интригъ среди деревенскихъ политиковъ. Это возможно; но это

---

[1]) Esmein, *op. cit.*, стр. 345.

значитъ критиковать наши политическіе нравы, а вовсе не институтъ, который мы продолжаемъ разсматривать, какъ хорошій самъ по себѣ.

Можетъ ли въ настоящее время парламентъ во Франціи, подъ условіемъ примѣненія конституціонныхъ законовъ 1875 г., конституціоннымъ путемъ постановить, что вотированный имъ законъ будетъ подвергнутъ *референдуму*? Вопросъ былъ поставленъ въ 1901 г. по поводу закона объ ассоціаціяхъ. 29 марта 1901 г. Кюнео д'Орнано внесъ слѣдующее предложеніе: „Настоящій законъ, прежде опубликованія его, въ качествѣ государственнаго закона, будетъ предложенъ народу на голосованіе путемъ *референдума*, согласно стт. 19 и 20 конституціи 24 іюня 1793 г.". Предложеніе было отвергнуто, какъ не конституціонное, путемъ предварительнаго вопроса (question préalable) [1].

Мы полагаемъ, что это предложеніе было дѣйствительно не конституціонно, и что парламентъ нарушилъ бы конституцію, постановивъ референдумъ для ратификаціи. Авторы предложенія о референдумѣ говорили: «Конечно, конституціонные законы 1875 г. не говорятъ о *референдумѣ*, но они и не запрещаютъ его; все, что не запрещено, позволено. Такимъ образомъ, ничто не мѣшаетъ парламенту сдѣлать конституціонное постановленіе о ратификаціонномъ референдумѣ». На это мы отвѣтимъ: «Безъ сомнѣнія, конституція не ставитъ явныхъ препятствій референдуму; но она постановляетъ (см. конст. 25 февраля 1875 г., ст. 1, § 1), что «законодательная власть осуществляется двумя собраніями,—палатой депутатовъ и сенатомъ». Постановляя же, что текстъ закона будетъ предложенъ на утвержденіе народа, парламентъ тѣмъ самымъ постановляетъ, что законодательная власть будетъ отправляться парламентомъ и гражданами in corpore. Такимъ образомъ, онъ нарушаетъ 1 ст. § 1 конституціи 25 февраля 1875 г. Съ точки зрѣнія строгого права этотъ выводъ намъ представляется не подлежащимъ возраженію [2].

Напротивъ, мы думаемъ, что одна изъ палатъ и, во всякомъ случаѣ, парламентъ могли бы постановить совѣщатель-

---

[1] *J. off.* 30 марта 1901 г., Палата, стр. 1.032.

[2] См. въ этомъ смыслѣ Esmein, *op. cit.*, 3-е изд., стр. 289.

ный референдумъ, т.-е. постановить, что избирателямъ будетъ предложено высказаться по поводу принципа даннаго проекта закона, при чемъ, конечно, палаты сохранили бы за собой въ полной силѣ свою свободу. Эсменъ признаетъ, что въ данномъ случаѣ «по буквѣ конституціи нѣтъ препятствій», но онъ полагаетъ, что «смыслъ конституціи несомнѣненъ, и что подобное постановленіе не менѣе противорѣчитъ, чѣмъ и первое, духу представительнаго правленія» (стр. 289).

Изъ всего написаннаго Эсменомъ по этому вопросу, кажется, вытекаетъ, что, по его мнѣнію, духъ представительнаго правленія состоитъ по существу въ поглощеніи національной воли парламентской олигархіей. Такое пониманіе не можетъ не нравиться профессіональнымъ политикамъ. Мы составили себѣ, однако, другую идею представительнаго правленія и полагаемъ, что всѣ способы, направленные къ тому, чтобы обезпечить точное и постоянное соотвѣтствіе парламентской воли съ національной волей, превосходны и отвѣчаютъ самой сущности представительнаго правленія, что эти способы должны быть освящены нашими конституціонными законами и могутъ быть правильно и съ пользою примѣняемы всякій разъ, когда они не запрещены конституціей [1]).

52. Представительное правительство.—Въ большинствѣ современныхъ странъ нація осуществляетъ свой су-

---

[1]) См. Signorel, *Etude de législation comparée sur le referendum législatif*, 1896; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, стр. 373; Raiberti, рѣчь въ палатѣ депутатовъ 3 іюня 1905 г. съ предложеніемъ признать неотложность закона объ отдѣленіи церкви отъ государства съ тѣмъ, чтобы онъ могъ быть подвергнутъ совѣщательному референдуму; *J. off.*, Chambre, 1905 г., стр. 2680. Ср. *Проектъ* резолюціи, представленный 28 мая 1903 г. Вальяномъ и Аларомъ съ предложеніемъ провозгласить, что наступилъ моментъ для пересмотра конституціи и установленія права народной иниціативы и обязательнаго референдума; *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1903 г., стр. 501. *Докладъ* Маса (внесенный 21 іюля 1903 г.) съ заключеніемъ отъ имени 7-ой комиссіи иниціативы о принятіи къ свѣдѣнію; *J. off.*, *ibid.*, стр. 1029.

веренитѐтъ въ его различныхъ проявленіяхъ чрезъ представителей. Согласно принятому нынѣ выраженію, правительство является представительнымъ.

Съ совершенно общей точки зрѣнія, представительство имѣется всякій разъ, какъ проявленія одной воли считаются обладающими тою же цѣною и производящими то же послѣдствіе, какъ если бы они исходили отъ другой воли. Въ частныхъ отношеніяхъ мало-по-малу, подъ вліяніемъ практическихъ потребностей, выработалась юридическая теорія представительства. Юридическій актъ, сдѣланный представителемъ, производитъ тѣ же юридическія послѣдствія, какъ если бы онъ былъ сдѣланъ самимъ представляемымъ. Это представительство наступаетъ или въ томъ случаѣ, если есть порученіе, веденіе дѣлъ или установленіе юридическаго органа, или тогда, когда представительство создано закономъ. Обыкновенно представитель несетъ извѣстную отвѣтственность по отношенію къ представляемому; эта отвѣтственность имѣетъ основаніемъ не самое представительство, а отношеніе договорнаго или законнаго права, существующее между представителемъ и представляемымъ.

Въ современныхъ политическихъ отношеніяхъ идея представительства резюмируется въ слѣдующемъ: проявленія воли, исходящія отъ извѣстныхъ индивидовъ или извѣстныхъ группъ индивидовъ, имѣютъ ту же силу и производятъ то же послѣдствіе, какъ если бы они прямо исходили отъ націи. Но какъ въ частныхъ отношеніяхъ искали и нашли въ основѣ представительства отношеніе законнаго или договорнаго права,—порученіе, веденіе дѣлъ, такъ и въ публичныхъ отношеніяхъ искали юридическое отно-

шеніе и пытались дать юридическое построеніе политическому факту представительства. По этому пункту наше французское положительное право содержитъ законченную теорію.

Прежде чѣмъ изложить ее, не безполезно дать нѣсколько историческихъ указаній относительно политическаго факта представительства. Довольно часто говорятъ, что представительство есть фактъ, свойственный современной эпохѣ. Это не точно. Нашей эпохѣ свойственны лишь болѣе или менѣе искусственныя юридическія построенія, созданныя относительно политическаго представительства. Идея представительства не осталась неизвѣстной греческому и римскому античному міру. Законъ, правда, принимался непосредственно собраніемъ народа. Но повсюду, гдѣ прямое выступленіе народа исключается самою природою вещей, проявлялась идея представительства. Акты магистратовъ, независимо отъ какой бы то ни было юридической теоріи, разсматривались, какъ акты народа. Это представительство народа его магистратами особенно ярко обнаружилось въ моментъ установленія принципата, которое Моммсенъ характеризуетъ слѣдующимъ образомъ: „Какъ и предшествующая республика, принципатъ основывается на суверенитетѣ народа. Государственныя власти осуществляютъ не собственное право; всѣ они осуществляютъ путемъ представительства права народа. Самъ *princeps* есть не болѣе, какъ магистратъ» [1]). Главная идея заключается въ слѣдующемъ: императоръ получаетъ путемъ *lex regia* мандатъ, данный народомъ, и дѣлается такимъ образомъ *представителемъ* народа. Когда комиціи перестали собираться, сенатъ также получилъ представительную роль, хорошо отмѣченную въ извѣстномъ текстѣ Помпонія: „Deinde quia difficile plebs convenire coepit... necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit“ [2]). Идея представительства обнаруживается также въ характерѣ должности нѣкоторыхъ магистратовъ, именно преторіальскаго префекта и провинціальныхъ правителей, акты которыхъ разсматрива-

---

[1]) Mommsen, *Droit public romain*, франц. изд., 1895, V, стр. 6.

[2]) L. 2, § 9., D. *De origine juris*, I, 2; Ср. *Instit.*, I, II. 5.

лись, какъ исходящіе отъ императора [1]). Будучи прежде всего юристами, римляне связывали это представительство съ договоромъ мандата; и такимъ образомъ они создали ту теорію публично-правового мандата, которая должна была занять столь значительное,—по нашему мнѣнію даже слишкомъ значительное, — мѣсто въ современномъ публичномъ правѣ.

Въ средніе вѣка идея представительства политической власти исчезаетъ. Тѣмъ не менѣе, нѣкоторые хотѣли видѣть въ собраніяхъ, собираемыхъ германскими начальниками, а потомъ франкскими королями, отдаленные корни современныхъ парламентовъ [2]). Но это не вѣрно. Собранія, о которыхъ говоритъ Тацитъ [3]), повидимому, были общими собраніями народа, осуществляющаго, въ настоящемъ смыслѣ слова, прямое правительство. Что касается до собраній, собираемыхъ первыми меровингскими королями, они, повидимому, были лишь военными смотрами. Въ концѣ меровингской эпохи и при каролингахъ существуютъ *placita*, куда важныя свѣтскія и духовныя лица приходятъ съ толпою людей; являться на *placitum* есть для нихъ обязанность, а не право. Епископы и графы образуютъ совѣщательный совѣтъ короля; мнѣнія толпы не спрашиваютъ совсѣмъ. Съ того момента, какъ епископы и графы дѣлаются независимыми, эти собранія, разумѣется, измѣняютъ свой характеръ; король уже не совѣтуется съ ними, а вступаетъ въ переговоры. Во всемъ этомъ не видно ни одного признака представительной системы [4]) Элементы представительнаго режима появляются только съ того момента, когда въ Англіи образовался парламентъ, а во Франціи вошелъ въ употребленіе институтъ генеральныхъ штатовъ. Какъ типъ собранія генеральныхъ штатовъ можно указать на генеральные штаты въ Турѣ въ 1484 г.,

---

[1]) Ulpian., L. I, pr. D., *De officio procuratoris Caesaris*, I, 19. Ср. Mommsen, *Droit public romain*, франц. изд., 1895, V, 429.

[2]) Ср. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. 8.

[3]) *Germania*, гл. XI.

[4]) Ср. Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, 1888, стр. 63 и сл.; *Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, édit - Jullian, 1892, стр. 356 и сл.; Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, 2 изд., 1895, стр. 73.

на которыхъ заявлено было, что суверенная власть покоится въ народѣ, ибо народъ есть *даритель власти*, по энергическому выраженію Филиппа Потъ; народъ—это генеральные штаты; они могутъ указать, кто долженъ быть королемъ, который въ сущности есть лишь делегатъ народа, выражающаго свою волю на штатахъ [1]). Тѣмъ не менѣе, понятіе о представительствѣ всей націи генеральными штатами, составляющими единое, національное собраніе, не проникло въ сознаніе; оно было понято и осуществлено лишь въ 1789 г. Генеральные штаты являются собраніемъ представителей трехъ сословій націи; каждый изъ ихъ членовъ представляетъ лишь избирательную коллегію, выбравшую его; онъ связанъ инструкціями, данными ему этой коллегіей, которой онъ и долженъ отдать отчетъ. Представительство имѣется, но не такое, какимъ мы понимаемъ его въ настоящее время.

Несомнѣнно, Англія пришла раньше Франціи къ современному воззрѣнію на политическое представительство, хотя оно никогда не имѣло и теперь еще не имѣетъ по ту сторону Ламанша того характера, который ему даетъ наше публичное право. Начиная съ XVI вѣка, парламентъ, состоящій изъ палаты общинъ и собранія свѣтскихъ и церковныхъ пэровъ, дѣлается верховнымъ органомъ всей страны. Старое воззрѣніе, по которому графства, города и мѣстечки представляются депутатами отдѣльно, исчезаетъ. Блекстонъ могъ написать въ XVIII вѣкѣ: „Собраніе свѣтскихъ и церковныхъ пэровъ, вмѣстѣ съ общинами составляетъ въ настоящее время *regnum*, и, такимъ образомъ, отдѣльный членъ парламента есть часть представительства имперіи; его воля не есть воля коллективности, выбравшей его, а элементъ воли всей имперіи“ [2]). Слѣдуетъ добавить, что, начиная съ XVIII вѣка, съ точки зрѣнія чистаго права, англійскій парламентъ состоитъ не только изъ палаты лордовъ и палаты общинъ, но также и изъ короля. Понятый такимъ образомъ парламентъ суверененъ въ томъ смыслѣ, что онъ имѣетъ право издавать или не издавать любой законъ и „что англійскій законъ не признаетъ ни за однимъ человѣкомъ и ни за

---

[1]) *Journal de Jean Masselin*, discours de Philippe Pot, *Documents inédits de l'histoire de France*, 1835, стр. 149.

[2]) Blakstone, *Commentaires*, франц. изд., 1822, I, стр. 253.

однимъ учрежденіемъ права устранять или оставлять безъ вниманія законы, изданные парламентомъ“ [1]).

Во Франціи юридическая теорія политическаго представительства образовалась лишь въ 1789 и 1791 гг. Вопросъ о представительствѣ ставится не только для выборныхъ политическихъ собраній, но также и для собраній невыборныхъ, для избираемыхъ или наслѣдственныхъ главъ государства (ср. §§ 56, 58 и 59). Но спеціально и, главнымъ образомъ, въ виду выборныхъ политическихъ собраній была выработана въ положительномъ французскомъ правѣ юридическая теорія представительства, основанная на идеѣ мандата и выведенная непосредственно изъ воззрѣнія на націю, какъ на лицо.

По этой теоріи нація есть лицо, носитель суверенитета; она даетъ мандатъ другому лицу, парламенту, осуществлять этотъ суверенитетъ отъ его имени. Въ данномъ случаѣ имѣется налицо настоящій мандатъ; два субъекта мандата суть: съ одной стороны, нація, являющаяся тѣмъ, кто даетъ мандатъ, съ другой стороны, парламентъ, являющійся мандатаріемъ. Послѣдствіемъ этого мандата является представительство, такъ что выраженіе воли, исходящее отъ парламента, разсматривается, какъ если бы оно исходило отъ націи, и влечетъ за собою тѣ же послѣдствія. Суверенитетъ не распредѣляется между членами націи, ни между различными округами, назначающими депутатовъ; точно такъ же онъ не распредѣляется между членами парламента. Лишь весь парламентъ, образующій юридическое лицо, по-

---

[1]) Ср. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, франц. изд., 1902, стр. 35 и 36; Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., стр. 54 и сл.

лучаетъ мандатъ осуществлять этотъ суверенитетъ отъ имени всей націи.

По теоріи 1789—1791 гг., которая, какъ слѣдуетъ это отмѣтить, до сихъ поръ является теоріей нашего конституціоннаго права, существуетъ въ настоящемъ смыслѣ слова мандатъ. Часто говорятъ: политическое представительство, понятое такъ, какъ его понимаютъ французы, не есть мандатъ. Самъ Эсменъ пишетъ: «Совсѣмъ къ инымъ результатамъ приводитъ анализъ представительнаго правительства. Употребленіе въ этой области слова мандатъ есть лишь случайность, которая много содѣйствовала путаницѣ идей“ [1]). Эсменъ добавляетъ, что слово мандатъ есть пережитокъ стараго мандата, дѣйствительно даваемаго тремя сословіями различныхъ округовъ своимъ делегатамъ въ генеральные штаты.—Разумѣется, Собраніе 1789 г. хотѣло уничтожить принципы, руководившіе назначеніемъ депутатовъ въ генеральные штаты и опредѣлявшіе ихъ характеръ. Но неправильно было бы сказать, что слово мандатъ не соотвѣтствовало новому учрежденію. Уничтожены были лишь частные мандаты, даваемые каждымъ избирательнымъ округомъ своимъ депутатамъ. Понятіе же политическаго мандата не было уничтожено; только отнынѣ единою и недѣлимою націей давался лишь одинъ мандатъ единому и недѣлимому собранію. Представительное правительство въ томъ видѣ, какъ его понимали въ 1789—1791 гг., какъ его приняли и организовали наши послѣдующія конституціи, какъ оно было принято въ большинствѣ цивилизованныхъ странъ, несомнѣнно, покоится на идеѣ мандата. Сказать, какъ это дѣлаетъ Эсменъ [2]), что избранный депутатъ имѣетъ свои полномочія не отъ своихъ избирателей, значитъ формулировать, если и не ошибочное, но, по крайней мѣрѣ, неточное положеніе. Разумѣется, депутатъ не получаетъ мандата отъ назначающаго его округа, но парламентъ пріобрѣтаетъ свое право отъ избравшей его націи; парламентъ есть *представительный мандатарій* націи.

---

1) *Droit const.*, 4 изд., стр. 233. Ср. *Discussion* à l'Academie des sciences morales et politiques, 1889, *Séances et travaux,* CXXXI, 1889, стр. 297 и сл.

2) *Droit const.*, 4 изд., стр. 234.

Однако это понятіе о мандатѣ, даваемомъ націей собранію, было принято не безъ дебатовъ, въ которыхъ ясно выступаетъ мысль Учредительнаго Собранія. Въ засѣданіи 5 сентября 1789 г. Петіонъ формулируетъ теорію повелительнаго мандата: «Члены законодательнаго корпуса,—говоритъ онъ,—суть уполномоченные, граждане, избравшіе ихъ,—довѣрители; слѣдовательно, эти представители подчинены волѣ тѣхъ, отъ кого они получили свою миссію и свои полномочія. Мы не видимъ никакой разницы между этими и обыкновенными уполномоченными; и тѣ и другіе дѣйствуютъ на одинаковомъ основаніи; они имѣютъ одинаковыя обязанности и одинаковый долгъ» [1]). Восторжествовала не эта доктрина, а теоріи Сіейеса. Но и этотъ остерегается заявить, что нѣтъ мандата; наоборотъ, есть мандатъ; но этимъ мандатомъ является національное желаніе; если депутатъ не можетъ получить мандата отъ назначившаго его округа, то лишь потому, что онъ есть депутатъ всей націи, и что округъ, который далъ бы ему спеціальный мандатъ, узурпировалъ бы права единственной суверенной націи, отъ которой одной можетъ исходить мандатъ. „Депутатъ,—заявляетъ Сіейесъ,—есть депутатъ всей націи; всѣ граждане—его вѣрители; слѣдовательно, такъ какъ вы не захотите, чтобы въ окружномъ собраніи тотъ, кто былъ избранъ, обязался представлять желанія небольшого числа противъ желанія большинства, вы не должны также еще съ большимъ основаніемъ желать, чтобы депутатъ всѣхъ гражданъ королевства слушалъ пожеланія жителей одного какого-нибудь округа или муниципалитета вопреки желанію всей націи. Такимъ образомъ нѣтъ и не можетъ быть для депутата повелительнаго мандата или даже положительнаго пожеланія, кромѣ *національнаго*“ [2]). Послѣ этого нельзя говорить, что представительная система, понятая въ духѣ 1789—1791 гг., исключаетъ идею мандата; наоборотъ, она цѣликомъ покоится на этой идеѣ. Только мандатъ дается не избирательнымъ округомъ избранному имъ депутату, а всею націею избранному ею собранію; и это послѣднее представляетъ націю, т.-е., въ силу полученнаго сю мандата, выраженная ею воля разсматривается, какъ воля самой націи.

---

[1]) *Archiv. parlem.*, I серія, VIII, стр. 582.

[2]) *Archiv. parlem.*, I серія, VIII, стр. 583.

Эта теорія представительства часто называется теоріей *представительнаго мандата*. Она обозначаетъ, что депутатъ не является уполномоченнымъ округа, который его выбралъ и который былъ образованъ лишь вслѣдствіе матеріальной невозможности установить для всей страны единую избирательную коллегію. Если бы депутатъ былъ уполномоченнымъ своего округа и связанъ полученными отъ него инструкціями, то одинъ округъ навязалъ бы свою волю всему коллективному цѣлому, волю котораго долженъ выражать депутатъ. Слѣдовательно, всякія инструкціи, данныя округомъ депутату, ничтожны и не имѣютъ никакого значенія; и депутатъ нисколько не связанъ обѣщаніемъ объ отставкѣ, которое онъ далъ бы заранѣе своимъ избирателямъ. Въ этомъ состоитъ запрещеніе *повелительнаго мандата*.

Эти выводы изъ теоріи представительнаго мандата формулированы во многихъ текстахъ нашихъ конституцій и политическихъ законовъ. Въ ст. 7 разд. III гл. I тит. III конституціи 1791 г. мы читаемъ: «Представители, назначенные департаментами, будутъ представителями не отдѣльнаго департамента, а всей націи, и имъ нельзя давать никакого мандата». То же положеніе находится въ стт. 34 и 35 конституціи 1848 г. И ст. 13 нынѣ дѣйствующаго органическаго закона 30 ноября 1875 года гласитъ: «Всякій повелительный мандатъ ничтоженъ и не имѣетъ никакого значенія». Этотъ текстъ обозначаетъ, что законодатель 1875 г. принялъ только что изложенную теорію представительства.

Положеніе ст. 13 закона 30 ноября 1875 г. толкуется въ томъ смыслѣ, что принятіе депутатомъ повелительнаго мандата и даже его подпись подъ обѣщаніемъ объ отставкѣ,

даннымъ передъ выборами, не аннулируютъ выборовъ, но депутатъ нисколько не связанъ инструкціями, которыя ему были даны передъ выборами и которыя онъ формально принялъ, а президентъ палаты не долженъ обращать никакого вниманія на прошеніе объ отставкѣ, которое ему будетъ послано избирателями и которое депутатъ подписалъ передъ выборами.

Въ 1888 году Клюзерэ былъ избранъ въ департаментѣ Варъ съ повелительнымъ мандатомъ. Въ моментъ повѣрки полномочій этого депутата могъ возникнуть вопросъ о повелительномъ мандатѣ; палата его даже не разсматривала, а признала выборы дѣйствительными.—Два депутата отъ Парижа, Дежантъ и Грусье, выдали передъ общими выборами 1893 г. своимъ комитетамъ подписанныя ими заранѣе прошенія объ отставкѣ. Эти прошенія объ отставкѣ были посланы комитетами въ 1896 г. президенту палаты депутатовъ, который вполнѣ справедливо заявилъ, что онъ разсматриваетъ эти отставки, какъ неимѣющія никакого значенія [1]).

Многія иностранныя конституціи и избирательные законы содержатъ положенія, аналогичныя положеніямъ французскаго права. Мы укажемъ, въ видѣ примѣра, на ст. 29 конституціи Германской имперіи 1871 г.: „Члены рейхстага представляютъ весь народъ и не связаны никакимъ мандатомъ, ни инструкціей“, на ст. 32 бельгійской конституціи 1871 г.: „Члены обѣихъ палатъ представляютъ націю, а не назначившую ихъ провинцію или подраздѣленіе провинціи“, на ст. 91 швейцарской конституціи 1874 г.: «Члены обоихъ совѣтовъ вотируютъ безъ инструкцій». Большинство избирательныхъ законовъ и конституцій Соединенныхъ Штатовъ запрещаетъ повелительный мандатъ. Въ Англіи нѣтъ закона по этому вопросу; но, по мнѣнію англійскихъ юрисконсультовъ, является основной нормою то, что депутаты обладаютъ полной независимостью и абсолютной свободой, и уже въ концѣ XVIII вѣка Блекстонъ писалъ: „Каждый членъ, хотя и избранный отъ отдѣльнаго округа, разъ онъ выбранъ, есть представитель всего королевства“ [2]).

---

[1]) См. по этимъ вопросамъ Dandurant, *Le mandat impératif*, 1896; Briol, *Du mandat législatif*, 1905.

[2]) Blakstone, *Commentaires*, франц. изд., 1822, I, стр. 227.

Изъ того, что депутатъ не связанъ инструкціями или мандатомъ, которые ему дали его избиратели, не слѣдуетъ, однако, заключать, какъ это дѣлаетъ Эсменъ [1]), что „въ границахъ ввѣренной имъ компетенціи депутаты призваны рѣшать свободно, *произвольно* отъ имени народа, который, предполагается, желаетъ чрезъ посредство ихъ воли и говоритъ ихъ устами». Безъ сомнѣнія, de jure депутатъ не долженъ давать никакого отчета избирателямъ округа, который его назначилъ; этотъ округъ не имѣетъ никакого права; признаніе за нимъ этого права противорѣчило бы самому принципу единаго и недѣлимаго національнаго суверенитета. Но собраніе въ цѣломъ должно дать отчетъ избирательному корпусу, взятому въ цѣломъ, въ полученномъ имъ мандатѣ. Эта идея мандата есть самая основа французской теоріи представительнаго режима. Слѣдовательно, депутаты не могутъ рѣшать произвольно, такъ какъ собраніе, которое они составляютъ, должно рѣшать согласно съ мандатомъ, которые оно получило отъ націи, «согласно національному желанію», по выраженію Сіейеса. Общіе выборы, которые должны происходить чрезъ достаточно близкіе промежутки времени, имѣютъ какъ разъ своею цѣлью дать возможность націи оцѣнить, насколько представители выполнили данный имъ ею мандатъ. Какъ уже было сказано (§ 51), учрежденія, имѣющія цѣлью гарантировать, по мѣрѣ возможности, точное соотвѣтствіе вотумовъ парламента съ національной волей, въ принципѣ прекрасны и составляютъ необходимое дополненіе представительнаго режима. *Референдумъ* есть одно изъ такихъ учрежденій. То же самое слѣдуетъ сказать о роспускѣ парламента главою государства, что позволяетъ народу сказать, дѣйствуетъ ли парламентъ въ согласіи съ даннымъ мандатомъ.

Избирательный корпусъ можетъ выражать свою волю только при посредствѣ большинства, которое составится въ различныхъ избирательныхъ округахъ. De jure,—мы охотно это признаемъ,—избирательные округа—ничто; de facto, безъ нихъ нельзя обойтись; именно въ избирательныхъ округахъ образуются мнѣнія, даются рѣшенія и происходятъ выборы. Вслѣдствіе этого, между депутатами и ихъ округами обра-

[1]) Esmein, *Droit constitutionnel*, 4 изд., стр. 307.

зуются болѣе тѣсныя сношенія. De jure, депутаты являются представителями всей страны; палата въ цѣломъ получаетъ мандатъ отъ всей страны. De facto, самой силою вещей особенно тѣсныя узы соединяютъ депутатовъ съ ихъ округами. Эти узы будутъ дѣлаться все болѣе крѣпкими по мѣрѣ того, какъ партіи получатъ болѣе полную организацію, и особенно когда будетъ введено, вѣроятно въ ближайшемъ будущемъ, пропорціональное представительство. Впрочемъ, признаніе этихъ особенно тѣсныхъ отношеній между депутатами и его округомъ вполнѣ мирится съ системой представительнаго мандата, какъ мы ее понимаемъ, и какъ она, по нашему мнѣнію, вытекаетъ изъ французскихъ законовъ; но оно не мирится съ системой представительнаго мандата, какъ ее излагаетъ Эсменъ. Юридическая теорія, которая совершенно игнорируетъ явные факты, тѣмъ самымъ уже осуждена; всякая юридическая теорія, которая не вполнѣ отвѣчаетъ фактамъ, не имѣетъ цѣны. Слѣдуетъ добавить, что съ теоріей, утверждающей, что депутатъ вполнѣ независимъ отъ своихъ избирателей, нельзя объяснить практики, которой слѣдуютъ во Франціи и за границей, и по которой вотумъ депутатовъ происходитъ публичнымъ голосованіемъ, дабы ихъ избиратели знали характеръ ихъ вотума и могли, въ случаѣ нужды, спросить у нихъ объясненій. Это практика настолько общепринята, что въ ней нельзя видѣть простого исключенія изъ истинныхъ правилъ представительнаго режима.

Изъ теоріи представительнаго мандата часто дѣлаютъ тотъ выводъ, что депутаты являются настоящими чиновниками и только чиновниками. Трудно дать иное рѣшеніе; однако эти чиновники находятся въ совсѣмъ особомъ положеніи. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ получаетъ мандатъ отъ всей націи въ цѣломъ парламентъ, такъ какъ издаетъ законъ и рѣшаетъ онъ же, то депутаты поглощаются парламентомъ; юридически они—ничто; одинъ парламентъ имѣетъ волю, юридическую личность, власть и права. Но въ дѣйствительности вотируютъ, дѣйствуютъ, говорятъ, законодательствуютъ депутаты. Какой же, послѣ этого, ихъ настоящій характеръ? Въ доктринѣ повелительнаго мандата ихъ положеніе очень опредѣленно: депутаты, какъ довѣренные своихъ избирателей, являются, подъ контролемъ послѣднихъ, носителями субъе-

ктивнаго права на осуществленіе той доли суверенитета, которая принадлежитъ ихъ избирателямъ. Въ доктринѣ представительнаго мандата рѣшеніе болѣе трудно, такъ какъ логически они должны бы быть ничѣмъ, а на дѣлѣ они все и дѣлаютъ все. Повидимому, наименѣе плохое рѣшеніе состоитъ въ томъ, что депутаты признаются чиновниками; они облечены, въ силу закона, объективною властью выражать волю парламента, являющагося представителемъ національной воли. Такимъ образомъ въ силу закона они обладаютъ извѣстной компетенціей, и это свойственно чиновникамъ. Но такъ какъ эта компетенція состоитъ въ выраженіи воли представительнаго органа, то они являются чиновниками, находящимися въ совсѣмъ особомъ положеніи, объясняющемъ иммунитетъ, которымъ они надѣлены во всѣхъ странахъ, примѣняющихъ представительный режимъ.

Изъ теоріи представительства, основывающагося на мандатѣ, даваемомъ націей парламенту, какъ мы только что ее изложили и какъ она выражена въ текстахъ французскаго права, слѣдуетъ, что представительный характеръ могутъ имѣть лишь выборныя учрежденія. Мы не говоримъ, что всѣ выборныя учрежденія имѣютъ представительный характеръ, а только, что невыборное учрежденіе не можетъ имѣть представительнаго характера. Такимъ образомъ, напримѣръ, наслѣдственныя или назначенныя монархомъ политическія собранія не могутъ имѣть представительнаго характера. Иногда утверждали противное; ниже, въ § 53, мы увидимъ, что нѣкоторыя теоріи политическаго представительства приходятъ къ тому заключенію, что даже невыборныя собранія могутъ имѣть представительный характеръ. Намъ это кажется противорѣчащимъ очевиднымъ фактамъ, и французская теорія, думается намъ, представляетъ по этому поводу очень точное юридическое построеніе. Такъ какъ представительное учрежденіе имѣетъ

ту существенную черту, что выражаетъ національную волю, то трудно было бы представить, что учрежденіе можетъ имѣть власть выражать національную волю, когда оно возникло безъ всякаго участія тѣхъ воль, соединеніе которыхъ образуетъ эту національную волю.

Иногда указываютъ, какъ на выводъ изъ теоріи представительнаго мандата, на то, что «населеніе должно быть единственной основой представительства; что всякое другое распредѣленіе извратило бы національный суверенитетъ, слѣдующій закону числа» [1]). Изъ этого слѣдовало бы, что нельзя, не нарушивши истинныхъ принциповъ представительнаго правительства, организовать пропорціональнаго представительства партій, ни представительства соціальныхъ группъ и профессіональнаго представительства. Нѣтъ, по нашему мнѣнію, идеи болѣе ложной, чѣмъ эта: страна дѣйствительно владѣетъ представительнымъ режимомъ только тогда, когда она имѣетъ пропорціональное и профессіональное представительство; ни то, ни другое не противорѣчитъ французской теоріи представительнаго мандата (ср. §§ 56 и 57).

Иногда также говорили, особенно въ моментъ принятія конституціи 1848 г., что система двухъ палатъ несовмѣстима съ истинными принципами представительства національной воли. Въ § 56 мы покажемъ, что это не такъ.

До сихъ поръ мы предполагали, что представительство національной воли принадлежитъ одному собранію, что́ чаще всего и имѣетъ мѣсто.

---

1) Esmein, *Droit constit.*, 4 изд., стр. 231.

Но ничто не мѣшаетъ, даже по теоріи представительнаго мандата, тому, чтобы нація дала мандатъ одному лицу быть ея представителемъ. Французская теорія представительнаго мандата остается той же, будетъ ли данъ мандатъ коллективности или одному лицу. Идея представительства народа однимъ человѣкомъ существовала уже въ передачѣ путемъ lex regia трибунской власти народа первымъ римскимъ императорамъ. Конституція 1791 г. (тит. III, введ., ст. 2) заявляетъ, что представителями націи являются: «законодательный корпусъ и король». Въ конституціи 1848 г. мы читаемъ: «французскій народъ *делегируетъ* исполнительную власть гражданину, получающему титулъ президента республики» (ст. 43). Какъ извѣстно, президентъ республики долженъ былъ избираться на четыре года путемъ прямого и всеобщаго голосованія. Наконецъ Наполеонъ III, по примѣру Наполеона I, постоянно объявлялъ себя представителемъ народа. По имперіалистической теоріи, плебисциты Первой Имперіи и 1851 и 1852 гг. не что иное, какъ мандаты, данные народомъ обоимъ Наполеонамъ. Нигдѣ болѣе отчетливо не утверждена эта идея мандата, какъ въ ст. 5 конституціи 1852 г., воспроизведенной въ ст. 13 учредительнаго сенатусконсульта 1870 г.: «президентъ республики (императоръ) отвѣтственъ предъ французскимъ народомъ, апеллировать къ которому онъ всегда имѣетъ право».

Итакъ, нѣтъ сомнѣнія, что наши французскія конституціи, хотя и провозглашали принципъ національнаго суверенитета, допускали, однако, возможность представительства въ пользу одного человѣка. Но такое представительство возбуждаетъ рядъ

вопросовъ. Можетъ ли представительная власть быть дана пожизненно одному человѣку, безъ нарушенія принципа національнаго суверенитета? Можетъ ли представительная власть быть дана одному человѣку на основаніи наслѣдственности, безъ нарушенія національнаго суверенитета? Другими словами, совмѣстима ли наслѣдственная монархія съ національнымъ суверенитетомъ? Вопросъ будетъ разсмотрѣнъ въ § 58.

Наконецъ, можетъ случиться, что представительная власть дается нѣсколькимъ учрежденіямъ или одному учрежденію и одному лицу вмѣстѣ, какъ, напр., въ конституціи 1791 г. «законодательному корпусу и королю» (тит. III, введ., ст. 29), въ конституціи 1848 г. національному собранію и президенту республики. Въ этомъ случаѣ возникаетъ другой вопросъ: делегируется ли суверенитетъ en bloc органамъ, которые будутъ осуществлять его сообща, путемъ сотрудничества? Или, наоборотъ, различныя прерогативы суверенитета раздѣляются и даются въ отдѣльности всѣмъ органамъ представительства? Этотъ знаменитый вопросъ о раздѣленіи властей будетъ разсмотрѣнъ въ § 54.

53. **О нѣкоторыхъ особыхъ теоріяхъ политическаго представительства.**—Изложенная выше доктрина *представительнаго мандата* есть доктрина положительнаго французскаго права, но она отвергается многими знатоками. Не безполезно указать на существенные элементы нѣкоторыхъ другихъ теорій.

Доктрина повелительнаго мандата.—Изложенная Петіономъ въ Національномъ Собраніи 1789 г. [1]), она до сихъ поръ защищается цѣлою политическою школою. Исходятъ изъ того положенія (выставленнаго Руссо, хотя оно и противорѣчитъ идеѣ *совокупнаго я* и національнаго суверенитета), что ка-

[1]) 5 сентября 1789 г., *Archives parlem.*, 1 серія, VIII, стр. 582.

ждый членъ націи есть носитель одной доли суверенитета, опредѣляемой по числу индивидовъ, составляющихъ націю, и разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ: граждане, носители въ отдѣльности части суверенитета, осуществляютъ свое право, участвуя въ выборахъ и назначеніи депутата; слѣдовательно, депутатъ можетъ имѣть свои полномочія лишь отъ тѣхъ лицъ, кто его назначилъ; и такъ какъ депутатъ не дѣлается концессіонеромъ этого суверенитета, который неизмѣнно сохраняется у избирателей, то онъ можетъ быть лишь ихъ довѣреннымъ. Депутатъ не является довѣреннымъ всей націи; это лишь фикція; депутатъ есть довѣренный округа, т.-е. группы назначившихъ его избирателей.

Въ силу этого, депутатъ подчиненъ всѣмъ обязательствамъ, падающимъ на довѣреннаго. Всякій довѣритель можетъ ограничить даваемый имъ мандатъ; точно такъ же и избиратели могутъ заранѣе указать поведеніе, котораго долженъ придерживаться ихъ депутатъ; и этотъ послѣдній долженъ сообразоваться съ полученными инструкціями и вотировать въ смыслѣ, заранѣе указанномъ его избирателями. Всякій мандатарій, нарушающій свой мандатъ, можетъ быть отозванъ своимъ комметентомъ, или во всякомъ случаѣ не обязуетъ его; довѣритель можетъ во всякій моментъ отозвать своего довѣреннаго. Все это, говорятъ, вѣрно и для депутата. Актъ депутата, противорѣчащій полученному имъ мандату, не имѣетъ цѣны по отношенію къ его довѣрителямъ и можетъ повлечь за собою его отозваніе. Впрочемъ, избиратели могутъ всегда отозвать своего депутата, если они болѣе не имѣютъ къ нему довѣрія. Эта абсолютная зависимость депутата по отношенію къ избирателю именно и составляетъ *повелительный мандатъ*. На практикѣ пытались дать ему санкцію подписаннымъ заранѣе прошеніемъ объ отставкѣ, которое депутатъ передавалъ своему комитету передъ выборами.

Эта система повелительнаго мандата практиковалась въ генеральныхъ штатахъ, которые дѣйствительно составлялись изъ довѣренныхъ лицъ отъ знати, духовенства и третьяго сословія каждаго округа. Но мы видѣли (§ 52), что эта система находится въ абсолютномъ противорѣчіи съ текстами нашего положительнаго права. Хотя доктрина повелительнаго мандата поддерживается вообще радикальной партіей,

которая хвастается тѣмъ, что защищаетъ истинные демократическіе принципы, она явно противорѣчитъ принципу національнаго суверенитета. Въ самомъ дѣлѣ, суверенитетъ есть, въ силу самаго опредѣленія, единая и недѣлимая воля націи; ни индивиды, ни группы, взятые отдѣльно, не имѣютъ ни одной частицы суверенитета; слѣдовательно, ни индивиды, ни группы не могутъ дать депутату какого-нибудь мандата осуществлять отъ ихъ имени суверенитетъ, котораго они не имѣютъ.

Съ политической и практической точки зрѣнія система повелительнаго мандата недопустима. Прежде всего съ повелительнымъ мандатомъ не имѣли бы ни преимуществъ прямого правительства, такъ какъ къ народу не обращались бы съ прямой консультаціей, ни преимуществъ представительнаго правительства, такъ какъ депутаты, связанные инструкціями своихъ избирателей, не могли бы принести странѣ выгоды отъ своихъ спеціальныхъ способностей, и имѣли бы недостатки обоихъ родовъ правительства. Наконецъ было бы почти невозможно обезпечить функціонированіе повелительнаго мандата на справедливыхъ условіяхъ. Опытъ показываетъ, что въ дѣйствительности этотъ мнимый мандатъ дается комитетами, болѣе или менѣе вліятельными въ округѣ, которые часто представляютъ лишь ничтожное число избирателей и не имѣютъ другого авторитета, кромѣ того, который сами себѣ приписываютъ [1]).

Въ послѣдніе годы было довольно много законодательныхъ предложеній, имѣющихъ цѣлью установить законодательное признаніе повелительнаго мандата. Однимъ изъ наиболѣе интересныхъ было предложеніе Корнюде [2]).

Представительное правительство въ юридико-органической доктринѣ.—По мнѣнію большинства авторовъ, допускающихъ

---

[1]) Ср. Dandurand, *Le mandat impératif*, 1891.

[2]) 16 ноября 1896 г. *Jour. offic., Doc. parlem.*, Chambre, 1896, стр. 1559.—Ср. предложеніе Э. Вайяна и Аллара относительно демократической организаціи всеобщаго избирательнаго права, которое допускало повелительный мандатъ; 9 іюня 1901 г., *Jour. offic., Doc. parlem.*, Chambre, sess. ord., 1903, стр. 569.

юридико-органическую теорію, нація есть органъ, функція котораго состоитъ въ избраніи, а парламентъ—органъ, функція котораго состоитъ въ рѣшеніи при извѣстныхъ условіяхъ; между парламентомъ и націей нѣтъ никакого правового отношенія. Выраженіе *представительство* можетъ имѣть смыслъ съ политической точки зрѣнія; съ юридической же точки зрѣнія оно его не имѣетъ. Нація есть прямой творческій органъ; парламентъ есть прямой созданный органъ; и тотъ и другой получаютъ свои правомочіи изъ конституціи, и не оказываютъ дѣйствія одинъ на другой. Лабандъ, говоря о рейхстагѣ Германской имперіи, очень отчетливо изложилъ это воззрѣніе: «данное членамъ рейхстага названіе представителей совокупности народа не имѣетъ положительнаго юридическаго значенія; съ юридической точки зрѣнія, члены рейхстага не являются ничьими представителями; ихъ полномочія не произошли отъ другого субъекта права; они непосредственно покоятся на имперской конституціи» [1]). Мишу, повидимому, принимаетъ эту теорію безъ всякихъ оговорокъ. Въ самомъ дѣлѣ, онъ пишетъ: «это понятіе (представительства) не должно быть переводимо юридически, какъ долгое время пытались это сдѣлать, идеей націи—лица, отдѣльнаго отъ государства и дающаго своимъ представителямъ мандатъ управлять отъ его имени. Нація, въ дѣйствительности, не имѣетъ никакого отдѣльнаго юридическаго существованія... Точно такъ же было бы ошибкой видѣть въ націи органъ государства... Въ дѣйствительности органами государства являются избиратели, организованные въ избирательныя коллегіи. Избраніе—не мандатъ, данный избирателями, а только выборъ» [2]).

Эта теорія имѣетъ тотъ важный недостатокъ, что не признаетъ фактовъ. Хотятъ ли этого или нѣтъ, между избирателями и избранными устанавливаются отношенія. Говорятъ,

---

1) Laband, *Droit public,* франц. изд., 1900, I, стр. 443. См. тождественную теорію Orlando, *Fondement de la représentation politique, Revue du droit public,* 1895, I, стр. 22; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle,* 1899, II, стр. 138.

2) Michoud, *La théorie de la personnalité morale,* 1906, стр. 287—290.

что de jure избирательная коллегія есть органъ для избранія, а парламентъ—органъ для рѣшенія, что парламентъ получаетъ свои полномочія не отъ назначающей его избирательной коллегіи, а отъ конституціи, что между парламентомъ и избирательнымъ корпусомъ нѣтъ правового отношенія, а лишь отношенія политическія. Но если существуютъ политическія отношенія,—а это неоспоримо,—то должны существовать отношенія и юридическія; теорія политическаго права, не признающая именно политическихъ фактовъ, не имѣетъ цѣли и есть пустая абстракція.

Это противорѣчіе между фактами и юридико-органической теоріей, примѣненной такимъ образомъ къ выборнымъ парламентамъ, настолько очевидно, что оно поразило даже наиболѣе убѣжденныхъ сторонниковъ этой теоріи, въ частности Еллинека, который очень живо критикуетъ предшествующую теорію, какъ ее изложилъ Лабандъ. Онъ вполнѣ основательно замѣчаетъ, что, безъ сомнѣнія, парламентъ получаетъ свою компетенцію отъ конституціи, а не отъ избирательнаго корпуса, но если между парламентомъ и націей нѣтъ никакой юридической связи, если нѣтъ другой воли, кромѣ воли парламента, то въ такомъ случаѣ власть принадлежитъ настоящей монархіи. «Это доказываетъ,—говоритъ онъ,—что такая манера юридически трактовать проблему есть карикатура дѣйствительности». Между парламентомъ и націей существуетъ фактическое отношеніе; юристу надлежитъ дать ему юридическую формулу, иначе юридическая проблема представительства устраняется, но не разрѣшается [1]).

Юридическое рѣшеніе проблемы состоитъ, по мнѣнію Еллинека, въ томъ, что парламентъ есть прямой органъ націи, а нація—прямой органъ самого государства, и такимъ образомъ парламентъ есть вторичный прямой органъ государства. Въ обѣихъ формахъ правительства, въ прямомъ и въ представительномъ правительствѣ, нація есть органъ государства; въ первомъ случаѣ, верховный органъ государственной воли образуется *единою*, въ своей коллективности, націей, а во второмъ—спеціальнымъ органомъ національной воли. Слѣдовательно, парламентъ и народъ образуютъ юридическое един-

---

[1]) Iellinek *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905, стр. 567.

ство. Еллинекъ заключаетъ: «Избраніе депутатовъ рождаетъ постоянную связь между представителями и народомъ въ его цѣломъ, именно, *отношеніе органа*, которое по своей природѣ можетъ быть лишь *отношеніемъ права*». Этимъ, по мнѣнію ученаго автора, объясняется «продолжительная и нормальная политическая зависимость избраннаго отъ своихъ избирателей», которую напрасно отрицаетъ предшествующая теорія [1]).

Еллинекъ сто разъ правъ, когда онъ отвергаетъ послѣдствія, обыкновенно выводимыя изъ юридико-органической теоріи. Но описанная имъ система кажетея намъ находящейся въ противорѣчіи съ выставленными имъ самимъ предпосылками. Въ своемъ общемъ изложеніи юридико-органической теоріи онъ заявляетъ, что органы, какъ таковые, не являются юридическими лицами, и что, слѣдовательно, не можетъ существовать юридическихъ отношеній права между органами, взятыми какъ таковые (стр. 546). Какъ же ученый авторъ можетъ писать (стр. 571), что между парламентомъ и избирательнымъ корпусомъ есть отношеніе органа, «которое по своей природѣ можетъ быть лишь отношеніемъ права?» На это возраженіе, уже сдѣланное нами [2]), Еллинекъ, кажется намъ, не отвѣтилъ во второмъ изданіи своей прекрасной книги.—Ср. теорію политическаго представительства, которую мы попытались обосновать на понятіи соціальной солидарности и на нашемъ воззрѣніи на объективное право [3]).

В. *Органы представительства.*

54. Раздѣленіе властей въ конституціи 1791 года.— Такъ какъ національная воля осуществляется не прямо, а чрезъ представительство, то, естественно, возникаетъ много вопросовъ. Можетъ ли національ-

---

[1]) *Op. cit*, стр. 571.

[2]) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, стр. 205 и сл.

[3]) *Op. cit.*, стр. 215—235. Относительно представительства, кромѣ указанныхъ уже сочиненій, см. Rieker, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1893.

ная воля раціонально быть представлена многими органами представительства, или она можетъ быть представлена только однимъ? Если она можетъ быть представлена многими органами, лучше ли, чтобъ она была представлена многими или однимъ? Если есть нѣсколько органовъ представительства, можетъ ли и долженъ ли суверенитетъ быть раздѣленъ на нѣсколько элементовъ такъ, чтобы каждый органъ представлялъ бы исключительно одинъ изъ этихъ элементовъ? Или, наоборотъ, суверенитетъ остается недѣлимымъ и долженъ быть осуществляемъ сотрудничествомъ различныхъ органовъ представительства? Если признать, что суверенитетъ не можетъ быть раздѣленъ и долженъ осуществляться путемъ сотрудничества органовъ представительства, нельзя ли дать каждому изъ нихъ различную форму участія въ осуществленіи этого суверенитета и установить между ними раздѣленіе функцій? Наконецъ, такъ какъ суверенитетъ остается недѣлимымъ и осуществляется путемъ сотрудничества представительныхъ органовъ, то нельзя ли и не должно ли поручить административную и юрисдикціонную функціи двумъ различнаго порядка категоріямъ агентовъ?

Всѣ эти вопросы, разумѣется, соприкасаются другъ съ другомъ, но въ то же время они, каждый въ отдѣльности, имѣютъ самостоятельное значеніе, и вполнѣ ошибочно смѣшивали ихъ всѣ подъ именемъ вопроса о раздѣленіи властей. Точно такъ же совершенно ошибочно хотѣли дать этимъ вопросамъ одно рѣшеніе, утверждая или отрицая принципъ раздѣленія властей. Однимъ словомъ, смѣшали два вопроса совершенно различныхъ: вопросъ о раздѣленіи властей и вопросъ о раздѣленіи функцій.

Это смѣшеніе, повидимому, было сдѣлано двумя очень тонкими авторами, писавшими недавно по этому вопросу. Артюръ [1]) говоритъ: «Въ чемъ же можетъ состоять раздѣленіе властей, какъ не въ раздѣленіи функцій?» Мишу также сводитъ раздѣленіе властей къ раздѣленію функцій, отвергая, какъ не имѣющія цѣны, доктрины, видящія въ каждой власти отдѣльное юридическое единство, и объясняя, что въ раздѣленіи властей есть лишь нѣкоторое распредѣленіе функцій между органами, съ цѣлью избѣжать деспотизма, но съ сохраненіемъ нѣкотораго сотрудничества [2]). Мишу упрекаетъ насъ [3]), что мы отвергли принципъ раздѣленія властей и возвратились къ нему въ нашемъ различіи правителей и агентовъ. Нашъ ученый коллега, повидимому, насъ не понялъ. Мы пытались показать [4]), что Національное Собраніе 1789 г., желая осуществить не только раздѣленіе функцій, но и раздѣленіе властей, путемъ созданія трехъ представительныхъ единствъ, надѣленныхъ каждое однимъ изъ элементовъ раздробленнаго суверенитета, установило систему, противорѣчащую его принципу единаго и недѣлимаго суверенитета; исходя изъ этого начальнаго противорѣчія, оно должно было нагромождать противорѣчія на противорѣчія и открыть путь неизбѣжнымъ конфликтамъ, которые сдѣлали его твореніе непрочнымъ. Что касается до нашего раздѣленія правителей и агентовъ, мы сказали лишь, что оно отвѣчаетъ установленному конституціей 1791 г. раздѣленію представителей и агентовъ (тит. III, гл. IV, разд. II, ст. 2), но мы нисколько не критиковали этого раздѣленія [5]).

Указанное нами смѣшеніе создано не Локкомъ и не Монтескье, разсматриваемыми, какъ творцы теоріи раздѣленія властей. Ни тотъ, ни другой не имѣли намѣренія создать

---

1) Artur, *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions*, Paris, 1905, стр. 4.

2) Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, стр. 281—283.

3) *Op. cit.*, стр. 282, прим. I *in fine*.

4) *Duguit, La séparation des pouvoirs et l' Assemblée nationale de 1789*, 1894.

5) Ср. *L' Etat, les gouvernants et les agents*, стр. 262 и сл., 278 и сл.

юридическую теорію, а только хотѣли показать, какъ англійская конституція путемъ раздѣленія функцій и извѣстной совмѣстной работы органовъ установила серьезныя гарантіи въ пользу свободы.

Локкъ различаетъ законодательную, исполнительную и конфедеративную власти, опредѣляя законодательную власть слѣдующимъ образомъ: «она имѣетъ право регулировать, какъ могутъ быть употреблены силы государствъ для сохраненія всей общины и ея членовъ», и добавляетъ къ этому: «но такъ какъ законы, разъ изданные, имѣютъ постоянное и продолжительное значеніе, обязывающее соблюдать эти законы и постоянно имъ подчиняться, то необходимо, чтобы всегда была въ дѣйствіи какая-нибудь власть, которая принуждала бы исполнять законы и сохраняла бы всю свою силу; и такимъ именно образомъ законодательная и исполнительная власти часто оказываются раздѣленными». Что касается до конфедеративной власти, то она, говоритъ Локкъ, обыкновенно соединяется съ исполнительной властью, и эти двѣ власти раздѣляются съ трудомъ [1]). Такое воззрѣніе Локка далеко отъ раздѣленія властей, какъ оно понималось въ 1789 г. Эти двѣ власти не равныя и не независимыя власти, какъ это говорилось въ 1791 г. Въ дѣйствительности, говоритъ Локкъ, «въ образовавшемся государствѣ, которое существуетъ и сохраняется, опираясь на свои основанія, и которое дѣйствуетъ согласно своей природѣ, т.-е. въ отношеніи къ сохраненію общества, существуетъ лишь одна верховная власть, являющаяся законодательною властью, которой всѣ остальныя должны быть подчинены» [2]). Когда «исполнительная власть передана одному лицу, которое участвуетъ также и въ законодательной власти, то она явно подчинена и должна *давать отчетъ этой законодательной власти*». Такимъ образомъ, по мысли Локка, существуетъ и должно существовать нѣсколько правительственныхъ органовъ, но суверенитетъ покоится лишь въ одномъ, которому всѣ другіе подчинены, или иногда въ двухъ органахъ, соединенныхъ въ тѣсной совмѣстной работѣ.

---

[1]) *Du gouvernement civil*, гл. XI, франц. изд., Амстердамъ, 1691, стр. 185—190.

[2]) *Ibid.*, гл. XII, стр. 190.

Въ *Esprit des lois* такъ же, какъ въ *Traité du gouvernement civil*, мы не находимъ раздѣленія властей въ томъ видѣ, въ какомъ оно было понято членами Учредительнаго Собранія 1791 г. Еще менѣе теоретикъ, чѣмъ Локкъ, Монтескье не имѣлъ другой цѣли, какъ описать англійскую конституцію (таково, впрочемъ, и заглавіе знаменитой 6 главы XI книги *Esprit des lois*) и показать, что эта конституція лучше, чѣмъ всякая другая, гарантируетъ свободу. Выраженіе «раздѣленіе властей» ни разу не употреблено Монтескье, и нигдѣ нѣтъ вопроса о представительномъ органѣ, осуществляющемъ отъ имени націи различныя прерогативы суверенитета. Что касается до часто цитируемой фразы: «все было бы потеряно, если бы одинъ и тотъ же человѣкъ или одно и то же собраніе князей, знатныхъ или народа осуществляло эти три власти: власть издавать законы, власть исполнять публичныя рѣшенія и власть судить преступленіи и споры частныхъ лицъ», что другое хочетъ она сказать, кромѣ слѣдующаго: свобода не существовала бы въ странѣ, гдѣ одинъ и тотъ же человѣкъ или одна и та же группа людей могла бы осуществлять одна и безъ контроля различныя государственныя функціи. Но никогда Монтескье не думалъ, чтобы органы, надѣленные этими тремя функціями государства, были тремя органами, представляющими суверена, надѣленными одною частью суверенитета, абсолютно независимыми одинъ отъ другого и безъ дѣйствія другъ на друга. Продолженіе главы съ очевидностью это доказываетъ. Онъ оставляетъ въ сторонѣ власть судить: «изъ трехъ властей, о которыхъ мы говорили, власть судить въ нѣкоторомъ родѣ не существуетъ (nulle). Остаются лишь двѣ власти» (законодательная и исполнительная). Что въ точности хотѣлъ сказать Монтескье— трудно сказать. Это одна изъ сибиллиныхъ формулъ, часто встрѣчающихся въ *Esprit des lois*. Можетъ быть, онъ хотѣлъ сказать, что, будучи осуществляема присяжными, вышедшими изъ народа и не носящими постояннаго характера, судебная власть не представляетъ опасности для свободы [1]). Это, впрочемъ, не важно; что касается до двухъ другихъ властей,

---

[1]) Aucoc, *Comptes-rendus de l'Académie des sciences morales et politiques, CXII*, стр. 213 и сл.

Монтескье объясняетъ, что онѣ должны оказывать взаимное вліяніе другъ на друга и жить въ тѣсномъ сотрудничествѣ. Эсменъ пишетъ: «Монтескье, подобно Локку, полагалъ найти въ англійской конституціи раздѣленіе властей въ томъ видѣ, какъ онъ его отстаивалъ; въ этомъ пунктѣ онъ, несомнѣнно, обманывался или, по крайней мѣрѣ, онъ преувеличивалъ, такъ какъ законодательная власть не вполнѣ была отдѣлена въ Англіи отъ исполнительной власти» [1]. Никогда Монтескье не излагалъ теоріи объ раздѣленіи властей, утверждающей абсолютное раздѣленіе органовъ, осуществляющихъ исполнительную и законодательную функціи; онъ полагалъ, что должно существовать постоянное дѣйствіе обѣихъ властей другъ на друга и настоящее сотрудничество; и онъ очень отчетливо объясняетъ, что въ Англіи исполнительная власть участвуетъ въ законодательствѣ, что законодательная власть осуществляетъ постоянный контроль надъ исполнительной властью, и что, въ концѣ-концовъ, англійское правленіе покоится на постоянномъ и тѣсномъ сотрудничествѣ властей. Достаточно, чтобы доказать это, процитировать нѣкоторыя мѣста изъ 6-й гл. XI книги: „*если исполнительная власть не имѣетъ права остановить мѣропріятія законодательнаго корпуса*, этотъ послѣдній станетъ деспотическимъ... Если въ свободномъ государствѣ законодательная власть не должна имѣть права остановить исполнительной власти, она должна имѣть возможность разсматривать, какъ исполняются изданные ею законы... Такова основная конституція правительства, о которомъ мы говоримъ. Такъ какъ въ ней законодательный корпусъ составленъ изъ двухъ частей, то одна будетъ дѣйствовать на другую, въ силу права останавливать другъ друга. *Обѣ связаны исполнительной властью, которая, въ свою очередь, связана законодательной.* Эти три власти должны были бы находиться въ состояніи покоя или бездѣйствія; но такъ какъ неизбѣжнымъ ходомъ вещей онѣ будутъ принуждены итти впередъ, то *онѣ будутъ принуждены итти въ согласіи*“ [2].

---

[1]) *Droit const.*, 4 изд., стр. 365.

[2]) *Esprit des lois*, кн. XI, гл. 6. Ср. de Lolme, *La constitution anglaise*, 1784, I часть, гл. III и IV.

Въ 1787 г. была вотирована конституція Соединенныхъ Штатовъ, текстъ которой не остался неизвѣстнымъ членамъ Учредительнаго Національнаго Собранія. Въ дѣйствительности эта американская конституція, которую такъ часто представляли, какъ осуществившую полное раздѣленіе властей, не имѣла другой цѣли, какъ воспроизвести англійскую систему, создать распредѣленіе функцій и сотрудничество органовъ. Дѣйствительно, нынѣ установлено, что образцомъ, постоянно стоявшимъ передъ сознаніемъ членовъ Филадельфійскаго Учредительнаго Собранія была англійская конституція. Генри Сэмнеръ Мэнъ могъ написать: «Конституція Соединенныхъ Штатовъ вполнѣ пропитана политическими идеями англійскаго происхожденія; въ дѣйствительности, это лишь версія англійской конституціи, какъ она представлялась наблюдателю во вторую половину XVIII столѣтія» [1]). Противъ этого нельзя возражать, ссылаясь на то, что въ *Федералистѣ* почти совсѣмъ отсутствуетъ вопросъ объ англійской конституціи; это молчаніе легко объясняется не популярностью, въ которую впала въ Америкѣ Англія, и все, что шло изъ нея [2]). Это не значитъ, что мы сравниваемъ нынѣшнюю конституцію Соединенныхъ Штатовъ съ нынѣшней конституціей Англіи. Уже въ теченіе цѣлаго столѣтія обѣ слѣдовали своей судьбѣ, развивались въ различной средѣ и образовали различные политическіе организмы. Но это не опровергаетъ нашего положенія о томъ, что въ Америкѣ въ 1787 г. понимали раздѣленіе въ томъ же смыслѣ и съ тѣмъ же значеніемъ, какое ему придавали тогда въ Англіи, и которое самъ Монтескье вполнѣ точно опредѣлилъ.

Изъ того, что̀ въ мысли Локка и Монтескье было лишь пріемомъ политическаго искусства для обезпеченія равновѣсія политическихъ силъ и охраны свободы, Собраніе 1789 г. хотѣло создать теорію суверенитета и раздѣленнаго представительства этого су-

---

[1]) Henri Sumner Maine, *Gouvernement populaire*, стр. 249 и 253.

[2]) Ср. Ellis Stevens, *Sources de la constitution des Etats-Unis*, франц. изд., 1897, стр. 48 и сл.; Bryce, *La République americaine*, франц. изд., 1900, I, стр. 26.

веренитета. Оно видѣло у Монтескье лишь общія формулы, а не точное описаніе взаимнаго дѣйствія, которое оказываютъ и должны оказывать другъ на друга корона и парламентъ. Вѣрный толкователь англійской конституціи, Монтескье и авторы американской конституціи имѣли въ виду распредѣленіе различныхъ функцій между многими органами, нисколько не думая раздѣлять суверенитетъ на многіе элементы. Доминируемое духомъ классиковъ, увлекающееся общими и абстрактными формулами, влюбленное въ теоріи политической метафизики, Національное Собраніе видѣло въ раздѣленіи властей дѣленіе суверенитета на различные элементы, при чемъ суверенитетъ остается единымъ и недѣлимымъ, несмотря на существованіе различныхъ, составляющихъ его элементовъ, такъ какъ каждый изъ этихъ элементовъ делегируется отдѣльному органу, который, логически, долженъ остаться независимымъ и суверенным въ сферѣ суверенитета, ввѣреннаго ему путемъ представительства.

Въ конституціи 1791 г. власти не представляютъ собой ни функцій, ни органовъ. Онѣ—не функціи, такъ какъ въ понятіе функціи входитъ проявленіе дѣятельности, и различныя функціи могутъ отличаться другъ отъ друга только внѣшней формой этой дѣятельности. Изъ конституціи же 1791 г. слѣдуетъ, что различныя власти существуютъ и отличаются другъ отъ друга внутри государства, находящагося въ состояніи покоя, и при этомъ нѣтъ необходимости, чтобы уловить ихъ разницу, предполагать внѣшнее проявленіе государственной дѣятельности. Власти понимаются, какъ элементы государственной воли, какъ таковой, и въ своей совокуп-

ности онѣ образуютъ суверенитетъ. Власти — не органы. Органами являются индивиды и группы индивидовъ, облеченные осуществленіемъ опредѣленнаго элемента суверенитета или всего суверенитета. Органъ—это парламентъ, представляющій суверенную законодательную волю, это—король, глава государства, представляющій суверенную исполнительную волю, это—судебное сословіе, представляющее суверенную *судебную* волю. Власти—это конститутивные элементы суверенной національной воли, поскольку она раздроблена. Такъ какъ національная воля суверенна, то каждый изъ составляющихъ ее элементовъ суверененъ; каждый изъ этихъ элементовъ суверенитета делегированъ путемъ представительства органу, и каждый органъ осуществляетъ различную функцію. Однимъ словомъ, *власть* есть частичный элементъ суверенитета, инкорпорированный въ органѣ, осуществляющемъ соотвѣтственную функцію. Такъ какъ суверенитетъ недѣлимъ, каждая изъ этихъ властей суверенна, а такъ какъ суверенитетъ *единъ*, то хотя есть нѣсколько суверенныхъ властей, суверенитетъ остается единымъ.

Такое пониманіе власти очень отчетливо проявляется въ конституціи 1791 г., въ частности въ введеніи титула III, гдѣ сказано: «нація, *отъ которой отъ одной исходятъ всѣ власти*, можетъ осуществлять ихъ лишь путемъ делегированія» (ст. 2). Нельзя сказать, что функціи исходятъ отъ націи. Отъ націи исходитъ суверенитетъ, и текстъ ст. 2 можетъ имѣть лишь слѣдующій смыслъ: такъ какъ суверенитетъ исходитъ отъ націи, то отъ нея исходятъ также всѣ составляющіе его элементы. Поэтому, говоря о делегированіи властей, члены Учредитель-

наго Собранія могли имѣть въ виду лишь слѣдующее. парламентъ, король и судебное сословіе надѣлены, каждый въ отдѣльности, однимъ изъ элементовъ суверенитета.

Различеніе властей и функцій ясно обозначено въ общемъ докладѣ Туре, относящемся къ введенію титула III. Онъ говоритъ: «*Функціи* и *власти*, которыя делегированы ему (королю), не дѣлаютъ его единственнымъ и исключительнымъ представителемъ»... [1]) Барнавъ въ цитированной уже рѣчи объясняетъ, что представительство есть тамъ, гдѣ индивидъ или совокупность индивидовъ *желаетъ* для націи, и такъ какъ этотъ индивидъ или совокупность индивидовъ желаетъ для націи, то онъ надѣленъ не только функціей, но и властью [2]). Туре сказалъ, что король и члены собранія являются одновременно и представителями и должностными лицами: представителями, такъ какъ они имѣютъ въ извѣстной сферѣ власть хотѣть для націи и какъ нація; должностными лицами, такъ какъ они осуществляютъ публичныя функціи [3]). Потомъ различеніе очень отчетливо было сдѣлано Редереромъ и Робеспьеромъ. Редереръ различаетъ власти *представительныя* и *порученныя* (*commis*). «Законодательная власть, — говоритъ онъ,—по самому существу своему представительна; исполнительная власть по существу поручена (*commis*); представительная власть равняется власти народа и не зависима подобно этой послѣдней; порученная власть есть суб-делегированная и подчиненная власть» [4]). Этою спеціальною терминологіей Редереръ хочетъ сказать, что законодательный корпусъ одинъ, путемъ представительства, осуществляетъ суверенитетъ, что король осуществляетъ исполнительныя функціи подъ верховнымъ контролемъ законодательнаго корпуса, и что, говоря о властяхъ, Собраніе имѣетъ въ виду лишь представительныя власти, т.-е. самые элементы суверенитета. Робеспьеръ ту же самую мысль выражаетъ въ гораздо болѣе

---

1) *Archives parlem.*, I серія, XXIX, стр. 329.
2) *Ibid.*, стр. 331.
3) *Ibid.*, стр. 329.
4) *Ibid.*, стр. 324 и 325

ясныхъ терминахъ: «*Власти*,—говоритъ онъ,—должны быть различаемы отъ *функцій*..., *власти—не что иное, какъ различныя существенныя и конститутивныя части суверенитета*» [1]. Докладчикъ Туре не оспариваетъ этого опредѣленія властей; онъ отвергаетъ только утвержденіе Робеспьера, который, какъ ученикъ Ж. Ж. Руссо, сказалъ, что власти, «какъ существенныя и конститутивныя части суверенитета», не могутъ быть делегированы. Онѣ могутъ быть делегированы, отвѣчаетъ Туре, такъ какъ делегація не есть отчужденіе; делегація не производится на вѣчныя времена, суверенный народъ можетъ всегда измѣнить свою конституцію [2].

Раздѣленіе властей, провозглашенное Декларацією 1789 г., въ ст. 16 и конституцією 1791 г., прямо вытекаетъ изъ этого пониманія *властей*. Это не было раздѣленіе властей Монтескье, англійской или американской конституцій. Такъ какъ власти являются самыми элементами недѣлимаго суверенитета, изъ этого слѣдуетъ, что каждый органъ, надѣленный представительствомъ одного элемента суверенитета, суверененъ въ своей области, что парламентъ долженъ имѣть всю законодательную власть и только ее, король—всю исполнительную власть и только ее, наконецъ, каждый изъ этихъ органовъ долженъ остаться изолированнымъ и независимымъ, замкнутымъ въ той сферѣ, гдѣ онъ представляетъ національную волю, не будучи въ состояніи осуществлять какого-нибудь дѣйствія на другіе органы. Такіе выводы показались намъ [3] и кажутся еще и теперь находящимися въ абсолютномъ противорѣчіи съ провозглашеннымъ Собраніемъ принципомъ единаго и недѣлимаго суве-

---

1) *Ibid.*, стр. 326.

2) *Ibid.*, стр. 327 и 328.

3) Ср. *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893.

ренитета. Ж. Ж. Руссо сказалъ это еще ранѣе [1]). Редереръ и Робеспьеръ вполнѣ справедливо повторили это въ Собраніи. Намъ казалось и кажется еще и теперь, что на практикѣ абсолютно невозможно помѣшать всякому дѣйствію одного органа на другой, что жизнь страны неизбѣжно требуетъ постояннаго и взаимнаго дѣйствія органовъ одного на другой, и даже постояннаго сотрудничества различныхъ органовъ, и что сами члены Учредительнаго Собранія очень часто вынуждены были отказываться отъ своихъ принциповъ передъ фактами. «Такъ какъ, въ силу необходимаго движенія вещей, онѣ (власти) вынуждены двигаться, онѣ должны будутъ двигаться согласно», сказалъ Монтескье [2]). Наконецъ намъ казалось и кажется и теперь, что при пониманіи властей, какъ конститутивныхъ частей суверенитета, которымъ каждый органъ надѣленъ путемъ представительства, всякій органъ будетъ имѣть неизбѣжную тенденцію утвердить себя единымъ сувереномъ и разрушить другіе органы, что такимъ образомъ открываютъ путь конфликтамъ и государственнымъ переворотамъ; что этимъ подготавливаютъ полное поглощеніе всякой власти властью тѣхъ органовъ, кого обстоятельства или люди сдѣлаютъ болѣе сильными, и что событія 1792—1793 г., VIII и 1851—1852 гг. дали этимъ опасеніямъ яркое подтвержденіе. Мы охотно соглашаемся, что въ дѣйствующемъ правѣ есть раздѣленіе властей; но то, что нынѣ называютъ раздѣленіемъ властей, не имѣетъ никакой аналогіи съ раздѣленіемъ властей въ конституціи

---

1) *Contrat social*, кн. II, гл. 2.

2) *Esprit des lois*, кн. XI, гл. 6.

1791 г. Подъ именемъ раздѣленія властей нынѣ существуетъ сотрудничество органовъ представительства и распредѣленіе функцій. Если авторамъ угодно однимъ и тѣмъ же выраженіемъ *раздѣленіе властей* обозначать двѣ совершенно различныя вещи, мы не видимъ въ этомъ бѣды. Но надо согласиться, что это не способствуетъ проясненію теорій политическаго права.

Изъ предшествующаго видно было, что Національное Собраніе 1789 г. различало три власти и изъ судебной организаціи дѣлало третью власть—независимую и равную двумъ другимъ [1]). Однако судебныя учрежденія не осуществляли всей юрисдикціонной функціи; извѣстно, что Національное Собраніе [2]) давало и административнымъ лицамъ право судить многочисленныя спорныя дѣла. Поэтому спрашивается, какъ Собраніе 1789 г., послѣ того, какъ оно энергично подтвердило существованіе и независимость судебной власти, послѣ того, какъ оно провозгласило, что административныя лица «ничего не могутъ предпринимать по отношенію къ судебнымъ учрежденіямъ», какъ это Собраніе дало широкую юрисдикціонную компетенцію также и административнымъ лицамъ? Все это намъ казалось и теперь кажется очень простымъ, если допустить, что Національное Собраніе 1791 г. понимало судебную власть на манеръ Монтескье, т.-е. какъ власть, «исполняющую то, что зависитъ отъ гражданскаго права»,— власть, въ силу которой «государь *наказываетъ преступленіе или судитъ споры между частными ли-*

---

1) Конст. 1791 г., тит. III, введ. ст. 5; тит. III, гл. IV, разд. III, ст. 3 и гл. V, стт. 1 и 3.

2) Ср. особенно законъ 7 сентября 1790 г. и 15 мая 1791 г.

цами» [1]). Если понимать судебную власть такимъ образомъ, то нѣтъ ничего нелогичнаго, а даже, наоборотъ, отказать этой власти въ компетенціи по отношенію ко всѣмъ спорамъ, которые возникаютъ между не-частными лицами, и въ передачѣ этихъ послѣднихъ споровъ самимъ административнымъ лицамъ.

Что именно такова была мысль Національнаго Собранія, это, кажется намъ, явствуетъ, съ одной стороны, изъ того признаваемаго всѣми вліянія, которое оказали на него идеи Монтескье, съ другой стороны,—изъ цитированныхъ текстовъ и изъ заявленій, сдѣланныхъ не разъ наиболѣе вліятельными членами Собранія. 1 августа 1789 г. Туре сказалъ въ комитетѣ по выработкѣ конституціи: «Публичныя власти раздѣляются на четыре различныхъ класса или вида... Исполненіе законовъ, имѣющихъ *объектомъ дѣйствія и собственность гражданъ*, вызываетъ необходимость установленія судей; отсюда судебныя учрежденія, въ которыхъ покоится судебная власть» [2]). Въ мартѣ 1790 г. въ своемъ мемуарѣ Дюпоръ пишетъ: „Надо различать... *политическіе* и *гражданскіе* законы. Первые обнимаютъ отношенія индивидовъ къ обществу или отношенія различныхъ политическихъ учрежденій между собою. Вторые опредѣляютъ частныя отношенія индивида къ индивиду. *Единственно и исключительно для примѣненія этихъ послѣднихъ законовъ были установлены судьи*“ [3]).

Послѣ того, какъ судебная власть понята такимъ образомъ, очевидно, необходимо устранить изъ ея компетенціи всѣ дѣла, даже тяжебныя, гдѣ находятъ себѣ примѣненіе не гражданскіе законы, а политическіе законы, налоговыя дѣла и пр. Рѣшеніе этихъ дѣлъ подлежитъ непосредственно администраціи и должно быть дано административнымъ лицамъ.

---

[1]) *Esprit des lois*, кн. XI, гл. 6.

[2]) *Arch. parlem.*, 1 серія, VIII, стр. 326. См. ту же самую мысль въ докладѣ Бергасса, 17 августа 1789, *ibid.*, VIII, стр. 840.

[3]) *Arch. parlem.*, I серія, XII, стр. 410.

Законъ 7 сентября 1790 г., согласно съ этимъ принципомъ, перечисляетъ цѣлую серію дѣлъ, которыя должны разбираться административными лицами. Законъ этотъ основалъ современную административную юстицію; и онъ былъ логическимъ выводомъ изъ того характера, который приписывался въ 1789—1791 гг. судебной власти.

Эти идеи, изложенныя нами въ 1893 г. [1]), подверглись живой критикѣ со стороны Артюра [2]). Нашъ ученый коллега пишетъ: «не наша административная юстиція явилась продуктомъ позитивной концепціи раздѣленія властей, а, наоборотъ, эта юстиція, организованная и сосредоточившаяся въ рукахъ администраціи, вызвала къ жизни особую позитивную концепцію раздѣленія властей»... Съ этимъ мы абсолютно не согласны. Артюръ очень долго и тонко старается доказать, что ни Бергассъ, ни Туре, ни Дюпоръ не держались тѣхъ мнѣній, которыя мы имъ приписываемъ, а что мы сами произвольно навязываемъ имъ наше личное мнѣніе. Чтобы доказать это, Артюръ основывается особенно на томъ, что комитетъ по выработкѣ конституціи первоначально думалъ дать разборъ административныхъ дѣлъ административнымъ судамъ, по одному на каждый департаментъ, составленнымъ изъ выборныхъ судей, независимымъ отъ администраціи, и что лишь благодаря непопулярности этой идеи былъ вотированъ, по предложенію Пезона, законъ 7 сентября 1790 г. Все это совершенно вѣрно, но нисколько не опровергаетъ сказаннаго нами. Фактъ не оспоримъ, что въ Національномъ Собраніи въ извѣстный моментъ никто не имѣлъ мысли дать судебнымъ учрежденіямъ разборъ тяжебныхъ административныхъ дѣлъ. Если бы судебная власть была властью, надѣленною функціей суда (въ смыслѣ, даваемомъ этому слову Артюромъ), судебныя должностныя лица, надѣленныя этою властью (конст. 1791 г., тит. III, введ., ст. 5) имѣли бы всю функцію суда какъ въ гражданскомъ,

---

[1]) См. нашу книгу *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, стр. 70 и сл.

[2]) Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, стр. 125 и сл. и въ особенности прим. 2-е къ стр. 237, занимающее около 8 стр.

такъ и въ административномъ отношеніи, или, по крайней мѣрѣ, лишь, какъ исключеніе, изъ вѣдѣнія ихъ были бы изъяты административныя дѣла. Ничуть не такъ; всѣ согласны: судебныя должностныя лица не должны разбирать административныхъ дѣлъ. Въ этомъ заключается существенный пунктъ. Вопросъ о томъ, кому же принадлежитъ ихъ разбирательство,—совсѣмъ другой вопросъ. Разумѣется, Артюръ не будетъ оспаривать, что всѣ были согласны извлечь разсмотрѣніе судебно-административныхъ дѣлъ изъ вѣдѣнія судебныхъ учрежденій. Итакъ, по мысли всѣхъ, юрисдикція по судебно-административнымъ дѣламъ не подлежала вѣдѣнію судебныхъ должностныхъ лицъ; и такъ какъ послѣднія были надѣлены, въ силу представительства,судебною властью, то судебно-административныя дѣла, по мысли всѣхъ, не относятся къ судебной власти. Чтобы допустить это, надо было неизбѣжно имѣть особое понятіе о судебной власти, и, вѣроятно, оно было тѣмъ, на которое мы указывали. Это было то понятіе, котораго придерживался Монтескье. Судебная власть судитъ преступленіи и конфликты между частными лицами.

Оставался вопросъ о томъ, кому передать разсмотрѣніе административныхъ дѣлъ. Рѣшеніе этого вопроса имѣетъ мало значенія для установленной нами точки зрѣнія. Дѣйствительно, вначалѣ была мысль создать административные суды отдѣльно отъ дѣйствующей администраціи. Но сошлись на мнѣніи Пезона, предложившаго 9 августа 1790 г., чтобы разсмотрѣніе судебно-административныхъ дѣлъ было передано директорамъ департаментовъ и округовъ, на томъ основаніи, что такимъ образомъ будутъ существовать *различенныя и глубоко раздѣленныя* административныя и судебныя сословія [1]). Дѣйствительно, казалось безполезнымъ создавать новые суды, когда имѣлись директора департаментовъ, которые, повидимому, представляли всѣ гарантіи для разсмотрѣнія административныхъ процессовъ. Такова была система, созданная закономъ 7 сентября 1790 г. Поэтому мы продолжаемъ думать, что Артюръ ошибается, когда пишетъ (стр. 238), что именно административная юстиція, учрежденная и органи-

---

[1]) *Arch. parlem.*, I серія, XVII, стр. 675.

зованная закономъ 7 сентября 1790 г., дала жизнь особому позитивному воззрѣнію на раздѣленіе властей. Мы продолжаемъ думать, что Собраніе 1789 г. изъяло изъ вѣдѣнія судебной власти разсмотрѣніе публичныхъ процессовъ и создало элементы современной юрисдикціи по административнымъ дѣламъ потому именно, что оно, подобно Монтескье, видѣло въ судебномъ сословіи «власть, выполняющую предметы частнаго права... судящую преступленія и споры между частными лицами».

Конституція 1791 г. имѣла вообще на современное публичное право слишкомъ глубокое вліяніе, чтобы ея дѣйствіе не сказалось ясно въ сферѣ раздѣленія властей. Правда, конституція 1793 г. была реакціей противъ самой системы 1791 г. Вдохновляемая *Общественнымъ договоромъ*, вотированная подъ главенствующемъ вліяніемъ Робеспьера, эта конституція провозгласила единство и недѣлимость суверенитета, не говоря ничего о раздѣленіи властей, а лишь *о границахъ публичныхъ функцій*. «Она (соціальная гарантія) не можетъ существовать, если границы публичныхъ функцій не ясно опредѣлены» (Декларація 1793 г., ст. 24). Суверенитетъ представленъ во всей своей единой и недѣлимой цѣлостности законодательнымъ корпусомъ, и исполнительный совѣтъ будетъ простымъ агентомъ исполненія подъ постоянной властью законодательнаго корпуса (ст. 65). Если бы не идея представительства, которой дано было мѣсто, то это была бы чистая теорія Ж. Ж. Руссо, энергично отвергавшаго всякую идею раздѣленія властей. Утвержденіе, что Руссо различалъ законодательную и исполнительную власти, есть игра словами. По мнѣніи Руссо, существуетъ суверенная власть, принадлежащая народу и не могущая быть делегированной, и есть правительство, *приказчикъ* (*commis*) народа, исполняющій его волю (кн. III, гл. I). Изъ этихъ нѣсколькихъ словъ видно, что ни въ *Общественномъ договорѣ*, ни въ конституціи 1793 г. нѣтъ ничего, что напоминало бы хотя приблизительно раздѣленіе властей 1791 г. [1]).

---

1) Ср. шутки Руссо по адресу сторонниковъ раздѣленія властей, въ кн. III, гл. 2; см. также мѣсто, цитированное въ § 30.

Конституція 1793 г. не была примѣнена. Въ конституціи III года Конвентъ почти въ тѣхъ же выраженіяхъ воспроизвелъ принципы 1791 г. о раздѣленіи властей и норму трехъ властей. Онъ также мечталъ создать три власти и въ частности законодательную и исполнительную власти, абсолютно отдѣльныя и независимыя одна отъ другой. Извѣстно, какъ мало онъ успѣлъ въ этомъ. Исторія директоріальнаго правительства есть непрерывный рядъ государственныхъ переворотовъ; онъ закончился 18 брюмера, разрушившимъ этотъ режимъ.

Въ 1848 г. снова появляются принципы и формулы 1789 г. «Раздѣленіе властей есть первое условіе свободнаго правительства» (конст. 1848 г., ст. 19). Послѣ трехъ лѣтъ хилой жизни, конституція рушится 2 декабря 1851 г. Раздѣленіе властей не было единственной причиной государственныхъ переворотовъ 18 брюмера и 2 декабря. Политическіе факты суть результатъ безконечности сложныхъ причинъ. Но мы остаемся при убѣжденіи, что строгое раздѣленіе, которое хотѣли установить между органами въ III году и въ 1848 г., было главною причиною важныхъ конфликтовъ, развязкою которыхъ являлся насильственный переворотъ.

Въ теоретикахъ раздѣленія властей, понимаемаго въ духѣ 1791 г., недостатка не было. Но нѣтъ ни одного, кто пошелъ бы дальше въ теоретическихъ выводахъ изъ этого воззрѣнія, чѣмъ извѣстный философъ Кантъ. Для него каждая изъ великихъ государственныхъ властей владѣетъ автономной и отдѣльной личностью; но, несмотря на такую троичность, государство образуетъ единое лицо. «Каждое государство,—говоритъ онъ,—заключаетъ въ себѣ три власти, т.-е. всеобщую волю, соединяющую воедино три лица (*trias politica*...). Три государственныя власти кординированы другъ съ другомъ, подобно моральнымъ лицамъ». По Канту, воля этихъ трехъ лицъ комбинируется въ единомъ практическомъ сужденіи, главная посылка котораго есть законъ, малая посылка—предписаніе, изданное согласно съ закономъ, а заключеніе—судебное рѣшеніе [1]).

---

[1]) Kant, *Principes mètaphysiques du droit*, фр. изд., 1855, стр. 175 и 180. Ср. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, стр. 281.

Это воззрѣніе на власти сказалось также и въ знаменитомъ сочиненіи Л. Штейна [1]), хотя, повидимому, онъ и отрицалъ раздѣленіе властей. Онъ училъ, что государственное «я» есть суверенъ, опора органической и автономной личности государства, какова бы ни была его форма; актъ, посредствомъ котораго государство опредѣляетъ мотивы, заставляющіе его дѣйствовать, есть законодательство, а воля государства, стремящаяся выразиться вовнѣ и могущая сдѣлаться обязательной даже путемъ силы, есть исполненіе.

Наконецъ Оріу, повидимому, вполнѣ принимаетъ, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи къ исполнительной власти, понятіе власти, какъ элемента самаго суверенитета [2]).

55. Раздѣленіе властей въ дѣйствующемъ правѣ.—Конституціонные законы 1875 года не содержатъ никакихъ текстовъ, аналогичныхъ положеніямъ конституцій 1791, III и 1848 гг., формулировавшимъ принципъ раздѣленія властей. Нѣтъ ничего въ этомъ удивительнаго. Каждый знаетъ, что собраніе 1875 г. воздержалось отъ формулированія общихъ принциповъ и что, подъ давленіемъ обстоятельствъ, оно ограничилось изданіемъ нѣкоторыхъ нормъ, необходимыхъ для функціонированія республики, которая, по мысли большинства, должна была просуществовать еще очень недолго. Но не видѣло ли оно въ раздѣленіи властей, понятомъ по образцу 1791 г., принципа, продолжающаго существовать?

Законъ, которымъ Бордоское Собраніе предписало возстановить на своихъ мѣстахъ судебныхъ должностныхъ лицъ, не правильно смѣщенныхъ правительствомъ Національной обороны, былъ составленъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Декреты 28 января и 3 февраля 1871 г., предписавшіе устра-

---

[1]) *Die Verwaltungslehre*, 1868.

[2]) *Droit administratif*, 5 изд., 1903, стр. 183 и 185, прим. I. Ср. что было сказано въ концѣ § 47.

неніе 15 магистратовъ, названныхъ въ нихъ, объявляются ничтожными и неимѣющими никакой силы, какъ противорѣчащіе *нормѣ раздѣленія властей* и принципу несмѣняемости магистратуры, и въ то же время суверенное право на судебную организацію сохраняется за Собраніемъ» (25 марта 1871г.). Нѣсколько дней до этого Собраніе назначило Тьера главою *исполнительной власти* французской республики (17 февраля 1871 г.) и, сохраняя попрежнему свою учредительную власть, Собраніе 31 августа 1871 г. дало главѣ *исполнительной власти* титулъ президента республики. Закономъ 20 ноября 1873 г. «*исполнительная власть* была вручена на 7 лѣтъ маршалу Макъ-Магону»... Наконецъ, по выраженію ст. I, § 1 конституціоннаго закона отъ 25 февраля 1875 г., «*законодательная власть* осуществляется двумя собраніями, палатой депутатовъ и сенатомъ».

Изъ этихъ текстовъ, повидимому, вытекаетъ прежде всего, что Учредительное собраніе 1871 г., вотировавшее нынѣ дѣйствующіе конституціонные законы, хотѣло сохранить традицію 1791 и 1848 гг., различить три власти, законодательную, исполнительную и судебную, признать и подтвердить ихъ независимость, и что въ принципѣ строгая теорія раздѣленія властей до сихъ поръ является основою нашего политическаго права. Мы не думаемъ этого. Версальское собраніе имѣло слишкомъ большую опытность въ политическихъ дѣлахъ, чтобы, хотя бы на одинъ моментъ, подумать взять, какъ основу вотируемаго имъ политическаго законодательства, метафизическую теорію раздробленія суверенитета на различныя власти, суверенныя каждая въ отдѣльности, но образующія въ своемъ соединеніи единый и недѣлимый суверенитетъ. Чтобы допустить, что собраніе имѣло подобное воззрѣніе, необходимо было бы, чтобы оно высказало это нарочито, а оно этого не сдѣлало ни въ законахъ, ни въ преніяхъ.

Говоря о раздѣленіи властей въ законѣ 25 марта 1871 г., передавая законами 20 ноября 1873 г. и 25 февраля 1875 г. президенту республики исполнительную власть и двумъ палатамъ власть законодательную, Собраніе не издало ни одного постановленія, изъ котораго можно было бы заключить, что каждая изъ трехъ властей есть отдѣльный элементъ суверенитета. Если общая норма раздѣленія властей есть норма нашего конституціоннаго права, то никакой принципіальный текстъ не препятствуетъ опредѣлить, по желанію, ея смыслъ и значеніе. Легко доказать, что то, что нынѣ называютъ раздѣленіемъ властей, есть норма, въ силу которой существуютъ многіе органы представительства національнаго суверенитета, внутреннее и постоянное сотрудничество этихъ органовъ, взаимное дѣйствіе одного на другой, и раздѣленіе между административнымъ и судебнымъ персоналами, при чемъ судебному сословію обезпечивается по возможности значительная независимость. Все наше современное публичное право, вся наша политическая жизнь протестуютъ противъ полнаго изолированія различныхъ органовъ и заключаютъ въ себѣ, напротивъ, ихъ внутреннее проникновеніе. А это совершенно обратно воззрѣніямъ 1791 года.

Парламентъ, говорятъ, имѣетъ законодательную власть. Если взять это положеніе буквально, оно должно обозначать, что часть, отдѣленная отъ цѣлостнаго суверенитета, делегирована народомъ парламенту. Но такого раздробленія теоретически нельзя себѣ представить, и фактически оно не имѣетъ мѣста; такое раздробленіе не хочетъ знать ни о народѣ, дающемъ представительный мандатъ парла-

менту, ни тѣмъ болѣе о парламентѣ, получающемъ этотъ мандатъ. Парламентъ имѣетъ представительный характеръ; онъ выражаетъ волю отъ имени суверенаго народа. Это вѣрно во всѣхъ областяхъ дѣятельности государства, а не только для осуществленія законодательной функціи. Парламентъ участвуетъ, однако, въ осуществленіи государственныхъ функцій извѣстнымъ образомъ, опредѣляемымъ конституціей. Онъ сотрудничаетъ съ главою государства во всѣхъ сферахъ дѣятельности государства, но онъ можетъ сотрудничать лишь извѣстнымъ образомъ. Когда дѣло идетъ объ изданіи общей нормы, въ принципѣ парламентъ постановляетъ рѣшеніе; онъ можетъ даже проявить иниціативу и издать рѣшеніе, которое глава государства обязанъ будетъ принять (законъ 16 іюня 1875 г., ст. 7). Въ отношеніи нѣкоторыхъ общихъ нормъ рѣшеніе принимается главою государства, и парламентъ участвуетъ въ немъ лишь путемъ контроля или косвеннаго вето, которое онъ можетъ всегда осуществить, пригласивши главу государства представить ему на разсмотрѣніе регламентъ. Не остается также чуждымъ парламентъ и общему управленію государственной службой, но онъ дѣйствуетъ здѣсь лишь путемъ предложеній, съ которыми онъ обращается къ правительству.

Глава государства, говорятъ, имѣетъ исполнительную власть. Пусть будетъ такъ. Въ дѣйствительности, онъ участвуетъ во всей дѣятельности государства; но онъ участвуетъ въ ней иначе, чѣмъ парламентъ. При установленіи общей нормы онъ обыкновенно, въ принципѣ, ее предлагаетъ и обнародываетъ; онъ можетъ даже потребовать новаго обсужденія закона, въ которомъ ему не можетъ быть

отказано, но если парламентъ настаиваетъ на своемъ первоначальномъ вотумѣ, президентъ республики долженъ обнародовать законъ; однако пока законъ не обнародованъ, онъ не имѣетъ примѣненія (конституціонный законъ 16 іюля 1875 г., ст. 7). Для многихъ распоряженій общаго характера, называемыхъ регламентами, глава государства принимаетъ рѣшеніе подъ контролемъ парламента и подъ угрозою всегда возможнаго косвеннаго вето парламента.

Такимъ образомъ два органа, парламентъ и правительство, олицетворяемые главою государства, оказываютъ другъ на друга постоянное взаимное дѣйствіе, тѣснымъ образомъ сотрудничаютъ въ приведеніи въ дѣйствіе общей дѣятельности государства, но при этомъ сотрудничаютъ въ различныхъ формахъ, благодаря разницѣ самой своей структуры. Если подъ раздѣленіемъ законодательной и исполнительной властей разумѣютъ именно это, то мы вполнѣ согласны, и на этомъ можно сойтись. Но надо признаться, что въ данномъ случаѣ мы далеки отъ системы 1791 г., по которой каждый изъ органовъ воплощалъ отдѣльный элементъ суверенитета и долженъ былъ быть независимымъ и суверенным въ своей сферѣ. Поэтому мы полагаемъ, что во избѣжаніе путаницы слѣдуетъ вмѣсто раздѣленія властей говорить о сотрудничествѣ органовъ.

Но подъ раздѣленіемъ властей разумѣютъ не только это. Для многихъ авторовъ существуетъ еще третья власть, судебная. Вопросъ о томъ, существуетъ ли въ данное время судебная власть (pouvoir) или только судебный авторитетъ (autorité) и согласна или противна принципу раздѣленія властей юрисдик-

ція по административно-судебнымъ дѣламъ, является классическимъ [1]).

Единогласно разсматриваютъ всю администрацію, какъ исполнительную власть, административные агенты разсматриваются, какъ исполнительные агенты. По правдѣ, мы не видимъ, почему не ставится также вопросъ, не существуетъ ли четвертой власти, административной. Оріу [2]) говоритъ, что слѣдуетъ сохранить традиціонную идею, разсматривающую администрацію, какъ исполненіе; и онъ даетъ этому мистическое объясненіе, котораго мы не поняли [3]). Артюръ заявляетъ, что первый конститутивный элементъ всякой *власти* есть раздѣленіе функцій, а второй—достаточная независимость носителей каждой функціи. Если дѣло обстоитъ такимъ образомъ, нѣтъ основанія, чтобы администрація не составила власти отдѣльной отъ исполнительной. Административная функція, какъ мы, полагаемъ, установили (ср. § 47), вполнѣ отличается отъ исполнительной функціи, если, по крайней мѣрѣ, допускать существованіе этой послѣдней. Съ другой стороны, многіе административные чиновники пользуются очень значительной независимостью по отношенію къ правительству; достаточно указать на выборные административные совѣты, напримѣръ, на генеральные совѣты, совершающіе отъ имени государства многочисленные административные акты. Если критерій, по которому, согласно Артюру, узнаютъ власти, правиленъ, то тогда слѣдуетъ сказать, что существуетъ административная власть, отдѣльная отъ законодательной и отъ исполнительной властей. Мы не имѣемъ намѣренія поддерживать подобный парадоксъ; но мы говоримъ это лишь съ цѣлью показать тотчасъ же, насколько искусственна и пуста контраверза о томъ, существуетъ ли судебная *власть* или судебный *авторитетъ*, и насколько неопредѣленъ критерій, предложенный Артюромъ.

---

[1]) Ср. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899 и Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, особенно стр. 59 и слѣд.

[2]) *Op. cit.*, 5 изд., стр. 184.

[3]) Ср. § 47 въ концѣ.

Подобно тому, какъ не ставится вопроса объ административной власти, отдѣльной отъ законодательной и исполнительной, точно такъ же, по нашему мнѣнію, не ставится вопроса и о судебной власти. Чтобы установить, что судебная власть есть третья власть, отдѣльная отъ исполнительной, слѣдуетъ, говорятъ, доказать, что существуетъ функція суда, отличная отъ другихъ государственныхъ функцій, и въ частности отъ исполнительной, и достаточная независимость носителей судебной функціи [1]). Нисколько; когда будетъ доказано это, еще не будетъ доказано, что правосудіе составляетъ третью власть. Несомнѣнно, функція суда есть функція вполнѣ отличная отъ законодательной, отъ исполнительной и отъ административной функцій. Мы допускаемъ даже, что несмѣняемость судебныхъ должностныхъ лицъ обезпечиваетъ имъ достаточную независимость. Все это не доказываетъ, что существуетъ автономная судебная власть, и что она можетъ вообще существовать, такъ какъ все это вѣрно и для администраціи, а между тѣмъ нисколько не думаютъ дѣлать изъ администраціи автономную власть. Чтобы доказать, что правосудіе есть автономная власть, слѣдовало бы доказать, что оно есть элементъ, отдѣленный отъ государственнаго суверенитета и воплощенный въ органъ представительства. Но доказать это невозможно, такъ какъ самое дробленіе суверенитета невозможно. Это лишь метафизическое воззрѣніе безъ реальной цѣны. Оно было въ одно время нормою позитивнаго французскаго права, такъ какъ конституціи 1791, III и, быть-можетъ, 1848 гг. особо

---

[1]) Artur, *op. cit*, стр. 69.

заявили, что правосудіе есть часть суверенитета, которою надѣлены судьи. Но нынѣ ни одинъ положительный текстъ не подтверждаетъ этого воззрѣнія; слѣдовательно, оно не можетъ быть принято, такъ какъ само по себѣ оно произвольно и противорѣчитъ самому понятію единаго и недѣлимаго суверенитета. Изъ этого мы не сдѣлаемъ вывода, подобно большинству авторовъ, отвергающихъ идею автономной судебной власти, что правосудіе сливается съ исполнительной властью. Для насъ, какъ уже было показано, не существуетъ ни исполнительной, ни судебной властей. Существуютъ судебные и административные агенты; судебные агенты находятся подъ контролемъ правительства, въ свою очередь, находящагося подъ контролемъ парламента. Назначаетъ ихъ правительство, какъ назначаетъ оно и административныхъ агентовъ, такъ какъ именно правительство должно обезпечить хорошую администрацію правосудія. Правительство имѣетъ даже въ наиболѣе важныхъ судебныхъ учрежденіяхъ спеціальныхъ агентовъ, агентовъ прокуратуры, обязанныхъ его представлять.

Но, говорятъ, доказательствомъ того, что за актомъ судьи скрывается настоящая суверенная власть, автономная и отличная отъ другихъ властей, является то, что рѣшеніе судьи обязательно для всѣхъ, для правительства и даже для парламента. Это ничего не доказываетъ. Когда административное лицо заключаетъ договоръ отъ имени государства, его актъ обязателенъ для всѣхъ—для правительства, для парламента; и нѣтъ органа, который могъ бы освободить государство отъ обязанностей, легшихъ на него въ силу этого договора. Впрочемъ, легко по-

казать истинное основаніе, въ силу котораго рѣшеніе судьи обязательно для парламента и правительства. Достаточно вспомнить истинный характеръ юрисдикціонной функціи; она состоитъ или въ констатированіи нарушенія закона или въ логическомъ извлеченіи выводовъ, указываемыхъ самимъ закономъ, или въ констатированіи существованія и объема субъективнаго права и въ предписаніи выполнить это право. Слѣдовательно, на самомъ дѣлѣ, для государства, для правительства, для парламента обязательно не юрисдикціонное рѣшеніе, а самъ законъ, само субъективное право, существованіе и объемъ котораго были признаны. Слѣдовательно, обязательная сила юрисдикціонныхъ рѣшеній по отношенію къ государству есть логическое и простое слѣдствіе понятія *правового государства*; государство связано объективнымъ и субъективнымъ правами, когда, въ случаѣ нарушенія или оспариванія, они констатированы агентами, которымъ законъ далъ спеціальную компетенцію въ этомъ отношеніи.

Заключеніе.—Послѣ всего вышеизложеннаго мы можемъ отвѣтить на вопросы, поставленные въ началѣ § 54 и напрасно смѣшанные въ одинъ сложный и чрезвычайно темный вопросъ о раздѣленіи властей. Мы говоримъ: національная воля можетъ быть представлена многими органами. Гораздо лучше даже, чтобы она была представлена многими органами, а не однимъ, такъ какъ эти органы взаимно будутъ ограничивать и уравновѣшивать другъ друга. Но если и существуютъ многіе органы представительства, суверенитетъ не можетъ быть раздѣленъ на многіе элементы, и нельзя подъ именемъ власти надѣлять каждый изъ этихъ органовъ

частичнымъ элементомъ суверенитета, остающагося, несмотря на это дѣленіе, единымъ и недѣлимымъ. Въ самомъ дѣлѣ, суверенитетъ есть воля націи, какъ лица; всякое лицо недѣлимо; всякая воля, исходящая отъ него, тоже недѣлима. Эта концепція суверенной власти, единой въ трехъ властяхъ, является метафизическимъ воззрѣніемъ, аналогичнымъ христіанской тайнѣ троичности, соблазнившей нѣсколько химерическіе умы Собранія 1789 г., но недопустимымъ въ дѣйствительно позитивномъ построеніи публичнаго права. Когда есть нѣсколько органовъ представительства, они неизбѣжно сотрудничаютъ во всякой общей дѣятельности государства; но ихъ способъ участія естественно разнится; это является нормой для конституціи всякой страны, и то, что называютъ неточно раздѣленіемъ властей, на самомъ дѣлѣ есть разность въ сотрудничествѣ различныхъ органовъ въ общей дѣятельности государства.

Наконецъ, такъ какъ суверенитетъ остается въ своей сущности единымъ и недѣлимымъ и осуществляется въ сотрудничествѣ съ органами представительства, то во всѣхъ странахъ существуютъ агенты, вступающіе въ отношенія съ частными лицами и дѣйствующіе подъ контролемъ и по иниціативѣ органовъ представительства. Почти повсюду эти агенты раздѣляются на двѣ большія категоріи: на административныхъ и судебныхъ агентовъ. Логичнымъ казалось бы, чтобы одни несли только административную функцію, но всю, другіе—только юрисдикціонную функцію, но тоже всю. Во Франціи, вслѣдствіе историческихъ вліяній, практическихъ соображеній, усвоенныхъ привычекъ, распредѣленіе

функцій между двумя категоріями агентовъ совершается не указаннымъ способомъ, а юрисдикціонная функція принадлежитъ агентамъ администраціи, когда осуществленіе этой функціи заключаетъ въ себѣ оцѣнку административнаго акта. Это раздѣленіе судебныхъ и административныхъ агентовъ называется иногда также раздѣленіемъ властей. Выраженіе—не точное и является причиною многихъ смѣшеній и даже ошибокъ; слѣдовало бы сказать просто: раздѣленіе судебнаго и административнаго сословій.

56. **Парламенты. Ихъ составъ.** — Слово *парламентъ* въ настоящее время окончательно вошло въ политическій языкъ для обозначенія совѣщающихся собраній, имѣющихъ вообще главной своей задачей вотированіе законовъ и бюджета. Это слово, происходящее отъ позднѣйшаго латинскаго *parlamentum,* служитъ въ Англіи съ XV вѣка для обозначенія обоихъ собраній, осуществляющихъ совмѣстно съ королемъ суверенную власть. Во Франціи это слово употреблялось въ старинныя времена для обозначенія всякаго собранія. Но съ XV столѣтія оно стало исключительно обозначать верховныя судебныя палаты, изъ которыхъ наиболѣе древняя, парижскій парламентъ, возникшая изъ прежняго королевскаго суда, желала, благодаря своему праву, регистрировать королевскіе эдикты, играть политическую роль, ссылаясь иногда на сходство именъ и на примѣръ англійскаго парламента. Парламенты, какъ судебныя палаты, прекратили свое существованіе въ 1790 г., и въ XIX вѣкѣ на континентѣ, подобно Англіи, слово *парламентъ* сдѣлалось общимъ терминомъ, обозначающимъ политическія собранія.

Современные парламенты имѣютъ вообще довольно сложную структуру. Чаще всего они избираются на основѣ прямого или косвеннаго голосованія, болѣе или менѣе обширнымъ избирательнымъ корпусомъ; на эти выборные парламенты смотрятъ, какъ на органы по преимуществу національнаго представительства. Однако можно вполнѣ легко представить себѣ, что парламентъ не избирается, а, напримѣръ, цѣликомъ назначается главою государства или составляется весь изъ лицъ, засѣдающихъ въ немъ по праву рожденія.

У насъ, во Франціи, послѣ Революціи бывали такіе политическіе режимы, при которыхъ часть парламента не была избираемой. Члены палаты пэровъ, въ силу Хартіи 1814 г. (ст. 27), назначались королемъ; ихъ число было не ограничено; король могъ «измѣнять ихъ рангъ, назначать пожизненно или дѣлать ихъ наслѣдственными, согласно своей волѣ». Въ силу стт. 3 и 4 Дополнительнаго Акта 1815 г. палата пэровъ была наслѣдственной, пэры назначались королемъ въ неограниченномъ числѣ. Англійская палата лордовъ почти исключительно наслѣдственна; духовные лорды засѣдаютъ въ верхней палатѣ лишь пожизненно. Шестнадцать шотландскихъ пэровъ выбираются на каждый законодательный періодъ, а двадцать восемь пэровъ Ирландіи выбираются пожизненно. Въ Пруссіи, въ Австріи, въ Венгріи существуютъ палаты, наслѣдственныя во всемъ своемъ составѣ. Во Франціи законъ 29 декабря 1831 г. уничтожилъ наслѣдственность пэрства и обязалъ короля выбирать пэровъ, впрочемъ, въ неограниченномъ числѣ, изъ опредѣленныхъ категорій знатныхъ лицъ. Имперскій сенатъ сдѣлался настоящимъ законодательнымъ собраніемъ въ силу конституціоннаго сенатусконсульта 21 мая 1870 г.: всѣ его члены назначались императоромъ. Итальянскій сенатъ составляется, подобно палатѣ пэровъ Людовика Филиппа, изъ сенаторовъ, назначаемыхъ пожизненно королемъ и выбираемыхъ изъ среды знатныхъ лицъ [1]).

[1]) *Основной Статутъ* 4 марта 1848 г., ст. 33.

Спрашивается, можетъ ли невыборная палата имѣть представительный характеръ?

Во Франціи много разъ приписывался представительный характеръ невыборнымъ собраніямъ. Такова была мысль дѣятелей 1830 г. Хартія 1830 г. была вотирована палатой депутатовъ и палатой пэровъ; будущій король принялъ ее и въ силу этого принятія сдѣлался *королемъ французовъ*; считаютъ, что заключенъ былъ настоящій договоръ между новымъ королемъ и французской націей, представленной одновременно палатой депутатовъ и палатой пэровъ. Уже въ 1814 году имперскій сенатъ, вотируя низложеніе Наполеона Бонапарта (3 апрѣля 1814 г.), объявилъ себя прямымъ представителемъ французской націи. Въ знаменитыхъ дебатахъ, предшествовавшихъ вотированію закона 29 декабря 1831 г., уничтожившаго наслѣдственность пэрства, нѣсколько разъ была выдвинута идея, что палата пэровъ имѣетъ настоящій представительный характеръ [1]).

Это не все: доктрина, по которой невыборное собраніе обладаетъ представительнымъ характеромъ, была защищаема, какъ логическое послѣдствіе истинной теоріи политическаго представительства. Такъ, Еллинекъ пишетъ: «Члены палаты, составленной по назначенію, ни въ чемъ не отличаются отъ выборныхъ членовъ. Поэтому они имѣютъ такое же право считаться представителями народа, какъ и члены выборной палаты» [2]).

Мы полагаемъ, что невыборная палата не можетъ имѣть представительнаго характера. Каково бы ни было рѣшеніе относительно юридической природы связи, существующей между націей и представительнымъ корпусомъ, неоспоримо, что эта связь

---

[1]) Ср. *Archives parlem.*, 2-e série, LXX, стр. 698 и въ частности рѣчи Берріе, Тьера, Гизо, Ройе-Коллара и Казиміръ-Перье. Ср. Guizot, *Gouvernement représentatif*, 1856, I, стр. 83.

[2]) *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905, стр. 572. Ср. въ томъ же смыслѣ Rieker, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1895, стр. 8.

существуетъ. Не важно, является ли представительный корпусъ уполномоченнымъ или органомъ гражданъ, какъ цѣлаго: для того, чтобы было представительство, необходимо нѣкоторое общеніе между представителями и представляемыми. Мы уже сказали, что доктрина, видящая въ членахъ представительнаго собранія лишь простыхъ чиновниковъ и отрицающая всякое отношеніе между собраніемъ и представляемыми, не только противорѣчитъ французской теоріи, но и самимъ фактамъ (ср. §§ 52 и 53). Когда же члены собранія наслѣдственны или назначены королемъ, не замѣтно общенія между собраніемъ и гражданами; слѣдовательно, для представительства недостаетъ необходимаго фактическаго условія.

Можно путемъ тонкой діалектики утверждать, что представительство имѣется потому, что собраніе является представительнымъ всякій разъ, когда оно есть органъ націи, какъ органа, и, слѣдовательно, вторичный органъ государства, каковъ бы ни былъ, впрочемъ, способъ ея назначенія. Но теорія органа здѣсь даже не примѣнима, такъ какъ она, по словамъ самого Еллинека [1]), есть лишь юридическая форма отношенія, существующаго фактически между избирателями и избранными, а въ данномъ случаѣ нѣтъ ни избирателей, ни избранныхъ. Съ точки зрѣнія юридико-органической теоріи можно лишь сказать, что невыборное собраніе, напримѣръ, назначенное главою государства, есть прямой, но созданный органъ государства. Теорія созданнаго органа примѣняется здѣсь цѣликомъ. Назначенное собраніе независимо отъ главы, его назначившаго, какъ всякій созданный органъ независимъ отъ органа создающаго; оно независимо отъ націи, такъ какъ оно есть прямой органъ наряду съ націей, тоже прямымъ органомъ. Но приписать ему представительный характеръ—значитъ не признавать фактовъ

---

[1]) *Op. cit.*, стр. 571.

и противорѣчить самимъ положеніямъ юридико-органической теоріи.

По французской теоріи представительства (§ 53) совершенно невозможно приписать представительный характеръ невыборному собранію. Представительный мандатъ дается не избирательными округами депутату, взятому въ отдѣльности, а всею націей, какъ лицомъ, собранію, взятому въ цѣломъ. Итакъ, нужно для наличности представительства, чтобы нація въ какой-нибудь формѣ приняла участіе въ назначеніи собранія. Нѣтъ необходимости, чтобы всѣ члены націи приняли въ этомъ участіе, ни даже чтобы они могли принять участіе; достаточно, чтобы эта національная воля была выражена извѣстнымъ числомъ лицъ, разсматриваемыхъ, какъ единственно способныя выражать ее точно. Но если хотятъ имѣть представительное собраніе, нужно еще, чтобы индивиды, назначающіе членовъ собранія, составляли часть самой націи. Король, можно сказать, есть часть націи; онъ, говорили въ 1789 г., въ націи; слѣдовательно, онъ законно и логично выражаетъ волю націи, а собраніе, созданное имъ, можетъ быть представительнымъ собраніемъ на томъ же основаніи, какъ и выборное собраніе. Это разсужденіе не годится. Что-нибудь одно: или король имѣетъ личную власть внѣ всякой делегаціи, данной ему націей, и тогда нельзя говорить, что король—въ націи и, какъ таковой, выражаетъ волю націи. Людовикъ XVIII и Карлъ X, утверждавшіе, что ихъ королевское право предшествуетъ и стоитъ надъ націей, не составляли части націи, и палата пэровъ, назначенная ими, не могла разсматриваться, какъ образованная націей, выражающей свою волю чрезъ короля, какъ своего органа; или, наоборотъ, король имѣетъ только ту власть, которую ему даетъ нація; таковъ Людовикъ Филиппъ въ 1830 г. король французовъ волею народа; тогда онъ или простой агентъ націи, не выражающій воли націи, и не можетъ создать собранія, представляющаго національную волю, или онъ представитель націи (ср. констит. 1791 г., тит. III, введ., ст. 2), но тогда онъ не въ націи, и нельзя сказать, что назначаемое имъ собраніе беретъ свое начало въ самой націи. Въ крайнемъ случаѣ можно, пожалуй, утверждать, что собраніе, назначенное главою государства, разсматриваемымъ, какъ представитель націи, имѣетъ предста-

вительный характеръ, такъ какъ въ этомъ случаѣ король выражаетъ самую волю націи. Но въ §§ 58 и 59 мы увидимъ, что вопросъ о томъ, когда глава государства имѣетъ представительный характеръ, споренъ, особенно, если предполагается, что этотъ характеръ можетъ принадлежать наслѣдственному главѣ государства.

Вопросъ о двухъ палатахъ. — Въ настоящее время въ большинствѣ странъ парламенты составляются изъ двухъ палатъ. Иногда изъ двухъ палатъ одна только выборная; чаще всего обѣ палаты избираемы, но избираемы по разному способу голосованія. Иногда обѣ палаты имѣютъ одинаковую власть, иногда различную. Это не важно; основнымъ и общимъ фактомъ является одновременное сосуществованіе двухъ палатъ въ одномъ парламентѣ; это, согласно обычному выраженію,—двойственность (dualité) парламента.

Во Франціи первой конституціей, создавшей двѣ палаты, была конституція III года: «Законодательный корпусъ составляется изъ Совѣта Старѣйшинъ и Совѣта Пятисотъ» (ст. 44). Способъ избранія обоихъ совѣтовъ былъ одинъ и тотъ же: они возобновлялись каждый годъ по третямъ (стт. 41 и 53). Иниціатива и законодательный пріоритетъ принадлежалъ Совѣту Пятисотъ (ст. 76). Совѣтъ Старѣйшинъ могъ только или принять или отвергнуть законъ цѣликомъ (ст. 86). Конституція VIII года создала нѣсколько учрежденій, участвующихъ въ созданіи законовъ: Государственный Совѣтъ, Трибунатъ, Законодательный Корпусъ; только одинъ послѣдній былъ законодательной палатой. Сенатъ не былъ законодательнымъ собраніемъ, а только сенатомъ, охранителемъ конституціи. Сенаторская конституція 1814 г., Хартіи 1814 и 1830 гг. и Дополнительный Актъ 1815 г. создали двѣ палаты, изъ которыхъ одна была избираемой. Обѣ одинаково участвовали въ вотированіи и обсужденіи обыкновенныхъ законовъ; для финансовыхъ законовъ пріоритетъ по Хартіи 1814 г. (ст. 17) и иниціатива и пріоритетъ по Хартіи 1830 г.

(ст. 15) принадлежали палатѣ депутатовъ. Традиціонной нормой Англіи является, что иниціатива и пріоритетъ въ финансовой сферѣ принадлежатъ выборной палатѣ, Палатѣ Общинъ. Конституція 1852 г. создала лишь одно законодательное собраніе. Имперскій Сенатъ дѣлается второй палатой лишь въ силу учредительнаго сенатусконсульта 21 мая 1870 г. Національное собраніе 1871 г. заявило 13 марта 1873 г., что оно не разойдется, прежде чѣмъ не создастъ второй палаты и не установитъ ея правъ (законъ 13 марта 1873 г., ст. 5, № 2). Такимъ образомъ оно сдѣлало изъ двойственности парламента принципъ конституціи, которую оно предполагало вотировать. Сенатъ и Палата депутатовъ являются двумя избираемыми собраніями, имѣющими различный способъ пополненія; они одинаково участвуютъ въ выработкѣ законовъ. Сенатъ не имѣетъ ни иниціативы, ни пріоритета въ финансовой области [1]).

Въ большинствѣ иностранныхъ государствъ, имѣющихъ представительную форму правленія, парламентъ раздѣленъ на двѣ палаты. Только великое герцогство Люксембургское, Грецiя и Сербія въ Европѣ, провинціи Онтаріо, Манитоба и Британская Колумбія въ Канадѣ имѣютъ по одной палатѣ. Мексика, Эквадуоръ, Перу и Боливія возвратились къ системѣ двухъ палатъ, послѣ того какъ нѣкоторое время придерживались однопалатной системы. Наоборотъ, Сербія, установивши было одно время двѣ палаты, возвратилась къ своей прежней системѣ парламентскаго единства при обстоятельствахъ, на которыя не безполезно указать. Сербская конституція 6/19 апрѣля 1901 г. (стт. 70—75) создала на ряду со *Скупчиной* вторую палату, Сенатъ, составленную изъ выборныхъ членовъ, изъ членовъ по праву и изъ членовъ, назначенныхъ королемъ. Но послѣ убійства короля Александра и королевы Драги (28—29 мая 1903 г.) Національное представительство (Скупчина и Сенатъ), избранное въ силу конституціи 1901 г., собралось въ Бѣлградѣ (2 іюня 1903 г.) для избранія новаго короля (Петра Карагеоргіевича) и 5 іюня замѣнило конституцію 1901 г. новою конституціей, которая почти тождественна съ конституціей 1888 г., извѣстной подъ

---

[1]) Конст. зак. 25 февр. 1875 г., ст. 1, 24 февр., ст. 8.

именемъ *радикальной конституціи*, и такимъ образомъ Сенатъ былъ уничтоженъ, и осталась одна палата, Скупчина [1]).

Можно задать вопросъ, имѣетъ ли Германская имперія одну палату или двѣ? Въ самомъ дѣлѣ точная природа *Bundesrath'a* остается подъ вопросомъ. Является ли онъ настоящимъ законодательнымъ собраніемъ, составленнымъ изъ представителей союзныхъ государствъ, назначенныхъ правительствами, или дипломатическимъ конгрессомъ, составленнымъ изъ посланныхъ отъ каждаго государства для обсужденія общихъ дѣлъ? По мнѣнію Лабанда, *Bundesrath* носитъ двойной характеръ, вытекающій изъ его историческаго происхожденія; съ одной стороны, *Bundesrath* служитъ для осуществленія принадлежащихъ отдѣльному государству *правъ члена союза*, съ другой стороны, онъ есть органъ имперіи. Однако, по мнѣнію ученаго автора, нельзя его сравнивать съ верхней палатой; онъ находится въ рѣзкомъ противорѣчіи со всякимъ видомъ парламентскихъ учрежденій, такъ какъ члены *Bundesrath'a* вотируютъ согласно инструкціямъ, полученнымъ отъ своихъ правительствъ, которымъ они и должны давать отчетъ въ своемъ вотумѣ [2]).

Въ силу основныхъ русскихъ законовъ, опубликованныхъ 25 апрѣля (8 мая) 1906 г. реорганизованный Государственный Совѣтъ, повидимому, носитъ характеръ второй палаты наряду съ Думой. Въ самомъ дѣлѣ въ нихъ сказано: „Государь Императоръ осуществляетъ законодательную власть въ единеніи съ Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой“ (ст. 7). Государственный Совѣтъ есть прежній Совѣтъ, увеличенный 96 членами, выбираемыми, на условіяхъ возвышеннаго ценза или спеціальныхъ гарантій способности, православнымъ духовенствомъ, учеными корпораціями, торговыми комитетами, губернскими земскими собраніями и дворянскими обществами.

Обыкновенно въ федеративныхъ странахъ изъ двухъ палатъ одна представляетъ индивидовъ, другая — штаты,

---

[1]) Ст. конст. 5 іюня 1903 г., *Annuaire de législation étrangère* 1904, стр. 601 и *Note* Peritch'a, въ *Bulletin Société législ. comparée*, 1903, стр. 436.

[2]) Laband, *Droit public*, франц. изд., 1900, I, стр. 355 и 356.

соединеніе которыхъ образуетъ федерацію. Число членовъ низшей палаты видоизмѣняется, смотря по населенію; число членовъ верхней палаты опредѣляется числомъ штатовъ, изъ которыхъ каждый имѣетъ одинаковое число представителей, каково бы ни было его населеніе. Въ Соединенныхъ Штатахъ Палата представителей представляетъ индивидовъ, и каждый штатъ выбираетъ въ нее, по своимъ собственнымъ избирательнымъ законамъ, число депутатовъ, мѣняющееся въ зависимости отъ численности своего населенія. Что касается американскаго Сената, въ него входитъ по два сенатора отъ каждаго штата, каково бы ни было его населеніе. Они выбираются на шесть лѣтъ законодательнымъ собраніемъ каждаго штата (американская конст., ст. 1, разд. 3, § 1). Однако избирательная комиссія Палаты представителей недавно высказалась въ пользу поправки къ конституціи, въ силу которой Сенатъ выбирался бы прямымъ народнымъ голосованіемъ, а не законодательными собраніями штатовъ [1]). Въ Швейцаріи изъ тѣхъ же соображеній приняли американскую систему. Изъ двухъ федеральныхъ палатъ, одна, Національный совѣтъ, представляетъ индивидовъ, другая, Совѣтъ кантоновъ, — кантоны, изъ которыхъ каждый назначаетъ двухъ депутатовъ, каково бы ни было его населеніе. — По конституціи австралійской *Commonwealth*, основывающейся на федеративномъ принципѣ, каждый штатъ назначаетъ двухъ сенаторовъ, каково бы ни было его населеніе; парламентъ, который можетъ уменьшить или увеличить число сенаторовъ, всегда долженъ удерживать ровное представительство штатовъ въ Сенатѣ. Въ каждомъ штатѣ сенаторы и представители назначаются одними и тѣми же избирателями [2]).

Въ унитарныхъ государствахъ эта система не имѣетъ своего *raison d'être*, и Дюфоръ, несомнѣнно, ошибался, когда въ 1873 г. предложилъ посылать въ Сенатъ по три сенатора отъ каждаго департамента (конституціонный законопроектъ отъ 19 мая 1873 г.). Наши департаменты представляютъ со-

---

[1]) *Temps*, 14 апрѣля 1906.

[2]) Конст. 9 іюля 1900, ст. 7, *Annuaire législ. étrang.*, 1901, стр. 762.

бою простыя административныя дѣленія безъ аналогіи со штатами американской федераціи или швейцарскими кантонами. Далѣе будетъ видно, что вѣрное рѣшеніе проблемы двухъ палатъ заключается въ системѣ, которая обезпечиваетъ въ одной палатѣ представительство индивидовъ, а въ другой—представительство соціальныхъ группъ или профессіональное представительство (ср. § 57).

Испанія дала значительное мѣсто въ своемъ избирательномъ законодательствѣ профессіональному представительству. Ея Сенатъ составляется: 1) изъ сенаторовъ по праву, 2) изъ сенаторовъ, назначаемыхъ пожизненно короной, 3) изъ 180 сенаторовъ, избираемыхъ на 10 лѣтъ (возобновляемыхъ наполовину черезъ каждыя пять лѣтъ); изъ этихъ 180 выборныхъ сенаторовъ, 150 выбираются провинціальными депутаціями или делегатами коммунъ; другіе избираются архіепископами, епископами и капитулами каждой провинціи, университетами и экономическими обществами, соединяющими извѣстныя условія [1]).

Во многихъ странахъ, какъ во Франціи, верхняя палата избирается, цѣликомъ или отчасти, мѣстными выборными административными учрежденіями или ихъ делегатами. Такъ дѣло обстоитъ въ Швеціи, въ Голландіи. Въ Бельгіи Сенатъ избирается тѣми же выборщиками, что и палата, но къ этому прибавляется нѣкоторое число сенаторовъ, избираемыхъ провинціальными совѣтами [2]).

Вниманію наблюдателя съ особенной настойчивостью представляется тотъ всеобщій фактъ, что въ большинствѣ современныхъ странъ парламенты состоятъ изъ двухъ отдѣльныхъ палатъ, засѣдающихъ отдѣльно и имѣющихъ вообще различные способы для своего пополненія. Учрежденіе, носящее такой

---

[1]) Испанская конст. 30 іюня 1876, *Annuaire législ. étrang.*, 1877, стр. 418; и избирательный законъ для Сената, 8 февр. 1877, *ibid.*, 1878, стр. 430.

[2]) Бельгійская констит., пересмотрѣнная въ 1893 г., ст. 53 и сл., *Annuaire législ. étrang.*, 1894, стр. 381.

характеръ общности и постоянства, несомнѣнно, отвѣчаетъ реальной потребности. И дѣйствительно, въ существованіи двухъ палатъ, взаимно другъ друга ограничивающихъ, заключается серьезная и необходимая гарантія противъ захватовъ со стороны парламента. Монтескье вполнѣ справедливо сказалъ, говоря объ англійской конституціи: «такъ какъ въ ней законодательный корпусъ состоитъ изъ двухъ частей, одна будетъ сдерживать другую, благодаря своей возможности воспрепятствовать» [1]). Тиранія единаго выборнаго собранія столь же страшна, какъ и тиранія наслѣдственнаго государя. Сначала конституціи провозглашались, чтобъ охранить индивида противъ королевскаго произвола, и поэтому въ государствѣ данъ былъ перевѣсъ выборному парламенту. Но избраніе—не достаточная гарантія того, что парламентъ не перейдетъ своихъ полномочій. Лучшій способъ, найденный до сихъ поръ, чтобы избѣжать, по мѣрѣ возможности, парламентской тираніи, состоитъ въ созданіи двухъ собраній, совмѣстная работа которыхъ необходима для вотированія законовъ и бюджета, и которыя, такимъ образомъ, ограничиваютъ другъ друга. Примѣръ французскаго Конвента показываетъ, чѣмъ можетъ стать тиранія собранія, и мы не думаемъ, чтобъ осмѣлились ссылаться на него въ пользу единства парламента.

Однако система двухъ палатъ встрѣчала постоянно возраженія разнообразнаго характера и очень убѣжденныхъ противниковъ. — Прежде всего дѣлали возраженіе, основанное на самой природѣ суверенитета: суверенитетъ есть національная воля; націо-

---

[1]) *Esprit des lois*, кн. XI, гл. 6.

нальная воля *едина* и *недѣлима* въ своемъ существѣ; она не можетъ быть раздѣлена въ своемъ представительствѣ; дать ей два представительныхъ органа есть противорѣчіе.

Эти соображенія были приведены еще въ 1789 г. *Конституціоналисты* требовали чрезъ посредство Мунье двѣ палаты (31 августа 1789 г.). Въ засѣданіи 10 сентября 1789 г. Собраніе вотировало очень сильнымъ большинствомъ принципъ единства законодательнаго корпуса (конст. 1791., тит. III, гл. 1, введ., ст. 1). Аргументъ, основывающійся на единствѣ суверенитета, очень отчетливо былъ изложенъ Рабо-Сентъ Этьеномъ. „Суверенъ,—сказалъ онъ,—есть нѣчто единое и простое, такъ какъ это есть собраніе всѣхъ безъ исключенія; слѣдовательно, и законодательная власть едина и проста; суверенъ не можетъ быть раздѣленъ, такъ какъ нѣтъ двухъ, трехъ или четырехъ законодательныхъ властей, какъ нѣтъ двухъ, трехъ или четырехъ сувереновъ. Слѣдовательно, обратно, если вы раздѣляете законодательную власть надвое или натрое, вы раздѣляете суверена надвое или натрое, что не во власти людей, ибо они не могутъ сдѣлать, чтобы суверенъ, являющійся непремѣнно собраніемъ всѣхъ безъ исключенія, пересталъ быть таковымъ“ [1]). — Выдвинутъ былъ также и другой аргументъ, часто воспроизводившійся съ тѣхъ поръ, но въ 1789 г. имѣвшій особенный вѣсъ. Говорили: или оба собранія будутъ пополняться по одному способу, и тогда одно изъ нихъ безполезно, или они будутъ пополняться по разному способу, и одно изъ нихъ сдѣлается настоящимъ аристократическимъ корпусомъ. «Если обѣ палаты образуются одинаково, — говорилъ Матье де-Монморанси, — одна изъ нихъ безполезна, такъ какъ она была бы лишь бюро, находящимся подъ постояннымъ вліяніемъ другой. Если же ихъ образованіе будетъ различное, и будетъ принята идея Сената, то этимъ будетъ учреждена аристократія, и народъ будетъ порабощенъ» [2]). Ст. I-я, введ., гл. I, тит. III, конст. 1791 г.: «Національное Собраніе, обра-

---

[1]) *Archives parlem.*, 1 série, VIII, p. 569.

[2]) *Ibid.*, VIII, стр. 585.

зующее законодательный корпусъ... составляется изъ одной палаты» была вотирована сильнымъ большинствомъ.

Аргументъ, основывающійся на единствѣ суверенитета, былъ воспроизведенъ въ 1848 г., и подъ вліяніемъ этого аргумента Учредительное Собраніе вотировало принципъ единства парламента (конст. 1848 г., ст. 20). Арманъ Марастъ, докладчикъ конституціонной комиссіи, предложившій текстъ, ставшій ст. 20, писалъ въ своемъ докладѣ: «Суверенитетъ единъ, нація едина, національная воля едина. Какимъ же образомъ хотятъ, чтобы и делегація суверенитета не была единой, чтобы національное представительство было раздѣлено надвое, чтобы законъ, исходящій отъ общей воли, былъ принужденъ имѣть два выраженія для одной мысли?» [1]).

Существованіе двухъ палатъ вполнѣ совмѣстимо съ единствомъ и недѣлимостью суверенитета. Если допускаютъ, что суверенитетъ есть самая воля націи, то, разумѣется, онъ не можетъ быть раздробленъ, и его различные элементы не могутъ быть делегированы различнымъ органамъ; раздѣленіе властей, въ строгомъ смыслѣ слова, какъ его понимали въ 1789—1791 гг. и, быть-можетъ, въ 1848 г., логически невозможно (ср. § 54). Но созданіе двухъ палатъ, въ отличіе отъ раздѣленія властей, нисколько не предполагаетъ раздробленія суверенитета въ его представительствѣ. Въ самомъ дѣлѣ, несмотря на существованіе двухъ палатъ, парламентъ остается *единымъ*; онъ сложенъ въ своемъ строеніи, но остается *единымъ* въ своемъ существѣ, и делегація дается лишь одному органу. Парламентъ составляется изъ индивидовъ; но никто не скажетъ, что представительство раздѣлено между столькими индивидами, сколько есть членовъ парламента; нельзя точно

---

[1]) *Moniteur* отъ 31 авг. 1848 г., стр. 2237.

такъ же сказать, что представительство раздѣлено надвое, такъ какъ члены парламента собираются въ двухъ парламентахъ. Создавая двѣ палаты, не различаютъ двухъ воль въ народѣ, а лишь даютъ *единому* органу представительства внутреннее строеніе, которое, повидимому, даетъ ему возможность болѣе полезно выполнить свою функцію.

Современные сторонники единства парламента, сознавая, что теоретическій аргументъ не имѣетъ большой цѣны, выдвигаютъ соображенія практическаго характера. Прежде всего они указываютъ, что дѣленіе дѣлаетъ возможными конфликты между палатами, что эти конфликты могутъ ослабить парламентъ, сдѣлать его безсильнымъ предъ предпріимчивой исполнительной властью, съ другой стороны, могутъ замедлить хорошія реформы и даже помѣшать функціонированію правительства. На эти аргументы отвѣчаютъ сами факты. Единство парламента, провозглашенное конституціей 1848 г., не помѣшало государственному перевороту 2 декабря 1851 г., менѣе чѣмъ черезъ три года послѣ примѣненія конституціи. Несмотря на двухпалатность парламента, созданную конституціонными законами 1875 г., буква конституціи ни разу не была нарушена за 32 года; и если въ теченіе этого времени одна изъ властей возросла въ ущербъ другой, то, разумѣется, не исполнительная власть. Что касается до опасности конфликта между двумя палатами, настолько сильнаго, что онъ можетъ вызвать анархію, то она вполнѣ вымышлена. Чаще всего конфликтъ кончается сдѣлкой, основывающейся на взаимныхъ уступкахъ, и этотъ режимъ компромисса вполнѣ подходитъ къ умѣреннымъ правительствамъ. Правда, этими сдѣл-

ками чистая логика не всегда удовлетворена; но если свобода уважается, и дѣла страны хорошо управляются, то этого достаточно.

Впрочемъ, и тогда, когда компромисса не наступаетъ, есть легальное средство разрѣшить парламентскіе конфликты, и ни одинъ мудрый законодатель не долженъ забыть вписать его въ конституцію (эту громадную ошибку совершили законодатели 1848 г.), именно, роспускъ одной или двухъ палатъ; въ этомъ случаѣ избирательный корпусъ, суверенъ, призывается разрѣшать конфликтъ, и всѣ остальныя государственныя учрежденія должны подчиниться его безапелляціонному вердикту (о роспускѣ см. § 60). Говорятъ также, что наличность двухъ палатъ вызываетъ значительную задержку въ законодательной работѣ. Это возможно, и мы радуемся этому, ибо для страны не столько важно имѣть большое количество законовъ, сколько имѣть хорошіе законы. Опытъ же показываетъ, что законъ лучше вырабатывается двумя палатами, чѣмъ одной.

На многихъ дѣйствуетъ аргументъ, уже приведенный Матье-де-Монморанси въ 1789 г. и состоящій въ слѣдующемъ: или обѣ палаты будутъ составляться по одинаковому способу, и тогда одна изъ нихъ безполезна; или обѣ палаты будутъ составляться различнымъ образомъ, и тогда только одна изъ нихъ можетъ претендовать на то, что она въ точности представляетъ національную волю. Этотъ аргументъ имѣетъ не бо̀льшую цѣну, чѣмъ предыдущіе. Разумѣется, обѣ палаты не могутъ и не должны составляться по одинаковому способу. Возможно, что, несмотря на то, что обѣ палаты будутъ одинаковымъ образомъ составлены, онѣ будутъ имѣть различные

духъ и тенденціи; но слѣдуетъ опасаться, что эта разница будетъ отвѣчать скорѣе личному соперничеству или соперничеству партій, чѣмъ разницѣ въ общихъ воззрѣніяхъ на интересы страны. Разумѣется также, если одна изъ двухъ палатъ носитъ наслѣдственный характеръ, если она назначается главою государства, если она выбирается по ограниченному избирательному праву, или если она даже и выбирается всеобщимъ голосованіемъ, но выборъ избирателей можетъ пасть только на нѣкоторыя категоріи лицъ, то съ полной справедливостью можно сказать, что составленное такимъ образомъ собраніе не представляетъ національной воли, и что въ демократической странѣ оно составляетъ противорѣчіе. Но можно найти такую систему, которая, хотя и примѣняетъ къ обѣимъ палатамъ различные способы для ихъ пополненія, дѣлаетъ изъ обѣихъ палатъ представительство страны. Напримѣръ, одна изъ палатъ можетъ быть выбрана прямымъ всеобщимъ голосованіемъ, а другая—всеобщимъ голосованіемъ двухъ или нѣсколькихъ степеней; та и другая могутъ въ этомъ случаѣ претендовать на представительство національной воли; только въ одной изъ палатъ отборъ будетъ значительнѣе, чѣмъ въ другой, и эта палата естественно будетъ призвана оказывать умѣряющее дѣйствіе, необходимое во всякомъ правительствѣ. Но это, по нашему мнѣнію, не вѣрное рѣшеніе проблемы. Спорятъ о соотвѣтствующихъ достоинствахъ прямого голосованія и голосованія двухстепеннаго; въ дѣйствительности, нельзя дать общаго рѣшенія, а только относительное рѣшеніе, зависящее отъ степени культуры и политическаго духа данной страны. Какъ бы то ни было, тотъ изъ

двухъ способовъ голосованія, который будетъ признанъ наилучшимъ, абсолютно или только для данной страны, долженъ быть примѣненъ къ обѣимъ палатамъ; нѣтъ основанія примѣнять его только къ одной, такъ какъ въ этомъ случаѣ способъ составленія этой послѣдней будетъ хорошъ, а другой—съ недостатками.

Истинное рѣшеніе проблемы сдѣлается яснымъ, если усвоить себѣ, что общество, нація составляется не только изъ индивидовъ, но также и изъ группъ индивидовъ, которыя также составляютъ соціальные элементы, отдѣльные отъ индивидовъ: коммунальныя и семейныя группы, рабочія, сельскохозяйственныя, промышленныя, научныя и даже религіозныя ассоціаціи. Если желаютъ, чтобъ парламентъ былъ точнымъ представительствомъ страны, нужно, чтобы онъ былъ составленъ изъ двухъ палатъ, изъ которыхъ одна представляла бы болѣе индивидовъ (палата депутатовъ), а другая (сенатъ) болѣе соціальныя группы, согласно системѣ, которую политическое искусство опредѣлитъ для каждой страны (ср. въ § 57 вопросъ о профессіональномъ представительствѣ). Обѣ палаты въ этомъ случаѣ составляются демократическимъ и національнымъ способомъ; парламентъ содержитъ всѣ конститутивные элементы страны; онъ является настоящимъ органомъ представительства.

Эта идея опредѣленно была высказана въ палатѣ депутатовъ аббатомъ Лемиромъ въ засѣданіи 16 марта 1894 г. «Сенатъ,—сказалъ онъ,—выбирается по избирательному праву, слишкомъ аналогичному съ нашимъ... На ряду съ палатой депутатовъ, избранной прямымъ всеобщимъ голосованіемъ, я желалъ бы другую палату, назначенную различными сословіями, профессіями, ремесленными корпораціями... Это со-

браніе было бы, на ряду съ численнымъ представительствомъ, каковымъ являемся мы, профессіональнымъ представительствомъ, котораго у насъ нѣтъ и которое требуютъ отовсюду. Одно контролировало бы другое; и мы такимъ образомъ имѣли бы поистинѣ демократическую конституцію» [1]).

Дженксъ аналогичнымъ же образомъ оправдываетъ учрежденіе двухъ палатъ въ современныхъ демократическихъ странахъ, гдѣ экономическіе вопросы являются главенствующими. Имѣя въ виду конституцію австралійскаго штата Викторіи, онъ пишетъ: «Говоря вообще, законодательный совѣтъ есть органъ капитала... Противоположныя черты, характеризующія законодательное собраніе, дѣлаютъ... изъ этого послѣдняго какъ бы рупоръ труда. И такъ какъ, очевидно, необходимо, чтобы каждая изъ этихъ двухъ великихъ сторонъ была должнымъ образомъ представлена въ правительствѣ страны, настоящее положеніе вещей въ извѣстной степени удовлетворительно» [2]).

57. **Парламенты. Ихъ назначеніе.** — Въ началѣ предшествующаго параграфа мы показали, что невыборные парламенты не могутъ имѣть представительнаго характера. А такъ какъ общая форма современныхъ правительствъ носитъ представительный характеръ, то парламенты являются выборными, и даже въ большинствѣ странъ, въ которыхъ парламенты составляются изъ двухъ палатъ, обѣ онѣ выбираются. Мы уже указывали на тенденцію всѣхъ современныхъ странъ къ принятію всеобщаго избирательнаго права, теперь мы остановимся болѣе подробно на современномъ состояніи новѣйшихъ законодательствъ по этому пункту.

---

[1]) *Jour. offic.*, 1894, *Débats parlem.*, chambre, стр. 562.

[2]) Jenks, *The government of Victoria*, 1891. Ср. нашъ этюдъ *L'élection des sénateurs*, *Revue polit. et parl.*, V, стр. 460 и сл. 1895 г.

Установленіе всеобщаго избирательнаго права во Франціи[1]). Наша страна примѣняетъ всеобщее избирательное право съ 1848 г.,и первымъ собраніемъ, избраннымъ прямымъ и всеобщимъ голосованіемъ, было Національное Учредительное Собраніе, избранное послѣ февральской революціи 1848 г. Мы говоримъ: избранное *всеобщимъ и прямымъ* голосованіемъ. Въ самомъ дѣлѣ, Конвентъ былъ избранъ въ дѣйствительности всеобщимъ избирательнымъ правомъ на основаніи декрета Законодательнаго собранія отъ 11 августа 1792 г., уничтожившаго установленное конституціей 1791 г. раздѣленіе гражданъ на активныхъ и пассивныхъ, но голосованіе производилось въ двухъ степеняхъ, согласно съ правилами, установленными конституціей 1791 года.

Избирательное право во время Революціи.—Регламентъ отъ 24 февраля 1789 г. опредѣлилъ способъ выборовъ въ генеральные штаты; онъ согласовался со старинными обычаями и далъ очень широкое распространеніе избирательному праву. Депутаты отъ бѣлаго духовенства и дворянства избирались прямымъ голосованіемъ, и избирателями были также и духовныя лица, не имѣвшія прихода, и дворяне, не имѣвшіе помѣстья. Черное духовенство вотировало въ двухъ степеняхъ. Депутаты третьяго сословія избирались въ двухъ степеняхъ, но избирателями первой степени были всѣ лица третьяго сословія, французы, достигшіе 25 лѣтъ, имѣющіе опредѣленное мѣсто жительства и внесенные въ податные списки [2]).

Первымъ избирательнымъ закономъ, принятымъ Національнымъ Собраніемъ былъ законъ 22 декабря 1789 г., установив-

---

[1]) Этотъ и слѣдующій параграфы о всеобщемъ избирательномъ правѣ внесены переводчикомъ въ виду представляемаго ими интереса изъ второй части книги г. Дюги, трактующей о политической организаціи Франціи. *Прим. перев.*

[2]) Спр. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques,* стр. II и сл.

шій двухстепенное избирательное право, различіе первичныхъ и выборныхъ собраній, различіе гражданъ на *пассивныхъ*, не входящихъ въ первичныя собранія, и на *активныхъ*, входящихъ, подъ условіемъ извѣстнаго ценза, въ первичныя собранія. Большая часть постановленій этого закона вошла въ конституцію 1791 г. (тит. III, гл. I, разд. 2—4). Они могутъ быть резюмированы слѣдующимъ образомъ: «Активные граждане всякаго округа образуютъ первичное окружное собраніе. Активнымъ гражданиномъ является всякій французъ, 25 лѣтъ, живущій въ округѣ болѣе года, платящій прямой налогъ въ суммѣ, равняющейся, по крайней мѣрѣ, платѣ за три дня труда, не состоящій въ домашнемъ услуженіи, вписанный въ муниципалитетѣ своего мѣстожительства въ списки національной гвардіи и принесшій гражданскую присягу (конст. 1791 г., тит. III, гл. I, разд. 2, ст. 2). Первичныя собранія назначаютъ выборщиковъ пропорціонально числу активныхъ гражданъ, имѣющихъ мѣстожительство въ кантонѣ.

Для права быть выборщикомъ нужно было быть активнымъ гражданиномъ и удовлетворять слѣдующимъ условіямъ: въ городахъ съ населеніемъ свыше 6000 душъ надо быть собственникомъ или узуфруктуаріемъ имѣнія, доходъ съ котораго по оцѣнкѣ податныхъ списковъ равняется мѣстной стоимости 200 дней труда, или нанимать помѣщеніе, доходъ съ котораго по оцѣнкѣ тѣхъ же списковъ равняется стоимости 150 дней труда; въ городахъ съ населеніемъ ниже 6000 душъ быть собственникомъ или узуфруктуаріемъ имѣнія съ доходностью, оцѣниваемой въ 150 дней труда, или нанимать помѣщеніе съ доходностью, оцѣниваемой въ 100 дней труда; а въ деревняхъ — быть собственникомъ или узуфруктуаріемъ имѣнія съ доходностью, оцѣниваемою въ 150 дней труда, или быть фермеромъ или арендаторомъ имѣнія, оцѣненнаго въ податныхъ спискахъ въ 400 дней труда (конст. 1791 г., тит. III, гл. I, сек. 2, ст. 7). — Эти выборныя собранія назначали депутатовъ, административныхъ лицъ и судей. Одни лишь мировые судьи и муниципалитеты избирались непосредственно первичными Собраніями.

Изъ этого видно, что доминирующей мыслью Собранія 1789 г. было соединеніе избирательнаго права съ собственностью (ср. § 23).

Постановленія закона 22 декабря 1789 г., установившаго различеніе гражданъ на активныхъ и пассивныхъ и требовавшаго условія ценза для права быть избирателемъ первой степени, были вотированы безъ возраженій. Лишь 25 января 1790 г. Робеспьеръ внесъ въ Собраніе предложеніе о введеніи всеобщаго избирательнаго права: «Собраніе постановляетъ, что... всѣ французы... попрежнему будутъ способны осуществлять въ полнотѣ политическія права». Робеспьеръ развилъ это предложеніе въ рѣчи, изъ которой мы укажемъ слѣдующее мѣсто: «Чѣмъ была бы наша Декларація правъ, если бы эти декреты (отъ 14 по 22 декабря 1789 г.) могли остаться? Пустой формулой. Чѣмъ была бы нація? Рабомъ... Чѣмъ была бы наша конституція? Аристократіей... И какой аристократіей? Наиболѣе невыносимой изъ всѣхъ, аристократіей богатыхъ» [1]). Предложеніе Робеспьера было передано въ комитетъ конституціи, т.-е. отложено на неограниченный срокъ. Въ августѣ 1791 г., въ моментъ, когда приступило къ окончательному вотуму статей конституціи, принципъ цензового и двухстепеннаго голосованія былъ вотированъ безъ обсужденій, съ нѣкоторыми лишь простыми редакціонными поправками [2]).

10 августа 1792 г. Законодательное Собраніе, подъ давленіемъ народнаго возстанія, издало декретъ о томъ, что французскій народъ приглашается образовать національный конвентъ, и что король, глава исполнительной власти, временно устраняется отъ своей должности. 11 августа Собраніе издаетъ по докладу Гадэ декретъ, которымъ отмѣняетъ различіе между активными и пассивными гражданами и постановляетъ, что для того, чтобы быть допущеннымъ въ первичныя собранія, достаточно быть французомъ, достигшимъ 21 года, имѣющимъ опредѣленное мѣстожительство въ теченіе года, живущимъ своимъ доходомъ или своимъ трудомъ и не состоящимъ въ домашнемъ услуженіи; но Собраніе сохранило двухстепенное голосованіе (декретъ 11 авг. 1791 г., стт. 1 и 2; ср. декр. 10 авг. 1792 г.). Такимъ образомъ

---

1) Archives parlem., I-я серія, XI, стр. 319 и 320.

2) *Archives parlem.*, I-я серія, XXIX, стр. 333.

Конвентъ былъ выбранъ всеобщимъ двухстепеннымъ голосованіемъ.

Конвентъ, полагая, подобно Руссо, что всеобщее избирательное право есть логическое послѣдствіе принципа народнаго суверенитета, провозгласилъ прямое и всеобщее избирательное право; но ему не суждено было получить примѣненія на практикѣ. Ст. 17 проекта жирондистской декларації, вотированной Конвентомъ, гласила, что всякій гражданинъ имѣетъ равное право участвовать въ осуществленіи суверенитета; проектъ жирондистской конституціи постановлялъ, чтобы законодательное собраніе избиралось прямо и непосредственно въ первичныхъ собраніяхъ всѣми гражданами, достигшими 21 года и живущими болѣе года на французской территоріи; никакого ценза не требовалось.

Въ своемъ докладѣ о проектѣ конституціи, сдѣлавшемся впослѣдствіи конституціей 1793 г., Геро де-Сешель квалифицировалъ *ненавистнымъ* (*odieuse*) предпочтеніе, данное конституціей 1791 г. такъ называемымъ активнымъ гражданамъ, и, говоря объ этомъ различеніи гражданъ на активныхъ и пассивныхъ, добавилъ: «Мы не считаемъ достойнымъ говорить снова о всѣхъ этихъ пустякахъ; эти воспоминанія составляютъ въ настоящее время лишь область исторіи, которая принуждена будетъ краснѣть, разсказывая о нихъ» [1]) Итакъ, конституція устанавливала всеобщее избирательное право. Всякій человѣкъ, рожденный и живущій во Франціи, достигшій 21-лѣтняго возраста, является французскимъ гражданиномъ. Всякій французскій гражданинъ имѣетъ право вотировать (конст. 1793 г., стт. 4, 7 и 11). Для выборовъ въ законодательное собраніе голосованіе—прямое (конст. 1793 г., ст. 8), но для выборовъ административныхъ лицъ, общественныхъ судей, уголовныхъ и кассаціонныхъ судей голосованіе двухстепенное (ст. 9).

Конституція 1793 г. не была примѣнена. Послѣ 9 термидора Конвентъ рѣшилъ, что онъ выработаетъ новую конституцію. Былъ назначенъ комитетъ изъ 11 членовъ. Буасси д'Англасъ былъ его докладчикомъ. Въ его докладѣ мы читаемъ: „дѣло идетъ о томъ, чтобы воспользоваться всѣми

---

[1]) *Moniteur*, réimpression, XVII, стр. 616.

опытами, сдѣланными въ послѣдніе четыре года съ цѣлью создать поистинѣ свободную конституцію, которая предохранила бы одновременно отъ возврата и анархіи и тираніи; *однимъ словомъ, дѣло идетъ о томъ, чтобы организовать правительство лучшихъ*». Вдохновляясь именно этой идеей, Конвентъ возстановилъ въ конституціи III года для выборовъ въ законодательное собраніе двухстепенное голосованіе (ст. 41). Чтобы быть избирателемъ первой степени, надо достигнуть 21-лѣтняго возраста, быть внесеннымъ въ гражданскій регистръ своего округа, оставаться болѣе одного года на территоріи республики и *платить прямой земельный или личный налогъ* (конст. III г., ст. 8) Такимъ образомъ избирателями дѣлаются только подъ условіемъ уплаты налоговъ, какими бы минимальными эти послѣдніе не были. Что касается до условій для избирателей второй степени, то они были тѣми же, которыя требовались конституціей 1791 г. (конст. III года, ст. 35). Комитетъ одиннадцати предложилъ прямые выборы. Ярые республиканцы, въ родѣ Луве, Жана Дебри, настаивали на двухстепенномъ голосованіи, утверждая, что оно лучше обезпечиваетъ свободу, равенство, избирательную добросовѣстность; и въ концѣ-концовъ Конвентъ принялъ именно это рѣшеніе, еще разъ такимъ образомъ жертвуя принципами демократической ортодоксальности.

Авторы конституціи VIII г., согласно мнимой догмѣ, формулированной Сіейесомъ: „довѣріе должно итти снизу, а власть сверху“, уничтожили всякіе настоящіе выборы и создали *списки избираемости* или *списки довѣрія*, списокъ національный, списки департаментскіе и коммунальные, каковые должны были составляться по системѣ тройного отбора и по которымъ должны были выбираться національные, департаментскіе и коммунальные чиновники (конст. VIII года, стт. 7—14). Но ст. 14 гласила, что эти списки будутъ установлены лишь въ теченіе IX года; это дало возможность первому консулу свободно сдѣлать всѣ первыя назначенія. Эти списки довѣрія были отмѣнены сенатусконсультомъ 16 термидора X года, прежде даже своего примѣненія. Этотъ сенатусконсультъ создалъ кантональныя собранія, избирательныя участковыя (d'arrondissement) и избирательныя департаментскія коллегіи. Несмотря на эти названія, настоящихъ выборовъ не было. Кантональныя собранія назначаютъ

участковыя и департаментскія коллегіи. Но правительство можетъ назначать, кромѣ того, извѣстное число членовъ департаментскихъ и окружныхъ коллегій. Эти коллегіи дѣлаютъ лишь представленія. Каждая изъ нихъ намѣчаетъ двухъ гражданъ, для списка, по которому должны быть назначены члены депутаціи Законодательнаго Корпуса. Участковыя избирательныя коллегіи намѣчаютъ двухъ гражданъ для списка, по которому должны быть выбраны члены Трибуната. Департаментскія избирательныя коллегіи намѣчаютъ двухъ гражданъ для списка, по которому назначаются члены Сената (сенатусконсультъ 16 термидора X года, стт. 4—38). Сенатусконсультъ 28 флореала XII года сохранилъ эти избирательныя учрежденія.

Избирательное право при Реставраціи. — Хартія 1814 г. заявила, что Палата Депутатовъ будетъ состоять изъ депутатовъ, избранныхъ избирательными коллегіями, организація которыхъ будетъ опредѣлена законами; но въ то же время Хартія установила самые принципы будущаго избирательнаго закона; она установила, что никто не можетъ быть избирателемъ, если онъ не достигъ 30-лѣтняго возраста и не платитъ прямого налога въ 300 франковъ (Хартія 1814 г., стт. 35 и 40). Статья 75 гласила, что депутаты, засѣдавшіе въ Законодательномъ Корпусѣ, будутъ засѣдать въ Палатѣ Депутатовъ до слѣдующаго обновленія палаты.

Дополнительный Актъ провозгласилъ сохраненіе кантональныхъ собраній и департаментскихъ и окружныхъ избирательныхъ коллегій, созданныхъ сенатусконсультомъ 16 термидора X года (ст. 27). Но было постановлено, что департаментскія и окружныя коллегіи будутъ непосредственно назначать въ палату представителей число депутатовъ, установленное для каждой изъ нихъ расписаніемъ, приложеннымъ къ Дополнительному Акту (ст. 31).

Однимъ изъ первыхъ актовъ второй Реставраціи былъ ордонансъ 13 іюля 1815 г., постановившій распущеніе прежней палаты, созвавшій новую палату, фиксировавшій число ея членовъ въ 402, понизившій возрастъ избирателей до 21 года и сохранившій временно избирательныя коллегіи имперіи; но будучи менѣе либеральнымъ, чѣмъ Дополнительный Актъ, ордонансъ 13 іюня 1815 г. не далъ избирательнымъ коллегіямъ права прямо назначать депутатовъ; каждая

окружная коллегія должна ограничиться избраніемъ числа кандидатовъ, равнаго числу депутатовъ отъ департамента, и департаментская избирательная коллегія должна избрать, по крайней мѣрѣ, половину депутатовъ изъ числа этихъ кандидатовъ. Ордонансъ 27 іюля 1815 г. далъ префектамъ право дополнять избирательныя коллегіи, сдѣлавшіяся неполными, прибавляя 20 членовъ къ департаментскимъ коллегіямъ и 10—къ окружнымъ коллегіямъ. Ордонансъ 13 іюля возвѣстилъ пересмотръ многихъ статей Хартіи, именно статей, относящихся до условій возраста и ценза для избирателей.

Именно изъ этого псевдо-представительнаго режима вышла *Chambre introuvable*. Ордонансъ 5 сентября 1816 г., изданный подъ вліяніемъ Деказеса, предписалъ ея распущеніе и въ то же время объявилъ, что ни одна статья Хартіи не будетъ измѣнена. Новые выборы имѣли мѣсто по системѣ, установленной ордонансомъ 13 іюля 1815 г.

Ордонансъ 5 сентября 1816 г., провозгласивши (ст. 1), что никакая статья Хартіи не будетъ измѣнена, сдѣлалъ необходимымъ вотумъ органическаго избирательнаго закона, объявленнаго ст. 35 Хартіи. Это былъ законъ 5 февраля 1817 г.; проектъ его былъ выработанъ комиссіей, назначенной министромъ внутреннихъ дѣлъ Лэне и засѣдавшей подъ предсѣдательствомъ Ройе-Коллара и Гизо. Законъ былъ вотированъ послѣ блестящаго обсужденія, въ которомъ особенное участіе приняли Ройе-Колларъ, Виллель и Серресъ. Лишь большинствомъ 12 голосовъ былъ вотированъ самый принципъ закона, формулированный въ ст. 1 и заявлявшій, что всякій французъ, удовлетворяющій извѣстнымъ условіямъ, требуемымъ закономъ, призванъ непосредственно участвовать въ избраніи депутатовъ отъ того департамента, въ которомъ онъ имѣетъ свое политическое мѣсто жительства (ср. ст. 7). Законъ дѣйствительно, отмѣнилъ систему избирательныхъ коллегій, которая являлась лишь уродливымъ подобіемъ настоящей избирательной системы; имъ былъ осуществленъ значительный прогрессъ въ либеральномъ смыслѣ, благодаря учрежденію настоящихъ выборовъ депутатовъ гражданами. Согласно ст. 40 Хартіи, законъ фиксировалъ избирательный возрастъ въ 30 лѣтъ и избирательный цензъ въ 300 франковъ прямыхъ налоговъ (ст. 1). Въ отличіе отъ конституціи 1791 г. и

III года, законъ установилъ прямое голосованіе. Выборы происходили путемъ голосованія по департаментскому списку.

Съ момента обнародованія этого закона правыя партіи начали противъ него яростную кампанію. Послѣ убійства герцога де Берри 13 февраля 1820 г. и паденія министерства Деказеса, подъ вліяніемъ обнаружившагося тогда сильнаго реакціоннаго движенія, былъ вотированъ избирательный законъ 29 іюня 1820 г., такъ называемый законъ *двойного вотума*. Цѣлью новаго закона было стремленіе дать въ политическихъ выборахъ преобладаніе имущественной аристократіи. Однако текстъ, сдѣлавшійся закономъ 1820 г., былъ не тотъ, который представило правительство. Это послѣднее предполагало создать два класса избирательныхъ коллегій: однѣ, такъ называемыя окружныя, выбирали бы каждая столько кандидатовъ, сколько департаментъ назначалъ депутатовъ, а департаментскія коллегіи, составленныя изъ пятой части избирателей, взятыхъ изъ числа лицъ, уплачивающихъ наибольшее число налоговъ, назначали бы депутатовъ, выбирая ихъ между кандидатами, назначенными окружными коллегіями. Принципъ двойной коллегіи былъ вотированъ восьмью голосами большинства. Но предъ угрозою возстанія министерство приняло поправку, предложенную Курвуазье, поддержанную Буэномъ и сдѣлавшуюся ст. 2, гдѣ опредѣлены всѣ элементы новой системы, которую можно резюмировать слѣдующимъ образомъ. Имѣется столько же избирательныхъ окружныхъ коллегій, сколько существуетъ избирательныхъ округовъ, опредѣленныхъ королевскимъ ордонансомъ, именно 258; онѣ составляются изъ всѣхъ французовъ, достигшихъ 30 лѣтъ и платящихъ не менѣе 300 франковъ прямыхъ налоговъ; каждая коллегія назначаетъ одного депутата. Департаментскія коллегіи составляются изъ избирателей, платящихъ наибольшую сумму налоговъ, въ числѣ равномъ четверти всего числа избирателей департамента. Онѣ назначаютъ 172 депутата согласно распредѣленію, данному въ расписаніи, приложенному къ закону. По этой системѣ, въ каждомъ департаментѣ лица, платящія наибольшую сумму налоговъ, вотируютъ дважды: одинъ разъ въ окружной коллегіи и другой разъ въ департаментской коллегіи; отсюда произошло названіе закона *двойного вотума*.

Этотъ законъ остался въ силѣ до конца Реставраціи. Одинъ изъ четырехъ ордонансовъ 25 іюля 1830 г., повлекшихъ за собою революцію 1830 г., предписалъ распущеніе только что выбранной палаты депутатовъ, а другой измѣнялъ избирательный режимъ; онъ постановлялъ, что палата будетъ составляться лишь изъ депутатовъ отъ департамента, что окружныя коллегіи будутъ выбирать, каждая въ отдѣльности, число кандидатовъ, равное числу депутатовъ отъ департамента, что департаментскія коллегіи будутъ выбирать депутатовъ наполовину изъ числа кандидатовъ, представленныхъ окружными коллегіями, и что для опредѣленія избирательнаго ценза не будутъ принимать въ разсчетъ налоги съ патентовъ. Какъ извѣстно, революція помѣшала примѣненію этихъ ордонансовъ.

Избирательное право при Іюльскомъ правительствѣ.—Ст. 30 Хартіи 1830 г. воспроизводила буквально ст. 35 Хартіи 1814 г., говорившую о вотумѣ избирательнаго закона. Но въ ст. 69 было сказано: «будутъ изданы въ возможно короткій срокъ особые законы относительно слѣдующихъ предметовъ... 9) уничтоженія двойного вотума и точнаго установленія условій участія въ выборахъ и избираемости». Этотъ законъ дѣйствительно былъ изданъ: это былъ законъ 19 апрѣля 1831 г., обезпечившій преобладаніе за среднимъ классомъ и оставшійся въ силѣ до 1848 г. Онъ отмѣнилъ двойной вотумъ и установилъ прямой вотумъ и единоличное голосованіе. Число депутатовъ отъ каждаго департамента и раздѣленіе департаментовъ на избирательные округа регулировалось расписаніемъ, приложеннымъ къ закону. Законъ установилъ избирательный возрастъ въ 25 лѣтъ и избирательный цензъ въ 200 фр. прямого налога (ст. 1). Онъ установилъ нѣкоторыя привилегіи въ очень ограниченномъ количествѣ. Являются избирателями и при цензѣ въ 100 франковъ прямого налога: 1) члены и корреспонденты Института; 2) офицеры арміи и флота, пользующіеся пенсіей въ размѣрѣ, по крайней мѣрѣ, въ 1200 фр. и живущіе не менѣе 3 лѣтъ въ данномъ округѣ. Слѣдуетъ добавить, что въ силу ст. 2 закона 1831 г., если число избирателей избирательнаго округа не превышаетъ 150, то ихъ число должно быть пополнено путемъ привлеченія гражданъ, платящихъ наибольшую сумму налоговъ ниже 200 фр.

Этотъ законъ почти удвоилъ число избирателей; но онъ установилъ единоличное голосованіе по округамъ; онъ также удержалъ высокій избирательный цензъ (200 фр.) и давалъ избирательныя привилегіи въ силу особыхъ способностей лишь въ очень ограниченномъ числѣ. Поэтому онъ вызвалъ въ общественномъ мнѣніи настоящее разочарованіе. Вопросъ объ *избирательной реформѣ* остался въ теченіе всего царствованія Людовика-Филиппа, и Гизо, именно благодаря своему упорному нежеланію произвести во-время эту реформу, вызвалъ паденіе Іюльской монархіи.

Кампанія въ пользу реформы сдѣлалась особенно активной послѣ 1840 г. Подъ именемъ *избирательной реформы* различныя партіи требовали очень различныхъ вещей. Наиболѣе передовые подъ *избирательной реформой* разумѣли всеобщее и прямое избирательное право; другіе требовали право вотума лишь для всѣхъ французовъ, состоящихъ въ національной гвардіи; династическая лѣвая съ Одилономъ Барро требовала допущенія способностей, т.-е. лицъ, занесенныхъ во второй списокъ жюри: чиновниковъ, назначаемыхъ королемъ и отправляющихъ безплатныя должности, армейскихъ и флотскихъ офицеровъ въ отставкѣ, лицъ, имѣющихъ степени доктора или лиценціата юридическаго, естественнаго или филологическаго факультетовъ, докторовъ медицинъ, членовъ и корреспондентовъ Института, членовъ другихъ ученыхъ обществъ, признанныхъ королемъ, нотаріусовъ.

16 мая 1840 г. Палата обсуждала различныя петиціи, относящіяся къ избирательной реформѣ. Араго произнесъ рѣчь, въ которой требовалъ настоящаго всеобщаго избирательнаго права, какъ перваго шага къ соціальной реформѣ, на неотложность которой онъ указывалъ. По настоянію президента совѣта Тьера, всѣ петиціи были отвергнуты. Тогда началась кампанія *банкетовъ*, въ которой приняли участіе самыя противоположныя партіи, начиная съ соціалистовъ, требовавшихъ всеобщаго избирательнаго права, какъ средства, чтобы получить соціальную реформу, до либеральныхъ монархистовъ, желавшихъ лишь пониженія ценза и допущенія способностей. 14 февраля 1842 г. Палата по настоянію министра Гизо отказала очень сильнымъ большинствомъ принять въ разсмотрѣніе предложеніе Дюко, требовавшаго

избирательнаго права для всѣхъ лицъ, вписанныхъ въ списокъ жюри, согласно закону 2 мая 1827 г.—Послѣ того какъ Дювержье де-Гораннъ вызвалъ цѣлое движеніе въ прессѣ своей брошюрой *De la réforme parlementaire et de la réforme électorale,* онъ внесъ въ Палату предложеніе понизить избирательный цензъ до 100 франковъ и допустить лицъ, обладающихъ особыми способностями. Въ силу энергическаго вмѣшательства Гизо разсмотрѣніе его было отвергнуто Палатой большинствомъ 252 голосовъ противъ 154 (23 марта 1847 г.). Началась съ новой силой кампанія банкетовъ; соціалисты, радикалы-республиканцы и умѣренные республиканцы, либералы-монархисты дѣйствовали согласно. Крайніе республиканцы съ ихъ главой Ледрю-Ролленомъ были наиболѣе шумными, и формула «политическая революція, какъ средство, соціальная революція, какъ цѣль», сдѣлалась лозунгомъ. Извѣстно, какимъ образомъ запрещеніе банкета въ 12-мъ округѣ Парижа послужило сигналомъ къ возстанію, перешедшему вскорѣ въ революцію. 24 февраля Людовикъ-Филиппъ принужденъ былъ отречься отъ трона [1]).

Избирательное право послѣ 1848 года.— Какъ это часто бываетъ, сразу ударились въ крайность. Временное правительство, учрежденное въ февралѣ 1848 года, оказалось составленнымъ исключительно изъ лицъ, требовавшихъ всеобщаго избирательнаго права. Поэтому однимъ изъ первыхъ его актовъ было введеніе всеобщаго голосованія. 5 марта 1848 года былъ изданъ слѣдующій декретъ: «Избирательныя собранія кантоновъ созываются къ 9 апрѣля для избранія представителей народа въ Національное Собраніе, которое должно издать конституцію... Избирательное право будетъ всеобщимъ.— Избирателями являются всѣ французы, достигшіе 21-лѣтняго возраста, живущіе въ данной общинѣ болѣе полгода и по суду не лишенные временно или постоянно гражданскихъ

---

[1]) О движеніи въ пользу избирательной реформы во время царствованія Людовика-Филиппа см. Tchernoff, *Histoire du parti républicain sous le gouvernement de Juillet,* 1902; Weill, *Histoire du parti républicain,* 1899; Thureau-Dangin, *Histoire du gouvernement de Juillet,* 1884—1892 г.

правъ» [1]). Согласно постановленію временнаго правительства, выборы, сначала назначенные на 5 апрѣля 1848 г., произведены были 23 апрѣля 1848 г. по прямому всеобщему избирательному праву голосованіемъ по департаментскому списку съ вотумами въ главномъ пунктѣ кантона, и Національное Учредительное Собраніе, собравшееся 4 мая 1848 г., было первымъ французскимъ политическимъ собраніемъ, избраннымъ прямымъ и всеобщимъ голосованіемъ. Этотъ способъ голосованія съ тѣхъ поръ разсматривается во Франціи, какъ неприкосновенный, и мало-по-малу онъ дѣлается избирательной системой всего цивилизованнаго міра.

Учредительное Собраніе могло лишь признать принципъ всеобщаго и прямого избирательнаго права. Оно и сдѣлало это стт. 24 и 25 конституціи: «Избирательное право является всеобщимъ и прямымъ. Голосованіе тайное. Избирателями являются, внѣ какого бы то ни было ценза, всѣ французы, достигшіе 21 года и пользующіеся своими гражданскими и политическими правами». Ст. 27 отсылала къ избирательному закону для опредѣленія причинъ, которыя могли лишить французскаго гражданина права быть избирателемъ или избираемымъ. Избирательный законъ долженъ былъ также опредѣлить случаи несовмѣстимости. Этотъ законъ былъ изданъ Учредительнымъ Собраніемъ 15 марта 1849 г. Онъ организовалъ всеобщее избирательное право, подтвердивши и развивши нормы, установленныя декретомъ 5 марта 1848 года; населеніе является единственной основой представительства; избраніе происходитъ голосованіемъ по департаментскому списку; голосованіе производится въ главномъ пунктѣ кантона. Чтобы быть избраннымъ по первому разу, нѣтъ необходимости получить абсолютное большинство, а только число голосовъ, равное, по крайней мѣрѣ, одной восьмой всѣхъ избирателей, внесенныхъ въ списки. — Какъ извѣстно, законъ 15 марта 1849 г. былъ снова приведенъ въ силу декретомъ отъ 29 января 1871 г. для выборовъ въ Національное Собраніе, собравшееся въ Бордо 12 февраля 1871 года.

---

[1]) См. прокламацію 16 марта 1848 г. и декреты 8, 10, 12, 26 и 27 марта и 17 апрѣля 1848 г., регулировавшіе детали.

Законодательное собраніе, занявшее мѣсто Учредительнаго, и выбранное, согласно закону 15 марта 1849 г., по всеобщему голосованію заключало въ себѣ большинство, которое въ принципѣ не было республиканскимъ, но было глубоко привязано къ парламентарному правительству и къ либеральнымъ принципамъ. Постановленіе, изданное 10 октября 1849 г. верховнымъ судомъ, засѣдавшимъ въ Версалѣ, противъ виновниковъ движенія 13 іюня, исключило изъ собранія тридцать депутатовъ. Выборы, произведенные для ихъ замѣщенія 10 марта 1850 г., были въ большинствѣ благопріятны для передовыхъ партій. Монархисты и умѣренные республиканцы энергично напали тогда на избирательную систему; но, не осмѣливаясь нападать на самый принципъ всеобщаго избирательнаго права, они потребовали, чтобы онъ былъ регламентированъ, ссылаясь на фразу Ламартина: «республиканское общество тѣмъ болѣе имѣетъ право требовать моральныхъ гарантій для всеобщаго избирательнаго права, что оно мудро отказалось отъ всѣхъ матеріальныхъ гарантій, основанныхъ на имуществѣ и цензѣ» [1]).

Изъ этихъ обстоятельствъ и изъ этого настроенія вышелъ законъ 31 марта 1850 г. Проектъ закона былъ подготовленъ комиссіей, созданной министромъ внутреннихъ дѣлъ Барошемъ; въ ней засѣдали всѣ лидеры различныхъ группъ, составлявшихъ большинство собранія: Берріе, Брольи, Тьеръ, Моле, Монталамберъ. Въ объяснительной запискѣ къ закону, составленной министромъ внутреннихъ дѣлъ, было сказано, что цѣлью закона является моральное очищеніе выборовъ посредствомъ удаленія отъ голосованія лицъ испорченныхъ или подозрительныхъ, безъ опредѣленнаго положенія и не представляющихъ никакихъ гарантій. Къ этому прибавлялось: проектъ закона не нарушаетъ текста конституціи, такъ какъ конституція (стт. 24 и 25) довольствуется установленіемъ 21-лѣтняго возраста для участія въ выборахъ и запрещеніемъ ценза и двухстепеннаго голосованія; между тѣмъ новый законъ не касается возрастнаго условія; не возстанавливаетъ ценза; не вводитъ двухстепеннаго голосованія; слѣдовательно конституція нисколько не нарушена.

---

[1]) *Le conseiller du peuple*, стр. 199.

Вотъ, впрочемъ, общее содержаніе законопроекта, сдѣлавшагося безъ измѣненій закономъ 31 мая 1850 г.: прежде всего расширены были случаи лишеній избирательнаго права, установленные закономъ 15 марта 1849 г.; напримѣръ, объявляли лишенными избирательнаго права всѣхъ осужденныхъ за воровство, мошенничество, злоупотребленіе довѣріемъ, сколько бы ни продолжалось тюремное заключеніе. Эти постановленія не вызвали затрудненій. Другая часть законопроекта была важнѣе и придавала ему его истинный характеръ: именно, осуществленіе избирательнаго права было подчинено условію мѣстожительства въ теченіе не шести мѣсяцевъ, какъ это было въ законѣ 1849 г., а трехъ непрерывныхъ лѣтъ въ одной и той же коммунѣ или въ одномъ и томъ же кантонѣ (видоизмѣненіе, внесенное комиссіей палаты, ст. 2); и что еще болѣе важно, доказательство этого трехлѣтняго мѣстожительства могло быть дано лишь внесеніемъ въ списокъ личнаго налога или въ списокъ личной дорожной повинности (ст. 3). Однако для совершеннолѣтнихъ сыновей, живущихъ со своими родителями, и для прислуги доказательствомъ трехгодичнаго пребыванія могло служить заявленіе родителей, хозяевъ или господъ (ст. 3) или удостовѣреніе мирового сульи (ст. 4). Кромѣ того, государственные чиновники и духовныя лица должны были быть внесены въ избирательный списокъ общины, въ которой они отправляли свою должность, какова бы ни была продолжительность ихъ пребыванія въ данной коммунѣ. Наконецъ ст. 7 гласила: «Всякій, кто покинетъ коммуну, въ списокъ которой онъ былъ внесенъ, будетъ попрежнему числиться въ этомъ спискѣ, въ теченіе трехъ лѣтъ, подъ условіемъ подтвержденія на основаніи стт. 3, 4 и 5 своего мѣстожительства въ новой коммунѣ».

Въ дѣйствительности, этотъ проектъ, если бы онъ былъ вотированъ, повлекъ бы за собой отмѣну всеобщаго избирательнаго права и возстановленіе избирательнаго ценза, такъ какъ подъ предлогомъ мѣстожительства требовали отъ всѣхъ лицъ, за исключеніемъ чиновниковъ, для полученія избирательнаго права внесенія въ списки личнаго налога. Можно догадаться о томъ волненіи, какое вызвалъ подобный проектъ въ республиканской партіи, особенно въ крайней республиканской. 18 мая 1850 г. Фоше прочелъ свой докладъ, неотложность была объявлена, и обсужденіе началось 21 мая.

Были организованы въ довольно широкихъ размѣрахъ петиціи противъ законопроекта; республиканская пресса яростно на него напала; противъ нея энергично возражали Викторъ Гюго, Ж. Фавръ, Ж. Греви. Ничто не помогло. Защищаемый Монталамберомъ, Тьеромъ и министромъ внутреннихъ дѣлъ Барошемъ законопроектъ былъ принятъ цѣликомъ 31 мая 1850 г. 433 голосами противъ 241. Немедленнымъ результатомъ закона было пониженіе числа избирателей съ 9.618,057 до 6.809,281. Косвеннымъ его результатомъ было то, что онъ далъ возможность принцу-президенту выставить себя передъ страной въ роли защитника всеобщаго избирательнаго права противъ покушеній на него со стороны собранія.

Въ самомъ дѣлѣ, 4 ноября 1851 года правительство потребовало отъ собранія отмѣну закона 31 мая 1850 г. (посланіе принца-президента). Выбранная для этого комиссія постановила объ отклоненіи требуемой отмѣны, но докладчикъ Дарю далъ понять, что возможно примиреніе. Де-Ватименилъ предложилъ компромиссъ, который состоялъ бы въ примѣненіи къ политическимъ выборамъ части только что принятаго муниципальнаго закона относительно муниципальныхъ выборовъ. Но собраніе не согласилось вступить на этотъ путь; 355 голосами противъ 348 оно отказалось отмѣнить или измѣнить законъ 1850 г. Это было побѣдой, которая равнялась пораженію, ибо принцъ-президентъ могъ явиться передъ страной, какъ охранитель всеобщаго избирательнаго права противъ собранія, похитившаго его.

И, дѣйствительно, въ первомъ декретѣ отъ 2 декабря 1851 г., докончившемъ государственный переворотъ, мы читаемъ: «Національное Собраніе распущено. Всеобщее избирательное право возстановлено». Это было отмѣной закона 1850 г. Въ теченіе періода диктатуры отъ 2 декабря 1851 г. по 31 марта 1852 г., когда вступила въ силу конституція 1852 г., были изданы декреты 2 февраля 1852 г., которые до сихъ поръ еще составляютъ основу нашего избирательнаго законодательства. Первый изъ этихъ декретовъ носитъ названіе *органическаго* декрета; онъ принадлежитъ къ числу тѣхъ относящихся къ законодательной области декретовъ, которые были подтверждены ст. 58, § 2 конституціи 1852 г. и которые могутъ быть измѣнены или отмѣнены лишь закономъ. Вто-

рой декретъ былъ *регламентарнымъ* и можетъ быть отмѣненъ и измѣненъ простымъ декретомъ.

Всеобщее избирательное право въ другихъ странахъ.— Всеобщее равное и прямое избирательное право, примѣняемое во Франціи съ 1848 г., стремится сдѣлаться общимъ избирательнымъ правомъ всѣхъ цивилизованныхъ народовъ. Уже многія страны вписали его въ свою конституцію и примѣняютъ его уже въ теченіе значительнаго количества лѣтъ. Въ другихъ странахъ имѣется всеобщее избирательное право, нѣсколько стѣсненное нѣкоторыми ограниченіями, въ родѣ, напримѣръ, двойного вотума, даваемаго нѣкоторымъ лицамъ. Наконецъ въ большинствѣ странъ, которыя еще сохранили цензовое или классовое избирательное право, происходитъ движеніе, которое намъ кажется непреодолимымъ, къ установленію неограниченнаго избирательнаго права, какъ, напримѣръ, въ Пруссіи, въ Саксоніи, въ Австріи и въ Венгріи.

Въ Соединенныхъ Штатахъ Америки большинство штатовъ въ настоящее время пользуется всеобщимъ избирательнымъ правомъ. Брайсъ такъ резюмируетъ то, что можно назвать общимъ правомъ избирательнаго законодательства въ Соединенныхъ Штатахъ: «Почти во всѣхъ штатахъ было установлено всеобщее избирательное право для всякаго взрослаго мужчины. Лишены избирательнаго права только лица, осужденныя за преступленіе (въ томъ числѣ за подкупъ и двоеженство) и получающія помощь по закону о бѣдныхъ. Эти исключенія существуютъ почти во всѣхъ штатахъ, и въ 8 штатахъ нищіе не имѣютъ права вотума... Имущественный цензъ требовался сначала во многихъ штатахъ, и до 1888 г. въ Родъ-Исландѣ отъ всѣхъ гражданъ, не принадлежащихъ къ числу уроженцевъ Соединенныхъ Штатовъ, требовалось или владѣніе недвижимой собственностью въ 134 доллара или платежъ налоговъ по меньшей мѣрѣ въ одинъ долларъ. Родъ-Исландъ и въ настоящее время требуетъ еще имуще-

ственный цензъ для избранія нѣкоторыхъ финансовыхъ чиновниковъ. Конституціи большинства штатовъ запрещаютъ введеніе имущественнаго ценза. Пять штатовъ (Делаваръ, Пенсильванія, Массачусетсъ, Тенесси и Миссисипи) требуютъ, чтобы избиратель заплатилъ налогъ въ штатѣ или въ графствѣ (Массачусетсъ и Тенесси называютъ его *capitation*); но если онъ не платитъ его, то за него его платитъ обыкновенно его партія, такъ что это ограниченіе не имѣетъ практическаго значенія. Массачусетсъ требуетъ, чтобы избиратель умѣлъ прочитать по-англійски конституцію штата и написать свое имя (поправка 1857 г.); Коннектикутъ,—чтобы умѣлъ читать какую-нибудь часть конституціи и законовъ и былъ уважаемъ (поправки 1845 и 1855 гг.). Миссисипи предписываетъ, чтобы всякое лицо, желающее внести себя въ списки, умѣло читать какую-нибудь часть конституціи и понимало ее, когда ее читаютъ передъ нимъ, и могло бы ее сносно толковать (конст. 1890 г.). Требуютъ также, чтобы избиратель прожилъ нѣкоторое время въ штатѣ и въ округѣ, въ которомъ онъ желаетъ вотировать; продолжительность этого пребыванія очень измѣнчива въ различныхъ штатахъ; обыкновенно оно очень коротко [1]).

Постановленія въ конституціяхъ отдѣльныхъ штатовъ, требующія для участія въ выборахъ извѣстныхъ условій образовательнаго ценза, имѣютъ, повидимому, главною цѣлью лишить избирательнаго права негровъ и обойти, такимъ образомъ, запрещеніе, внесенное въ 15-ю поправку къ конституціи (26 февраля 1869—30 марта 1870): «избирательное право, принадлежащее гражданамъ Соединенныхъ Штатовъ, не можетъ быть отказано или ограничено ни Соединенными Штатами ни отдѣльнымъ штатомъ по мотивамъ, основаннымъ на расѣ, цвѣтѣ кожи или предшествовавшемъ рабствѣ»[2]).

Мы уже указывали, что различные штаты, Віомингъ, Колорадо и Идахо, подобно Новой Зеландіи и Южной Австраліи, даютъ женщинамъ избирательное право на тѣхъ же условіяхъ, что и мужчинамъ (ср. § 23).

---

[1]) Bryce, *La république américaine*, франц. изд., II, 1901, стр. 99—101.

[2]) Ср. *Political science quarterly*, 1899, стр. 369.

Молодыя страны въ родѣ австралійскихъ колоній и Новой Зеландіи примѣняютъ всеобщее избирательное право.

Въ старой Европѣ многія страны уже не мало лѣтъ имѣютъ въ основѣ своихъ политическихъ учрежденій всеобщее избирательное право. Въ Швейцаріи всеобщее избирательное право является основнымъ началомъ федеральной конституціи, и всѣ кантоны примѣняютъ этотъ способъ голосованія. Въ нѣкоторыхъ къ нему присоединяется пропорціональное представительство (ср. § 56). Въ ст. 43 федеральной конституціи 29 мая 1874 г. мы читаемъ: «Всякій гражданинъ кантона является швейцарскимъ гражданиномъ. Въ качествѣ такового онъ можетъ принимать участіе въ мѣстѣ своего жительства во всѣхъ выборахъ и голосованіяхъ по федеральнымъ дѣламъ, послѣ того какъ онъ доказалъ должнымъ образомъ, что онъ имѣетъ избирательныя права. Никто не можетъ осуществлять своихъ политическихъ правъ болѣе, чѣмъ въ одномъ кантонѣ». Въ ст. 74: «Въ выборахъ и голосованіяхъ имѣетъ право участвовать всякій швейцарецъ, которому исполнилось 20 лѣтъ и который, кромѣ того, не лишенъ права активнаго гражданина законодательствомъ кантона своего мѣстожительства. Союзное законодательство можетъ, однако, установить единообразныя правила относительно пользованія этимъ правомъ».

Въ Греціи всеобщее избирательное право было установлено конституціей 1864 г., ст. 66: «Палата составляется изъ депутатовъ, избираемыхъ... всеобщимъ, прямымъ и тайнымъ голосованіемъ»... Детали избирательной системы регулируются закономъ 5/17 сентября 1877 г.

Въ Испаніи всеобщее избирательное право было введено въ первый разъ эфемерной конституціей 1869 г.; оно было отмѣнено въ 1877 г., но возстановлено закономъ 26 іюня 1890 г.

Въ силу ст. 20 § 1 имперской конституціи 16 апрѣля 1871г. рейхстагъ Германской имперіи назначается всеобщимъ и прямымъ избирательнымъ правомъ съ тайнымъ голосованіемъ. Это постановленіе лишь воспроизводитъ ст. 20 конституціи Сѣверной Германской конфедераціи 16 апрѣля 1867 г. Детальныя постановленія находятся въ избирательномъ законѣ 31 мая 1869 г. Послѣ договоровъ, заключенныхъ въ

1871 г., съ южными государствами, этотъ законъ былъ введенъ въ эти государства, какъ имперскій законъ, и распространенъ на Эльзасъ-Лотарингію закономъ 24 іюня 1873 г. Въ силу указаннаго закона избирателемъ въ рейхстагъ является всякій нѣмецъ мужескаго пола, достигшій 25-лѣтняго возраста. Въ извѣстныхъ случаяхъ право вотума пріостанавливается, напримѣръ, для военныхъ. Въ другихъ случаяхъ оно теряется, напримѣръ, для лицъ, подвергшихся извѣстнымъ осужденіямъ, для банкротовъ и для находящихся подъ запрещеніемъ, для лицъ, которыя въ качествѣ неимущихъ получаютъ государственное или общинное вспомоществованіе [1]). Слѣдуетъ замѣтить, что на ряду съ имперскимъ законодательствомъ, установившимъ всеобщее и прямое избирательное право для выборовъ въ рейхстагъ, многія отдѣльныя государства сохранили очень отсталое избирательное законодательство и даютъ право на участіе въ выборахъ при очень ограниченныхъ условіяхъ. Мыслью основателей Германской имперіи было обезпечить образованіе и сохраненіе единства имперіи, привлекши всѣхъ нѣмецкихъ подданныхъ къ участію въ назначеніи германскаго парламента и сдѣлать, такимъ образомъ, безсильнымъ партикуляризмъ, котораго опасались со стороны нѣкоторыхъ союзныхъ государствъ. «Существуетъ немного средствъ,—писалъ Сорель,—чтобы создать національную силу, высшую и внѣшную по отношенію къ династіямъ и отдѣльнымъ государствамъ. Организаторъ имперіи не имѣлъ предъ собою выбора. Добровольно или нѣтъ, но онъ былъ правъ, давши сразу Германіи и всеобщее избирательное право и парламентъ» [2]).

Бельгія имѣетъ всеобщее избирательное право съ 25 сентября 1893 г. Всякій бельгійскій гражданинъ, не лишенный правъ въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, является избирателемъ съ достиженіемъ 25-лѣтняго возраста. Но система всеобщаго голосованія искажена системой множе-

---

[1]) Ср. относительно всѣхъ этихъ пунктовъ Laband, *Droit public*, франц. изд., I, 1900, стр. 463 и слѣд.

[2]) Albert Sorel, *La vieille Allemagne et le nouvel empire*, *Le Temps*, 20 avril 1890; ср. E. Denis, *La fondation de l' empire allemand*, 1906.

ственнаго вотума. Извѣстное число добавочныхъ голосовъ дается избирателямъ, соединяющимъ опредѣленныя условія. Новая ст. 47 бельгійской конституціи даетъ добавочный вотумъ за каждое изъ слѣдующихъ условій: 1) 35-лѣтній возрастъ, брачное или вдовое состояніе, законное происхожденіе и уплата государству, по крайней мѣрѣ, 5 франковъ личнаго налога; 2) 25-лѣтні . возрастъ и право собственности или на недвижимое имущество цѣною не менѣе 2.000 франковъ или, по крайней мѣрѣ, на 100 франковъ ренты въ большой книгѣ или въ сберегательной кассѣ. Два добавочныхъ голоса даются гражданамъ, достигшимъ 25-лѣтнаго возраста и удовлетворяющимъ слѣдующимъ условіямъ: 1) обладаніе дипломомъ о высшемъ образованіи или свидѣтельствомъ объ окончаніи полнаго курса высшаго образованія, безъ различія между государственными и частными учебными заведеніями; 2) выполненіе въ настоящее время или въ прошломъ общественной должности, обладаніе положеніемъ, которое подразумѣваетъ среднее или высшее образованіе. Но никто не можетъ соединять болѣе трехъ голосовъ. Вотумъ обязателенъ (Конст., ст. 82).

Конституція, пересмотрѣнная въ 1893 г., установила лишь принципъ. Законъ 12 апрѣля 1894 г. урегулировалъ детали функціонированія множественнаго вотума и составленія избирательныхъ списковъ. Слѣдуетъ присоединить сюда также законъ 25 марта 1894 года о пріобрѣтеніи правъ бельгійскаго гражданства, законъ 28 іюня 1894 г., регулирующій функціонированіе избирательнаго корпуса, законъ 29 іюня 1894 г. о провинціальныхъ выборахъ и законы 11 апрѣля и 12 сентября 1895 г. объ общинныхъ выборахъ, которые даютъ три добавочныхъ голоса избирателямъ, соединяющимъ извѣстныя возрастныя и семейныя условія. Все это законодательство было дополнено закономъ 30 декабря 1899 г., установившимъ пропорціональное представительство (ср. § 55) [1].

Англія еще не имѣетъ настоящаго всеобщаго избирательнаго права; но она примѣняетъ систему, которая, являясь послѣдствіемъ цѣлаго ряда измѣненій, почти равняется всеобщему избирательному праву. Въ концѣ XVIII вѣка непра-

---

[1]) См. Dupriez, *Le suffrage universel en Belgique*, 1904.

вильности и странности представительства въ Палатѣ общинъ обезпечивали политическое преобладаніе за земельной аристократіей. Очень значительные города не имѣли вовсе представительства въ Палатѣ общинъ; наоборотъ, маленькія мѣстечки, насчитывавшія лишь нѣсколько жителей, имѣли въ силу старинныхъ обычаевъ право назначать депутата. Нѣкоторыя, насчитывавшія лишь ничтожное число избирателей, дѣлались принадлежностью крупнаго собственника, располагавшаго, такимъ образомъ, выборомъ по своему усмотрѣнію. Въ началѣ XIX вѣка 487 членовъ Палаты общинъ на 658 были въ дѣйствительности назначены лордами и богатыми земельными собственниками [1]).

Такое положеніе вещей не могло продолжаться; оно подверглось глубокому измѣненію, главной причиной котораго было нарожденіе современной крупной промышленности. Населеніе Великобританіи выросло на 90% съ 1800 по 1850 г.; появились новые классы; словно новая Англія, новый народъ прибавился къ старой Англіи. Это глубокое экономическое и соціальное измѣненіе невольно повлекло за собой и политическое измѣненіе: политическая монополія земельныхъ собственниковъ неизбѣжно должна была исчезнуть и въ политической власти получить участіе сначала промышленный классъ, а потомъ классъ рабочій. Избирательная реформа сдѣлалась необходимой. Начало ея осуществленію было положено актомъ 23 марта 1832 года. Вотированный послѣ длиннаго ряда инцидентовъ, актъ 23 марта 1832 года содержалъ двоякаго рода постановленія: одни относительно избирательныхъ округовъ, другія относительно правъ избирателей. Старыя мѣстечки потеряли 143 депутатскихъ мѣста, которыя и были распредѣлены между графствами и 42 значительными городами, до того времени лишенными представительства. Число лицъ, получившихъ право вотировать, выросло въ значительной пропорціи; такимъ образомъ всякій глава семейства (*householder*), занимающій домъ въ 10 фунтовъ стерлинговъ дохода, получилъ право вотировать. Наконецъ актъ 1832 г. установилъ правильные избирательные списки.

---

1) См. Boutmy, *Le développement de la société politique en Angleterre*, 1885; L. Dickinson, *Le développement du parlement au XIX siècle*, франц. изд., 1906, стр. 3 и слѣд.

Актъ 1832 г. создалъ почти полмилліона новыхъ избирателей. Это было значительнымъ шагомъ къ равенству, большою побѣдою демократіи. Въ силу этого акта новая политика проникла въ парламентъ и въ законодательство, и земельная аристократія мало-по-малу потеряла свое политическое преобладаніе. Эволюція безъ перерывовъ продолжается до нашихъ дней. Въ 1867 году новый избирательный законъ, предложенный Гладстономъ, еще увеличилъ число избирателей. Онъ создалъ то, что называютъ *Borough franchise*, т.-е. избирательную способность, свойственную жителямъ бурговъ. *Borough franchise* примѣняется къ тремъ категоріямъ гражданъ: 1) ко всѣмъ тѣмъ, кто занимаетъ цѣлый домъ съ годичнымъ доходомъ въ 10 фунтовъ стерлинговъ; 2) къ обитателямъ дома, обложеннаго поземельнымъ налогомъ; 3) къ тѣмъ, кто занимаетъ въ теченіе года квартиру (*lodgers*) съ квартирной платой, по крайней мѣрѣ, въ 10 фунтовъ стерлинговъ. Число избирателей увеличилось, благодаря этому, на милліонъ.

Наконецъ изданъ былъ важный законъ 6 декабря 1884 г. (*The representation of the people act*), который установилъ почти всеобщее избирательное право. Онъ былъ вотированъ послѣ цѣлаго ряда перипетій, глубоко взволновавшихъ страну; проведенъ онъ былъ лишь благодаря энергіи, настойчивости и престижу Гладстона. Онъ, впрочемъ, сохранилъ часть закона 1867 г. Полагаютъ, что вслѣдствіе этого закона 1884 г. общее число избирателей Соединеннаго Королевства увеличилось съ 3 милліоновъ до 5 милліоновъ.

Современное англійское избирательное законодательство, основывающееся на комбинаціи закона 1884 г. съ закономъ 1867 г., можетъ быть резюмировано слѣдующимъ образомъ. Чтобы быть избирателемъ, надо достигнуть 21-лѣтняго возраста, быть англійскимъ или натурализованнымъ гражданиномъ, быть внесеннымъ въ избирательный списокъ и не подвергнуться умаленію правъ. Женщины еще не имѣютъ избирательнаго права въ Англіи (ср. § 23). Но всѣ указанныя лица не непремѣнно имѣютъ избирательное право. Чтобы вотировать, нужно имѣть то, что англійское законодательство называетъ *franchise*. Различаютъ *общія* и *спеціальныя franchises*.

Общія franchises слѣдующія: 1) *Household franchise*: можетъ вотировать всякое лицо, которое къ 15 іюля занимаетъ въ

теченіе года, въ качествѣ собственника или квартиранта, цѣлый домъ или отдѣльную квартиру; 2) *Occupation franchise*: избирателемъ является всякій гражданинъ, который къ 15 іюля занимаетъ въ теченіе года, въ качествѣ собственника или квартиранта, какую-нибудь собственность съ ежегоднымъ доходомъ въ 10 фунтовъ стерлинговъ; 3) *Lodger franchise*: законъ даетъ эту льготу всякому, кто, въ качествѣ квартиранта, занимаетъ въ теченіе года къ 15 іюля одно и то же помѣщеніе, составляющее часть одного и того же жилого дома. Англійскіе юристы не вполнѣ согласны относительно разницы между *householder franchise* и *lodger franchise*.

Существуютъ *спеціальныя franchises* для графствъ, мѣстечекъ и университетовъ. 1) *Льготы графствъ*: кромѣ трехъ общихъ льготъ, существуетъ спеціальная льгота графствъ, такъ называемая *льгота собственности* (*owership*), въ силу которой избирателями въ англійскихъ графствахъ являются собственники, владѣющіе имѣніемъ съ ежегоднымъ доходомъ въ 2, 5 или 50 фунтовъ, смотря по характеру собственности; 2) *льгота для мѣстечекъ*: въ бургахъ сохранены старинныя права *freeholders*, имущество которыхъ приноситъ не менѣе 2 фунтовъ доходу, бюргеровъ, *freemen* и другія старинныя права, сохраненныя закономъ 1832 г.; 3) *университетская льгота*: право вотума для университетовъ въ Оксфордѣ, Кембриджѣ, Лондонѣ, Дублинѣ, Эдинбургѣ, Эбердинѣ, Гласговѣ и Св. Андрея (Saint-Andrews) принадлежитъ канцлерамъ, профессорамъ, членамъ университетскихъ курсовъ и лицамъ, имѣющимъ степени и занесеннымъ въ университетскіе списки.

По этой системѣ случается, что одинъ и тотъ же гражданинъ можетъ быть избирателемъ два и нѣсколько разъ. Созданіе множественнаго вотума не было цѣлью, сознательно преслѣдуемою англійскимъ законодателемъ, но оно есть неизбѣжное послѣдствіе этой сложной избирательной системы, составленной нѣкоторымъ образомъ изъ нѣсколькихъ наслоеній. Такимъ образомъ одинъ и тотъ же гражданинъ можетъ имѣть избирательное право въ мѣстечкѣ, въ графствѣ, отъ университета. Въ противоположность французскому правилу, по которому можно вотировать лишь одинъ разъ на однихъ и тѣхъ же выборахъ, въ Англіи всякій гражданинъ можетъ вотировать въ каждомъ изъ округовъ, въ которыхъ онъ со-

единяетъ условія, необходимыя для избирательнаго права. Это правило подвергается, однако, тремъ исключеніямъ: никто не можетъ вотировать на основаніи владѣнія однимъ и тѣмъ же недвижимымъ имуществомъ и на выборахъ депутата отъ мѣстечка и на выборахъ депутата отъ графства, въ которомъ расположено мѣстечко; никто не можетъ вотировать нѣсколько разъ въ одномъ и томъ же округѣ графства на выборахъ представителей отъ графства; наконецъ не дозволяется вотировать въ нѣсколькихъ участкахъ одного и того же мѣстечка. Традиція, по которой англійскіе парламентскіе выборы никогда не происходятъ въ теченіе одного дня и совершаются почти въ теченіе мѣсяца, облегчаетъ осуществленіе этой возможности вотировать нѣсколько разъ. Главнымъ актомъ, организующимъ выборы въ собственномъ смыслѣ слова, является законъ 18 іюля 1872 г., нѣкоторыя постановленія котораго были измѣнены. Впрочемъ, чтобы опредѣлить точный порядокъ избирательной процедуры, слѣдуетъ прибѣгнуть къ 117 актамъ, изданнымъ въ различныя эпохи.

2 мая 1906 г. Льюисъ Гаркуртъ внесъ, отъ имени правительства, въ Палату общинъ билль, запрещающій всякому избирателю вотировать въ нѣсколькихъ округахъ сразу въ теченіе однихъ и тѣхъ же законодательныхъ выборовъ. Билль былъ вотированъ въ первомъ чтеніи 2 мая и во второмъ чтеніи 14 мая 1906 года [1]).

Въ странахъ, еще не имѣющихъ всеобщаго избирательнаго права, совершаются очень серьезныя народныя движенія, стремящіяся къ установленію всеобщаго голосованія.

Въ Австріи до 1896 г. не было мѣста личному и всеобщему голосованію, какъ мы его понимаемъ. Въ силу законовъ 2 апрѣля 1873 г. и 4 октября 1882 г. палата депутатовъ (*Reichsrath*) состояла изъ 353 депутатовъ, распредѣленныхъ между четырьмя отдѣльными коллегіями или *куріями*: 85 вы-

---

[1]) См. *Annuaire législation étrangère*, 1885, стр. 69; Franqueville, *Le gouvernement et le parlement britanniques*, II, стр. 241 и сл.; интересныя хроники Жеза о выборахъ въ Англіи и объ избирательной реформѣ, *Revue du droit public*, 1906, стр. 106 и сл., 557 и сл.; Hugh Fraser, *The law of parliamentary elections*, 1906; Ward, *The practice at parliamentary elections*, 3 изд., 1906.

бирались крупными земельными собственниками, 11—торговыми и промышленными палатами, 118—городами, торговыми и промышленными мѣстечками, и 129—сельскими общинами. Имперскіе законы не опредѣляютъ прямо тѣхъ лицъ, кто призванъ голосовать въ каждой изъ этихъ курій; они въ принципѣ ссылаются на мѣстные законы, которые въ каждой имперской области даютъ право голоса для выборовъ въ мѣстное областное собраніе (*Landtag*). Законъ 14 іюня 1896 г. на ряду съ этой системой ввелъ и всеобщее голосованіе; онъ сохранилъ четыре куріи и создалъ пятую, назначающую 72 депутата,—курію всеобщаго избирательнаго права. Право голосовать въ ней принадлежитъ всякому гражданину, достигшему 24 лѣтъ, за исключеніемъ неимущихъ, получающихъ вспомоществованіе изъ государственныхъ или общинныхъ суммъ. Избиратели, принадлежащіе къ первымъ четыремъ куріямъ, вотируютъ также и въ куріи всеобщаго избирательнаго права. Голосованіе въ ней въ принципѣ двухстепенное. Въ нѣкоторыхъ городахъ (Вѣна, Прага, Тріестъ... и въ Нижней Австріи) оно, однако, прямое.

Этотъ законъ 1896 г. нисколько не удовлетворилъ общественнаго мнѣнія. Въ ноябрѣ 1905 г., подъ вліяніемъ русской революціи, австрійскіе рабочіе настойчиво потребовали всеобщаго и прямого избирательнаго права. Въ Вѣнѣ и во многихъ большихъ городахъ имперіи произошли грозныя манифестаціи; Австріи угрожала всеобщая желѣзно-дорожная забастовка. Устрашенное этимъ движеніемъ правительство пообѣщало внести проектъ закона объ измѣненіи избирательнаго права и о введеніи всеобщаго голосованія [1]). И, дѣйствительно, 23 февраля 1906 г. министръ-президентъ баронъ Гаучъ внесъ въ палату депутатовъ проектъ закона объ избирательной реформѣ, основывающійся на принципѣ уничтоженія всѣхъ избирательныхъ привилегій и введенія всеобщаго и прямого избирательнаго права, съ созданіемъ однообразныхъ избирательныхъ округовъ [2]).

---

[1]) *Temps*, 30 ноября 1905 г., разъясненіе въ палатѣ министра Гауча.

[2]) Ср. *Revue politique et parlement.*, январь, 1906 г., стр. 181; *Petit Temps*, 25 февр. 1906 г.

Въ Венгріи также введеніе всеобщаго избирательнаго права стоитъ на первомъ планѣ современныхъ политическихъ вопросовъ. Введеніе всеобщаго голосованія показалось барону Фейервари, венгерскому премьеръ-министру, единственнымъ средствомъ создать единство Венгерскаго королевства, и дать возможность національностямъ, угнетаемымъ мадьярами, возвысить свой голосъ и получить законную долю въ управленіи государственными дѣлами. 19 декабря 1905 г. былъ опубликованъ законопроектъ, предлагавшій установить всеобщее и тайное голосованіе и дававшій всякому венгерскому подданному мужескаго пола, достигшему 24 лѣтъ и умѣющему читать и писать, право вотировать.

Въ различныхъ нѣмецкихъ государствахъ существуетъ болѣе или менѣе ограниченное избирательное право и притомъ часто стѣсненное процедурой чисто феодальнаго характера. 7 февраля 1906 г. рейхстагъ обсуждалъ законопроектъ, внесенный по иниціативѣ соціалистовъ и предлагавшій вписать въ имперскую конституцію статью, декретирующую для всѣхъ нѣмецкихъ государствъ, съ Эльзасъ-Лотарингіей включительно, всеобщее прямое и тайное голосованіе для всѣхъ нѣмцевъ обоего пола, достигшихъ 20 лѣтъ. Депутатъ Бернштейнъ защищалъ этотъ проектъ, утверждая, что имперія имѣетъ право вмѣшиваться въ законодательство союзныхъ государствъ. Министръ внутреннихъ дѣлъ Посадовскій заявилъ, что правительство уже съ чисто формальной точки зрѣнія противъ принятія подобнаго предложенія; онъ горячо критиковалъ самый принципъ всеобщаго избирательнаго права .и, съ другой стороны, заявилъ, что предложеніе находится въ абсолютномъ противорѣчіи съ федеративнымъ устройствомъ нѣмецкой имперіи. Въ теченіе декабря 1905 г. и января 1906 г. въ Германіи, особенно въ Пруссіи и Саксоніи, происходили серьезныя и очень внушительныя манифестаціи въ пользу всеобщаго избирательнаго права, и *Temps* совершенно вѣрно писалъ въ нумерѣ отъ 12 января 1906 г.: «Будетъ или нѣтъ пролита кровь, вопросъ о всеобщемъ избирательномъ правѣ, тѣмъ не менѣе, поставленъ, и реформа не можетъ безконечно откладываться» [1].

---

[1]) Ср. *Revue politique et parlement.*, 1906, I, стр. 174.

Въ воскресенье 18 марта 1906 г. произведена была грозная манифестація въ пользу всеобщаго избирательнаго права во всей Пруссіи. Въ отвѣтъ на нее, 21 марта правительство внесло въ бюро ландтага проектъ закона, ограничивающійся исправленіемъ нѣкоторыхъ подраздѣленій избирательныхъ округовъ и увеличивающій на 10 число членовъ ландтага. Проектъ, такимъ образомъ, сохранилъ избирательную систему по классамъ и вызвалъ чрезвычайно рѣзкіе протесты со стороны либеральныхъ партій и соціалистовъ [1]). 2 апрѣля 1906 г. прусскій ландтагъ отвергъ 188 голосами противъ 81 предложеніе либераловъ о введеніи всеобщаго избирательнаго права.

Въ Вюртембергскій парламентъ внесенъ проектъ о пересмотрѣ конституціи; по этому проекту вторая палата должна сдѣлаться народной палатой, составленной исключительно изъ депутатовъ, избранныхъ всеобщимъ и прямымъ голосованіемъ [2]).

Баденское великое герцогство въ силу закона 24 августа 1904 г. приняло всеобщее, прямое и тайное избирательное право. Баварія въ силу закона, который будетъ санкціонированъ, производитъ пересмотръ своей избирательной системы въ томъ же смыслѣ [3]).

Въ Италіи въ правѣ вотума отказано неграмотнымъ (*analphabètes*). Въ силу регламента, требующаго для внесенія въ избирательные списки свидѣтельства объ образованіи, за отсутствіемъ какового кандидатъ-избиратель долженъ подвергнуться экзамену передъ мировымъ судьей (*pretore*), значительное число итальянцевъ исключено отъ права участія въ выборахъ. Введеніе всеобщаго избирательнаго права увеличило бы число избирателей съ 2 до 8 милліоновъ. Кампанія въ пользу всеобщаго избирательнаго права уже началась; и Сонино, принимая постъ министра-президента, далъ понять, что онъ принимаетъ на себя заботу о введеніи всеобщаго избирательнаго права [4]).

---

[1]) *Le Temps*, 23 марта 1906 г.; *Vorwärts*, 22 марта 1906 г.

[2]) Ср. Esmein, *Revue politique et parlementaire*, janvier, 1906, стр. 108.

[3]) Ср. Otto Mayer, *Revue du droit public*, 1906, стр. 95.

[4]) *Petit Temps*, 1 марта 1906 г.

Въ Голландіи избирательный законъ, вступившій въ силу 1 января 1897 г., распространилъ избирательное право въ значительныхъ размѣрахъ, хотя и установилъ цензовую систему [1]). Партія, имѣющая вліяніе, требуетъ въ Голландіи введенія всеобщаго избирательнаго права.

Сама Россія вошла, несмотря на реакціонныя движенія, которыя могутъ быть лишь временными, въ великій демократическій потокъ, неудержимо увлекающій всѣ цивилизованные народы. Уже въ своемъ манифестѣ отъ 6/19 августа 1905 г. Императоръ Николай II заявилъ, что «нынѣ настало время... призвать выборныхъ людей отъ всей земли Русской къ постоянному и дѣятельному участію въ составленіи законовъ»; онъ предписалъ созвать Государственную Думу, но она должна была имѣть лишь совѣщательную роль. Въ манифестѣ Императора Николая отъ 17/30 октября 1905 г. мы читаемъ: „На обязанность правительства возлагаемъ Мы выполненіе непреклонной Нашей воли:.. 2) Не останавливая предназначенныхъ выборовъ въ Государственную Думу, привлечь теперь же къ участію въ Думѣ, въ мѣрѣ возможности, тѣ классы населенія, которые нынѣ совсѣмъ лишены избирательныхъ правъ, предоставивъ за симъ дальнѣйшее развитіе начала общаго избирательнаго права вновь установленному законодательному порядку, и 3) установить, какъ незыблемое правило, чтобы никакой законъ не могъ воспріять силу безъ одобренія Государственной Думы и чтобы выборнымъ отъ народа обезпечена была возможность дѣйствительнаго участія въ надзорѣ за закономѣрностью дѣйствій поставленныхъ отъ Насъ властей“. Избирательный законъ былъ уже выработанъ въ августѣ 1905 г. министромъ Булыгинымъ. Этотъ законъ былъ замѣненъ закономъ, выработаннымъ министромъ Витте, и опубликованъ 14/27 декабря 1905 г. Этотъ законъ совершенно устраняетъ прямое голосованіе. Онъ не устанавливаетъ вполнѣ всеобщаго избирательнаго права, но можно сказать, что онъ ведетъ къ нему. Право голоса дано государственнымъ служащимъ и лицамъ, состоящимъ на земской и общественной службѣ. Рабочіе (по

---

[1]) См. *Revue du droit public*. 1895, II, стр. 314 и 1896, II, стр. 518.

проекту Булыгина не имѣвшіе совсѣмъ представительства) голосуютъ въ трехъ степеняхъ, соотвѣтственно довольно запутанной организаціи, обозначенной въ законѣ довольно смутно, но сводящейся, повидимому, къ слѣдующему: они назначаютъ делегатовъ, въ свою очередь, назначающихъ выборщиковъ; эти войдутъ въ городскія и сельскія избирательныя собранія, предназначенныя для выборовъ въ Думу. Крестьяне вотируютъ въ трехъ степеняхъ,—сообразно системѣ, установленной закономъ Булыгина въ августѣ 1905 г. и измѣненной въ этомъ пунктѣ декабрьскимъ закономъ. Эта система, на первый взглядъ, создаетъ многостепенное всеобщее избирательное право. Однако это не такъ, ибо нѣкоторыя ограниченія внесены въ право вотума. Такъ, наприм., если нѣсколько лицъ живетъ вмѣстѣ въ одномъ жилищѣ, вотировать будетъ только тотъ, отъ имени кого былъ заключенъ договоръ найма квартиры. Точно такъ же законъ Витте ничего не говоритъ о голосованіи женщинъ, несмотря на то, что оно очень настойчиво требовалось нѣкоторыми партіями. Дума собралась 10 февраля 1906 г. въ Петербургѣ. Въ отвѣтъ на рѣчь Императора она вотировала 15 мая 1906 г. адресъ, въ которомъ энергично потребовала введенія всеобщаго избирательнаго права [1]). Дума была распущена указомъ 21 іюня 1906 г., сопровождаемымъ манифестомъ 22 іюня, возвѣстившимъ, что новая Дума будетъ созвана 5 марта 1907 г. Въ то же самое время засѣданія Государственнаго Совѣта были пріостановлены до той же даты. Этотъ роспускъ вызвалъ протестъ, опубликованный въ Выборгѣ и подписанный 190 депутатами, собравшимися подъ предсѣдательствомъ Муромцева, предсѣдателя Думы [2]).

21 іюля 1906 г. въ самый день распущенія Думы русскій Императоръ утвердилъ законъ, предоставляющій Финляндіи всеобщее избирательное право. Сеймъ будетъ состоять изъ 200 депутатовъ, избираемыхъ на два года всеобщимъ прямымъ и пропорціональнымъ избирательнымъ правомъ. Право голоса предоставлено всѣмъ финляндскимъ гражданамъ обоего пола, достигшимъ 24 лѣтъ. Всѣ избиратели имѣютъ пассивное избирательное право.

---

1) *Le Temps*, 17 мая 1906 г.

2) *Le Temps*. №№ 23, 24 и 25 іюля 1906 г.

Черногорія, опередивши свою великую славянскую сестру, приступила 14/27 ноября 1906 г. къ выборамъ въ національное собраніе. По избирательному регламенту, опубликованному для этой цѣли, право вотировать получилъ всякій черногорецъ, живущій въ странѣ, имѣющій 21 годъ и не лишенный по суду своихъ гражданскихъ правъ. 3/16 декабря 1906 г. депутаты собрались въ Цетинье и собраніе приняло 6/19 декабря новую конституцію и присягу князя [1]).

Недавно получила выборный парламентъ и Персія. Всякій персидскій подданный, мужескаго пола, умѣющій читать и писать, въ возрастѣ отъ 30 до 70 лѣтъ, не состоящій на государственной службѣ и не опороченный по суду, имѣетъ избирательное право. Выборы производятся двухстепеннымъ голосованіемъ въ провинціи и прямымъ въ Тегеранѣ [2]).

Прямое и косвенное избирательное право. Слѣдующій вопросъ, возникающій относительно избирательнаго права, заключается въ томъ, должно ли оно быть *прямымъ* или *косвеннымъ*, двухстепеннымъ или многостепеннымъ. Въ большинствѣ странъ примѣняютъ теперь, по крайней мѣрѣ, для нижней палаты, прямое голосованіе.

Наши собранія революціонной эпохи, наоборотъ, предпочитали двухстепенное голосованіе. Извѣстно, что конституція 1791 г. (тит. III, гл. 1, разд. 2—5) организовала *первичныя собранія* кантона, назначавшія членовъ законодательнаго корпуса и судебныхъ и административныхъ должностныхъ лицъ департамента и округа. Одни члены муниципальныхъ собраній и мировые судьи назначались прямо первичными собраніями. Законодательное Собраніе своимъ декретомъ отъ 10 августа 1792 г. уничтожило различіе между активными и пассивными гражданами, но сохранило двухстепенный вотумъ, и Конвентъ былъ избранъ хотя и всеобщимъ, но двух-

---

[1]) Текстъ возвѣщенія княземъ конституціи и резюме избирательнаго регламента см. *Bulletin société de législation comparée*, 1906, стр. 115 и текстъ конституціи въ *Revue du droit public*, 1906, стр. 215.

[2]) См. *Temps*, 22 сент. 1906 г.

степеннымъ голосованіемъ. Конституція 1793 г. установила прямое всеобщее голосованіе для избранія законодателей, но сохранила двухстепенные выборы для административныхъ лицъ департамента и округа, публичныхъ судей и судей по уголовнымъ дѣламъ (конст. 1793 г., ст. 8, 80, 91 и 97). Съ конституціей III года Конвентъ возвратился къ общей системѣ двухстепенныхъ выборовъ; избирательныя собранія, избранныя первичными собраніями, избирали членовъ законодательнаго корпуса, членовъ кассаціоннаго суда, верховныхъ судей, административныхъ лицъ департамента, президента, прокурора и секретаря уголовнаго суда, судей гражданскихъ судовъ (конст. III года, ст. 41). Одни мировые судьи и муниципальные чиновники назначались прямымъ голосованіемъ.

Опытъ съ двухстепеннымъ голосованіемъ, произведенный въ эпоху Директоріи при примѣненіи конституціи III года, несомнѣнно, не былъ благопріятенъ этому способу голосованія. Правда, можно сказать, что во время указаннаго періода система эта функціонировала неправильно, въ силу различныхъ внѣшнихъ обстоятельствъ, и что опытъ не былъ произведенъ въ нормальныхъ условіяхъ. Система двухстепеннаго вотума не противорѣчитъ демократическому принципу. Въ § 23 было указано, что принципъ національнаго суверенитета не заключаетъ въ себѣ всеобщаго избирательнаго права; тѣмъ болѣе, не заключаетъ онъ въ себѣ прямого голосованія. Мы полагаемъ, что рѣшеніе вопроса не можетъ быть дано абсолютнымъ образомъ и зависитъ отъ обстоятельствъ, отъ обычаевъ страны и особенно отъ степени ея культуры и политической мудрости. Внѣ всякаго сомнѣнія, что непрямое голосованіе обезпечиваетъ лучшій отборъ, ослабляетъ ожесточеніе избирательной борьбы, предохраняетъ отъ необдуманныхъ увлеченій. Слѣдовательно, въ странахъ, гдѣ

образованіе мало распространено, гдѣ политическое воспитаніе также мало развито, благоразумно установить двухстепенное голосованіе.

Что сказать относительно Франціи? Вслѣдствіе страннаго злоупотребленія словами, всеобщее и прямое голосованіе и голосованіе ограниченное и двухстепенное сдѣлались синонимами. Кто говоритъ о необходимости установить двухстепенное голосованіе, тотъ подвергается обвиненію въ желаніи уничтожить всеобщее голосованіе. Впрочемъ, мы полагаемъ, что въ нашей странѣ образованіе достаточно распространено, и политическое воспитаніе достаточно развито, чтобы граждане могли вотировать прямо. Кромѣ того, примѣненіе двухстепеннаго голосованія для сената, повидимому, не произвело болѣе значительнаго отбора въ этомъ собраніи, интеллектуальный уровень котораго скорѣе болѣе низокъ, чѣмъ уровень палаты. Слѣдуетъ сказать, однако, что избирательный законъ для сената извратилъ двухстепенное голосованіе, давши избирательное право не выборщикамъ, спеціально избраннымъ для этой цѣли, а членамъ административныхъ выборныхъ собраній или ихъ делегатамъ.

Голосованіе по списку и голосованіе единоличное. — Избиратели въ цѣломъ, очевидно, не могутъ образовать единой избирательной коллегіи. Въ большихъ странахъ, которыя, какъ Франція, насчитываютъ болѣе десяти милліоновъ избирателей, это матеріально невозможно. Поэтому вынуждены бываютъ раздѣлить страну на избирательные округа, которые каждый назначаютъ опредѣленное число депутатовъ. Эта матеріальная необходимость вызвала къ жизни давно уже дебатируемый вопросъ о голосованіи по списку и

объ единоличномъ голосованіи. Должна ли страна быть раздѣлена на извѣстное число небольшихъ округовъ, назначающихъ каждый лишь одного депутата, или, наоборотъ, на болѣе обширные округа, назначающіе каждый извѣстное число депутатовъ, при чемъ каждый избиратель можетъ внести въ свой избирательный бюллетень столько именъ, сколько долженъ выбрать депутатовъ округъ, къ которому онъ принадлежитъ?

Во Франціи вопросъ ставился и ставится еще и теперь для палаты депутатовъ; и такъ какъ законы, установившіе голосованіе по списку, за основу избирательныхъ дѣленій взяли департаментъ, а установившіе единоличное голосованіе создали избирательныя дѣленія по участкамъ, то часто вопросъ называютъ вопросомъ о голосованіи по департаментамъ или голосованіи по участкамъ.

Въ 1848 г. конституція, впервые признавшая во Франціи принципъ всеобщаго и прямого избирательнаго права, сохранила систему, установленную декретомъ временнаго правительства отъ 5 марта, и постановила, чтобы выборы представителей происходили по департаментамъ и голосованіемъ по списку (ст. 30). Избирательный законъ отъ 15 марта 1849 г. урегулировалъ его функціонированіе. Голосованіе по списку разсматривалось тогда всею республиканскою партіей, какъ существенное условіе искренности выборовъ. Творцы конституціи 1852 г., желая обезпечить прямое воздѣйствіе правительства на избирательный корпусъ, установили единоличное голосованіе (ст. 36). Правительство даже могло фиксировать по своему усмотрѣнію границы избирательныхъ округовъ (ср. органическій декретъ и регламентарный декретъ отъ 2 февраля 1852 г.). Единоличное голосованіе было, впрочемъ, одной изъ *пяти основъ* прокламаціи 2 декабря 1851 г.: «... 4) законодательный корпусъ... назначаемый всеобщимъ избирательнымъ правомъ, безъ голосованія по списку, которое

фальсифицируетъ выборы». Послѣ 4 сентября 1870 г. декретъ правительства Національной обороны отъ 29 января созываетъ избирателей для назначенія національнаго собранія и постановляетъ, чтобы выборы происходили согласно избирательному закону отъ 15 марта 1849 г., т.-е., соотвѣтственно республиканскому принципу, голосованіемъ по списку. Въ своемъ проектѣ избирательнаго закона вторая комиссія тридцати предложила въ 1875 г. установить голосованіе по списку; оно поддерживалось въ собраніи Рикаромъ и Гамбеттою во имя республиканскихъ принциповъ [1]). Но, встрѣтивши сопротивленіе правительства, оно было отвергнуто, и палата приняла поправку Лефевръ-Порталиса, сдѣлавшуюся ст. 14 закона 30 декабря 1875 г. и установившую единоличное голосованіе. Въ январѣ мѣсяцѣ 1882 г. министерство Гамбетты предлагаетъ ввести въ конституціонный законъ принципъ голосованія по списку; но министерство Гамбетты пало на самомъ вопросѣ конституціоннаго пересмотра (27 января 1882 г.). Однако законъ 16 іюня 1885 г. отмѣняетъ единоличное голосованіе и устанавливаетъ голосованіе по департаментскому списку. Но въ 1889 г. (законъ 13 февраля 1889 г.) республиканская партія, устрашенная прогрессомъ *буланжизма*, забывая свои традиціи и свои принципы, возстановила единоличное голосованіе (систему ст. 14 закона 30 ноября 1875 г.), существующее и понынѣ. Хотя много разъ вносились въ палату предложенія о возстановленіи голосованія по списку, палата депутатовъ ихъ даже не обсуждала. Однако 7 апрѣля 1905 г. Луи Бюя представилъ отъ имени комиссіи всеобщаго избирательнаго права докладъ относительно предложенія Клотца, имѣвшаго въ виду возстановленіе голосованія по списку; этотъ докладъ высказывался за возстановленіе голосованія по списку и давалъ понять, что этотъ способъ голосованія можетъ съ пользою быть дополненъ системою пропорціональнаго представительства [2]). На второмъ засѣданіи 21 ноября 1905 г. палата рѣ-

[1]) *Ann. de l'Ass. nat. de 1871*, XLII, стр. 111 и 134.

[2]) См. Rapport Buyat, *J. off., docum. parlem.*, chambre, sess. ord., 1905, стр. 389. Ср. Rapport de Charles Benoist относительно пропорціональнаго представительства, *ibid.*, стр. 471.

шила вписать вопросъ объ избирательной реформѣ въ порядокъ дня для утреннихъ засѣданій по пятницамъ, послѣ закона о торговомъ флотѣ [1]). Но законодательный періодъ закончился раньше, чѣмъ палата приступила къ этому обсужденію. На выборахъ въ маѣ 1906 г. многіе изъ избранныхъ кандидатовъ на первомъ мѣстѣ своей программы поставили введеніе голосованія по списку. Намъ хотѣлось бы вѣрить, что нынѣшнее законодательное собраніе осуществитъ, наконецъ, эту важную реформу. 10 іюля 1906 г. оно назначило комиссію всеобщаго избирательнаго права, что, повидимому, обозначаетъ его намѣреніе довести до конца реформу (ср. *Le Temps*, 13 іюня 1906 г.), и 4 іюля 1906 г. палата объявила неотложность предложенія Депасса о возстановленіи голосованія по списку.

Нѣтъ сомнѣнія, что изъ двухъ способовъ голосованія наиболѣе гармонируетъ съ французской теоріей политическаго представительства голосованіе по списку. Французское воззрѣніе покоится цѣликомъ на той идеѣ, что нѣтъ мандата, даваемаго округомъ назначаемымъ имъ депутатамъ, а есть мандатъ, даваемый всей націей самому парламенту, и депутаты поэтому являются не представителями округа, а «цѣлой націей» (конст. 1791 г., тит. III, гл. I, разд. 3, ст. 7). Слѣдовательно, округа образованы лишь въ силу матеріальной невозможности собрать всѣхъ избирателей въ одну избирательную коллегію. Слѣдовательно, тѣмъ болѣе будетъ достигнуто приближеніе къ истинѣ, чѣмъ на болѣе значительные избирательные округа будетъ раздѣлена страна. Идеально было бы, чтобы ихъ не было совсѣмъ. Чѣмъ менѣе многочисленны они и болѣе велики, тѣмъ ближе дѣло стоитъ къ идеальному рѣшенію.

---

[1]) *J. off., débats parlem.*, chambre, 1905, стр. 3422.

Разсмотрѣніе фактовъ подтверждаетъ заключеніе, къ которымъ приводитъ теорія. Мы не хотимъ сказать, будто голосованіе по списку не представляетъ никакихъ неудобствъ; но намъ кажется очевиднымъ, что оно представляетъ ихъ гораздо меньше, чѣмъ голосованіе по участкамъ. Капитальные недостатки голосованія по участкамъ очевидны для всѣхъ. Прежде всего оно благопріятствуетъ избирательному подкупу; часто, если не всегда, назначенный кандидатъ есть тотъ, кто даетъ болѣе обѣщаній, который добивается или о которомъ полагаютъ, что онъ можетъ добиться наибольшаго количества милостей, мѣстъ, орденовъ, желѣзныхъ дорогъ и т. д., а иногда просто того, кто болѣе всѣхъ тратитъ денегъ на свои выборы. Съ голосованіемъ по участкамъ личные и мѣстные вопросы получаютъ преобладаніе надъ вопросами общаго интереса. Мы не думаемъ, чтобы голосованіе по списку уничтожило, какъ по манію волшебника, избирательный подкупъ; но нѣтъ сомнѣнія, что съ этимъ способомъ голосованія подкупъ будетъ болѣе труднымъ и менѣе вынужденнымъ. Съ другой стороны, при голосованіи по списку, выборы могутъ происходить относительно общей программы и позволятъ отчетливѣе выяснить политическую оріентацію страны. «Голосованіе по участкамъ, — сказалъ Вальдекъ-Руссо, — имѣетъ тотъ недостатокъ, что служитъ скорѣе мѣриломъ популярности лицъ, чѣмъ точнымъ мѣриломъ мнѣнія избирательныхъ округовъ» [1]).

Въ пользу единоличнаго голосованія говорятъ, что оно представляетъ то преимущество, что изби-

---

[1]) См. цитированный выше докладъ Бюя.

ратель можетъ знать своего депутата и что между ними могутъ установиться отношенія довѣрія. По нашему мнѣнію, этотъ аргументъ какъ разъ направленъ противъ этого способа голосованія: депутатъ не является уполномоченнымъ избирателя; онъ — уполномоченный страны; ни для депутата, ни для избирателя нѣтъ никакого интереса въ томъ, чтобы они знали лично другъ друга; достаточно, чтобы не было двусмысленности относительно политической, экономической и соціальной программы депутата. Тѣ интимныя отношенія, которыя устанавливаются голосованіемъ по участкамъ между избирателемъ и депутатомъ, дѣлаютъ изъ этого послѣдняго комиссіонера своихъ избирателей и заставляютъ его проводить свое время въ министерскихъ пріемныхъ.

Наконецъ голосованіе по участкамъ представляетъ особенно большія неудобства въ централизованной странѣ, въ родѣ Франціи, гдѣ, что бы ни говорили, постоянно оказывается правительственное воздѣйствіе на выборы. Оно оказывается тѣмъ легче и дѣйствительнѣе, чѣмъ менѣе значительны избирательные округа. Въ каждомъ участкѣ правительство имѣетъ своего избирательнаго агента, субъ-префекта, повышеніе котораго зависитъ отъ его ловкости проводить пріятныхъ кандидатовъ.

Мы закончимъ словами Гобле: «Голосованіе по округамъ не только понижаетъ умственный уровень палатъ, сводя избирательную борьбу къ борьбѣ лицъ; оно понижаетъ и ихъ моральный уровень, подставляя на мѣсто соображеній общаго интереса единственную заботу о частныхъ интересахъ. Такимъ образомъ характеры дѣлаются все болѣе и болѣе рѣд-

кими, и вокругъ себя не встрѣчаешь болѣе, какъ честолюбіе и аппетиты» [1]).

Установленіе голосованія по списку не произвело бы тотчасъ же счастливыхъ результатовъ, какихъ мы отъ него ожидаемъ. Нелегко измѣнить усвоенныя привычки, мѣстныя самолюбія. Возможно, что на первыхъ выборахъ каждый участокъ желалъ бы имѣть своего кандидата, и съ точки зрѣнія лицъ, голосованіе по списку было бы сначала, подобно 1885 г., лишь повтореніемъ голосованія по участкамъ. Но въ силу вліянія фактовъ положеніе вещей скоро измѣнилось бы. Впрочемъ, все, что бы ни было, лучше, чѣмъ орудіе общаго подкупа, какимъ является въ настоящее время голосованіе по участкамъ. Но особенно мы желаемъ голосованія по списку потому, что оно является необходимымъ условіемъ реформы, которую мы считаемъ неизбѣжной,— установленіе пропорціональнаго представительства.

Пропорціональное представительство.—Этимъ выраженіемъ, впрочемъ, мало точнымъ, обозначаютъ избирательную систему, которая стремится обезпечить въ каждомъ округѣ для различныхъ партій, насчитывающихъ извѣстное число членовъ, число депутатовъ, мѣняющееся сообразно съ численной важностью каждой партіи. Выраженіе «пропорціональное представительство» не вполнѣ точно, такъ какъ, повидимому, оно обозначаетъ, что по этой системѣ депутатъ дѣлается представителемъ назначающей его партіи. Между тѣмъ эта система не влечетъ за собою

---

[1]) *Revue politique et parlementaire*, 1905, I, стр. 254. Ср. Cavaillès, *Le mode de scrutin et la centralisation administrative*, *Rev. polit. et parl.*, 1906, I, стр. 94.

принятія какой-нибудь спеціальной теоріи о политическомъ представительствѣ, ни теоріи императивнаго мандата, ни теоріи представительнаго мандата, ни теоріи депутата, какъ органа, и эта система безъ труда примѣняется къ каждой изъ этихъ теорій. Поэтому болѣе точно слѣдуетъ сказать: пропорціональные выборы [1]). Укажемъ также, что, говоря о пропорціональныхъ выборахъ, не имѣютъ въ виду математически точную пропорцію,— что матеріально невозможно,—между числомъ депутатовъ, предоставленныхъ каждой партіи, и ея численнымъ значеніемъ, а лишь приблизительную пропорцію.

Избирательная система, практикуемая во Франціи и во многихъ другихъ странахъ, получила очень точное названіе *мажоритарной* системы. Населеніе образуетъ единственную основу представительства, и законъ большинства примѣняется во всей своей послѣдовательности. Избранными оказываются только тѣ кандидаты, которые имѣютъ численное большинство въ каждомъ округѣ, какъ бы ни было значительно меньшинство, поддерживающее ихъ противниковъ; такимъ образомъ эта система, примѣненная логически, можетъ привести къ тому результату, что въ парламентѣ окажутся депутаты, избранные половиной плюсъ одинъ всего числа избирателей, а другая половина безъ одного всѣхъ избирателей не будетъ представлена ни единымъ депутатомъ.

Нѣкоторые авторы считаютъ, что это—прекрасная избирательная система, единственно согласная съ принципомъ національнаго суверенитета и съ настоящимъ понятіемъ представительства. Такъ, Эсменъ

---

1) Ср. Saripolos, *L'élection proportionnelle*, 2 vol., 1899.

пишетъ: «Законъ большинства есть одна изъ тѣхъ простыхъ идей, которыя сразу заставляютъ признать себя; онъ представляетъ ту характерную черту, что заранѣе онъ не благопріятствуетъ никому и всѣхъ вотирующихъ ставитъ на одинъ уровень» [1]). Ученый авторъ пишетъ далѣе: «Населеніе должно быть единственной основой представительства; всякое другое распредѣленіе исказило бы національный суверенитетъ, который слѣдуетъ закону числа» [2]). Именно потому, что законъ большинства есть «простая идея», онъ намъ кажется подозрительнымъ. Онъ приводитъ къ угнетенію одной части націи другою подъ тѣмъ предлогомъ, что эта послѣдняя насчитываетъ нѣсколько голосовъ болѣе, чѣмъ другая. Именно, чтобы ослабить несправедливость такого послѣдствія, пытались организовать избирательное право на принципѣ пропорціональнаго представительства такъ, чтобы каждая партія имѣла въ парламентѣ число представителей, соотвѣтствующее приблизительно ея численнымъ силамъ. Однако эта система встрѣтила возраженія техническаго и практическаго характера.

Убѣжденные сторонники пропорціональнаго представительства, въ родѣ Сариполоса [3]) и швейцарскихъ пропорціоналистовъ, утверждаютъ или даютъ понять, что французская теорія политическаго представительства вполнѣ отвергаетъ установленіе пропорціональнаго представительства: одни хотятъ основать его теоретически на юридической доктринѣ органа;

---

1) *Droit constitutionnel*, 4 éd., стр. 225.

2) *Ibid.*, стр. 231.

3) Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899.

другіе—на понятіи раздробленнаго суверенитета. Эсменъ, исполненный, какъ только что было сказано, глубокаго восхищенія передъ строгимъ примѣненіемъ закона числа, видитъ въ пропорціональномъ представительствѣ «иллюзію и ложный принципъ» [1]). По его мнѣнію, пропорціональное представительство можно было бы защищать только въ томъ случаѣ, если бы допустили раздѣленіе суверенитета между индивидами и смотрѣли бы на это право представительства, какъ на личное право каждаго индивида. Но, разумѣется (ср. §§ 52 и 53), подобное воззрѣніе ложно само по себѣ и противно положительному французскому праву.

Намъ кажется, наоборотъ, легко установить, что система пропорціональнаго представительства вполнѣ совмѣстима съ принципомъ единаго и недѣлимаго народнаго суверенитета и съ французской теоріей представительнаго мандата. Если допускаютъ существованіе націи, какъ лица, дающаго представительный мандатъ парламенту, какъ лицу, которое будетъ выражать волю за націю, проблема, падающая на политическое искусство, заключается въ томъ, чтобы организовать такой способъ выборовъ, который далъ бы парламенту возможность наиболѣе точно выразить волю націи—лица. Между тѣмъ утверждать, что парламентъ, выбранный по чистой мажоритарной системѣ, выражаетъ болѣе точно волю націи, чѣмъ парламентъ, въ которомъ имѣютъ своихъ представителей различныя политическія партіи, существующія въ странѣ, значило бы итти противъ очевидности. Если бы нація сама прямо выражала свою

---

[1]) *Ibid.*, стр. 242.

волю, это была бы нація, составленная изъ своихъ различныхъ партій. Но волю выражаетъ не нація, а вмѣсто нея ея представитель, ея уполномоченный, парламентъ; слѣдовательно, должно, чтобы парламентъ былъ составленъ изъ тѣхъ же элементовъ, что и нація, и чтобы партіи, существующія въ націи, находились въ парламентѣ. На томъ же основаніи далѣе мы будемъ защищать систему профессіональнаго представительства. Именно, съ теоріей раздробленія суверенитета невозможно теоретически допустить пропорціональнаго представительства; ибо если принимаются въ счетъ однѣ индивидуальныя воли, если онѣ всѣ математически равны, то, очевидно, къ рѣшенію можно прійти, только подсчитывая эти воли и давая преобладаніе ариѳметическому большинству. Но если смотрѣть съ менѣе упрощенной и менѣе матеріалистической точки зрѣнія и утверждать, что за этими индивидуальными волями есть воля коллективная, содержаніе которой надо опредѣлить, то одна лишь пропорціональная система даетъ возможность получить такой результатъ.

Такимъ образомъ, не только пропорціональное представительство не находится въ противорѣчіи съ принципомъ національнаго суверенитета и представительнымъ мандатомъ, но оно является единственной избирательной системой, которая ему вполнѣ отвѣчаетъ. Слѣдуетъ добавить, что она одна ослабляетъ очевидную несправедливость, существующую при мажоритарной системѣ, при которой можетъ случиться, что только половина плюсъ одинъ всѣхъ гражданъ живетъ политической жизнью, а остальная какъ бы фактически не существуетъ и поражена гражданской смертью. «Половина плюсъ одинъ сво-

бодна и, если угодно, суверенна; другая половина— рабъ, прикрѣпленный къ урнѣ, какъ нѣкогда къ землѣ (a la glèbe)» [1]).

Это нисколько не шокируетъ Эсмена. Въ этой системѣ, говоритъ онъ, даже доведенной до крайности, нѣтъ никакой несправедливости по отношенію къ меньшинству, такъ какъ большинство получаетъ только свое законное право и ничего болѣе. Чтобы доказать это, Эсменъ предполагаетъ, что страна образуетъ лишь одну избирательную коллегію, и заявляетъ, что въ этомъ случаѣ большинство будетъ имѣть право назначить всѣхъ депутатовъ [2]). Но именно это и слѣдовало бы доказать. Эсменъ не дѣлаетъ этого, и его разсужденіе является лишь circulus vitiosus.

Шарль Бенуа пишетъ: «Замѣтьте, что при этой мнимой системѣ чистаго и простого большинства наименьшимъ зломъ является, если представлена только половина плюсъ одинъ избирателей. Зло можетъ быть болѣе значительнымъ, и большинство въ выборныхъ учрежденіяхъ можетъ быть лишь мнимымъ большинствомъ, несоотвѣтствующимъ дѣйствительному большинству избирательнаго корпуса» [3]). То, что докладчикъ предполагалъ какъ гипотезу, есть реальность. Слѣдующая таблица есть очевидное доказательство этого:

	Голоса представленныхъ депутатами.	Голоса не представленныхъ.
1881	4.778.000	5.600.000
1885	3.042.000	6.000.000
1889	4.526.000	5.800.000
1893	4.513.000	5.930.000
1898	4.906.000	5.633.000
1902	5.159.000	5.818.000

---

[1]) Ср. Charles Benoist. Докладъ, сдѣланный отъ имени комиссіи всеобщаго избирательнаго права, на которую было возложено разсмотрѣть различныя законодательныя предложенія о введеніи пропорціональнаго представительства. *J. off. Doc. parlem,* chambre, 1905, sess. ord, стр. 472

[2]) *Ibid.*, стр. 242.

[3]) *Op. cit.*, стр. 473.

Такимъ образомъ, на выборахъ въ 1898 и 1902 гг. было 53% избирателей, которые не были представлены въ палатѣ депутатовъ. И палаты, избранныя въ эти годы, представляли не націю, даже не большинство избирательнаго корпуса, а 47/100 членовъ избирательнаго корпуса [1]). Мы не могли достать точной статистики выборовъ 1906 года; но пропорціи должны быть тѣ же, что и въ 1902 году. Если вся палата не представляетъ большинства избирательнаго корпуса, то *a fortiori* большинство, часто очень ничтожное, голосующее законъ, представляетъ лишь меньшинство, и глубокая ошибка—вѣрить, что законы вырабатываются большинствомъ страны. Такимъ образомъ, законъ о раздѣленіи церквей и государства, вотированный 3 іюля 1905 г. 341 депутатомъ, былъ вотированъ числомъ депутатовъ, представляющимъ ровно 2.647.315 избирателей, тогда какъ общее число французскихъ избирателей достигаетъ 10.967.000 избирателей. И послѣ этого еще осмѣливаются говорить, что во французской республикѣ законы являются дѣломъ большинства страны!

Правда, на это отвѣчаютъ, что абстенціонисты не могутъ жаловаться, ибо они имѣютъ право голосовать, и если они не голосуютъ, то должны за это пенять лишь на самихъ себя. Разсужденіе не правильно; это — софизмъ Руссо, говорившаго, что нѣтъ нужды, чтобы всѣ голосовали, и достаточно, чтобы всѣ могли голосовать. Это—софизмъ, такъ какъ если между абстенціонистами и есть много индиферентныхъ и даже виновныхъ, но многіе также не голосуютъ, ибо они увѣрены, что ихъ вотумъ будетъ безрезультатенъ, такъ какъ при мажоритарной системѣ ихъ партія не будетъ представлена. Пропорціональное представительство имѣетъ, слѣдовательно, по нашему глубокому убѣжденію, то преимущество, что оно сдѣлаетъ вотумъ желательнымъ для всей совокупности или, по крайней мѣрѣ, для большей части избирателей, обезпечитъ, слѣдовательно, уменьшеніе числа абстенціонистовъ и уничтожитъ ту антиномію, что въ странѣ демократіи и всеобщаго избирательнаго права высшая власть принадлежитъ представителямъ меньшинства избирательнаго корпуса.

---

[1]) *Le Proportionnaliste*, 1 juilct 1905.

Эсменъ направилъ противъ пропорціональнаго представительства настоящій обвинительный актъ, рѣзкій характеръ котораго онъ еще болѣе усилилъ въ своемъ новомъ изданіи (1906), и который можетъ быть резюмированъ слѣдующимъ образомъ: чтобы помѣшать скороспѣлымъ реформамъ, созданъ былъ институтъ двухъ палатъ; «стремиться къ удвоенію его съ этой точки зрѣнія пропорціональнымъ представительствомъ, значитъ дѣлать изъ лѣкарства настоящій ядъ; это значитъ организовать безпорядокъ и наложить путы на законодательную власть» (стр. 247); съ пропорціональнымъ представительствомъ невозможны устойчивое большинство, однородный кабинетъ и, слѣдовательно, парламентарный режимъ; наконецъ въ логикѣ принципа пропорціональнаго представительства примѣнять его не только къ парламентарнымъ выборамъ, но также и къ выборамъ исполнительной власти, администраторовъ, магистратовъ; и «логически пропорціональное представительство находится въ началѣ пути, въ концѣ котораго находится анархія» (стр. 250).—На все на это легко отвѣтить. Шарль Бенуа въ указанномъ выше докладѣ побѣдоносно это дѣлаетъ. Прежде всего не видно, почему, если пропорціональное представительство установлено для парламентскихъ выборовъ, нужно логически установить его и для другихъ выборовъ. Для того, чтобы примѣнить пропорціональное представительство къ выборамъ въ парламентъ, существуютъ важныя основанія, и особенно соображеніе, основывающееся на представительномъ характерѣ парламента, какового характера не имѣютъ ни исполнительныя, ни административныя, ни судебныя учрежденія.

Правда, Эсменъ отвѣчаетъ: «Наши представительныя законодательныя собранія существуютъ не только для обсужденія; они не только дебатируютъ; они постановляютъ и тѣмъ осуществляютъ аттрибутъ суверенитета. Въ этомъ ихъ существенная функція, и сами пропорціоналисты признаютъ, что рѣшать и постановлять надлежитъ большинству. Поэтому законодательныя собранія должны быть конструированы и составлены по *мажоритарному принципу*» (стр. 244). Вполнѣ очевидно, что рѣшеніе будетъ приниматься по большинству, такъ какъ въ собраніяхъ не нашли еще другого способа принимать рѣшенія. Но мы не видимъ, почему изъ

того, что всякое рѣшеніе должно быть принято большинствомъ, слѣдуетъ дѣлать выводъ, что различныя партіи, существующія въ странѣ, не должны имѣть въ парламентѣ числа представителей, приблизительно пропорціональнаго ихъ относительнымъ силамъ. Эсменъ добавляетъ: «Въ странахъ, гдѣ функціонируетъ законодательный референдумъ, еще можно понять пропорціональное представительство, ибо большинство избирателей сумѣетъ отвергнуть законы, не отвѣчающіе его волѣ». Мы на это отвѣтимъ: «Когда сами граждане въ цѣломъ принимаютъ рѣшеніе, это рѣшеніе получается совмѣстной дѣятельностью различныхъ партій, существующихъ въ странѣ. Мы именно и настаиваемъ на томъ, чтобы въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе принимается парламентомъ отъ имени всѣхъ гражданъ, различныя партіи, существующія въ странѣ, могли содѣйствовать этому рѣшенію чрезъ своихъ представителей. Такова настоящая цѣль пропорціональнаго представительства. Если это соперничество партій не мѣшаетъ рѣшенію гражданъ въ цѣломъ, то мы не видимъ, почему оно можетъ помѣшать рѣшенію парламента».

При пропорціональномъ представительствѣ, говорятъ далѣе, не возможны ни постоянное и однородное большинство ни парламентарное правительство. Шарль Бенуа на это вполнѣ справедливо указалъ, что этотъ аргументъ во Франціи, по крайней мѣрѣ, устарѣлъ, такъ какъ за прежней министерской неустойчивостью съ 1899 г. наступила чрезвычайная министерская устойчивость; и ученый докладчикъ вполнѣ справедливо добавляетъ: «Нѣтъ основанія устранять пропорціональное представительство въ настоящее время соображеніями другого времени, и въ настоящемъ парламентскомъ положеніи обстоятельствами уже не существующаго парламентскаго положенія» [1]). Съ другой стороны, съ общей точки зрѣнія слѣдуетъ замѣтить, что пропорціональное представительство можетъ функціонировать лишь при условіи, если партіи сильно дисциплинированы. Партіи меньшинства въ силу одного факта новаго избирательнаго режима будутъ болѣе сплоченными; «но предъ этимъ меньшинствомъ боль-

---

[1]) *J. off.*, *Docum. parl.*, chambre, 1905, sess. ord., стр. 478.

шинство, въ силу одного того, что оно является большинствомъ и ему необходимо оставаться таковымъ, и что для этого тѣ же обязанности падаютъ и на него,—само большинство сдѣлалось бы болѣе сплоченнымъ, болѣе компактнымъ, и, если можно такъ выразиться, плотность общественнаго мнѣнія какъ для большинства, такъ и для меньшинства сдѣлалась бы болѣе интенсивной» [1]).

Наконецъ часто противъ пропорціональнаго представительства выдвигали, какъ возраженіе, практическую невозможность организовать его и заставить функціонировать. Воззрѣніе это не имѣетъ силы въ настоящее время. Система функціонируетъ въ Бельгіи съ 1900 г., въ примѣненіе закона 29 декабря 1899, безъ какихъ бы то ни было затрудненій и при сочувствіи всѣхъ партій. Въ данномъ случаѣ—рѣшающій опытъ, который долженъ былъ бы побудить наши парламенты вотировать возможно скорѣе эту необходимую реформу [2]).

Впервые опредѣленная критика направлена была противъ чисто мажоритарной избирательной системы лишь между 1840 и 1850 гг. Клёти [3]) приписываетъ В. Консидерану первую идею пропорціональнаго представительства. Онъ особенно выдвинулъ ее въ сочиненіи, озаглавленномъ: *De la sincérité du gouvernement représentatif ou exposition de l'élection véridique*, 1846, новое изданіе въ Цюрихѣ въ 1892 г. Съ этой эпохи, въ большинствѣ странъ Европы и въ частности въ Швейцаріи, въ Бельгіи, во Франціи и также въ Англіи образовалось цѣлое движеніе, приведшее къ закону 29 декабря 1899 г., установившему эту систему въ Бельгіи, и къ резолюціи французской палаты депутатовъ отъ 21 ноября 1905, вписавшей въ свой порядокъ дня обсужденіе проекта, представленнаго Шарлемъ Бенуа отъ имени комиссіи всеобщаго избирательнаго права и стремящагося къ установленію пропорціональнаго представительства [4]). Въ теченіе этого пері-

---

[1]) Charles Benoist, *op. cit.*, стр. 478.

[2]) Ср. Dupriez, *L'organisation du suffrage universel en Belgique*, 1901.

[3]) Klöti, *Die Proportionalwahl in der Schweiz*, 1899, стр. 20.

[4]) *J. off., Déb. parl.*, chambre, стр. 3422.

ода образовалась обильная литература по этому вопросу [1]).

Сначала требовали не установленія пропорціональнаго представительства, а только установленія избирательной системы, обезпечивающей представительство меньшинства; именно этой идеи соотвѣтствуютъ двѣ системы: *ограниченнаго вотума* и *кумулятивнаго вотума*.

Ограниченный вотумъ состоитъ въ томъ, что въ округѣ, который долженъ, напримѣръ, избрать четырехъ депутатовъ, каждый депутатъ можетъ вотировать только за троихъ, изъ чего вытекаетъ, что четвертый депутатъ неизбѣжно будетъ принадлежать меньшинству. Въ Англіи законъ 15 августа 1867 г. примѣнилъ систему ограниченнаго вотума къ общиннымъ выборамъ. Этотъ законъ, который въ дѣйствительности былъ примѣненъ всего лишь въ 12 мѣстечкахъ, былъ отмѣненъ закономъ 6 декабря 1884 г. Съ 1872 г. муниципальные выборы въ Лозаннѣ совершаются по этой системѣ. То же самое имѣетъ мѣсто въ Испаніи въ силу муниципальнаго закона 16 декабря 1876 г. и въ Италіи въ силу закона 10 февраля 1889 г.

Кумулятивный вотумъ былъ придуманъ съ тою же цѣлью. По этой системѣ въ округѣ, назначающемъ, напримѣръ, четырехъ депутатовъ, избиратель можетъ вписать въ свой бюллетень четыре различныхъ имени или четыре раза одно и то же имя и дать ему такимъ образомъ четыре голоса. Членамъ меньшинства остается лишь согласиться между собою,

---

[1]) См. Naville, *La question électorale en Europe et en Amérique*, 1871, *La démocratie représentative*, 1881; Besson, *Essai sur la représentation proportionnelle*, 1887; *La représentation proportionnelle*, этюдъ по сравнительному законодательству и статистикѣ, опубликованный при содѣйствіи общества для изученія пропорціональнаго представительства, 1889; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 2 vol., 1899; Klöti, *Die Proportionalwahl in der Schweiz*, 1901; Charles Benoist, *Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel*, 7 апрѣля 1901 (*J. off., Doc. parl.*, chambre, 1905, sess. ord., стр. 471); H. Clément, *La réforme électorale*, 1906.

чтобы получить такимъ образомъ представителя. Кумулятивный вотумъ былъ введенъ въ Англіи въ 1870 г. для *school-bords* и въ Шотландіи въ 1872 г., въ Пенсильваніи для муниципальныхъ выборовъ (1870—1871).—Системы *ограниченнаго* и *кумулятивнаго* вотума имѣютъ одно неоспоримое достоинство; онѣ очень просты и легко примѣнимы. Но онѣ чисто эмпирическаго характера; онѣ могутъ обезпечить извѣстное представительство за меньшинствомъ, если это послѣднее очень дисциплинировано; но въ этомъ представительствѣ не будетъ никакой пропорціональности.

Системой болѣе ученой и могущей осуществить настоящее пропорціональное представительство является система *избирательнаго частнаго и списка предпочтенія* (*quotient électoral et liste de préférence*). Датскій министръ Андрэ сдѣлалъ практическое примѣненіе ея въ срединѣ прошлаго столѣтія, а англійскій публицистъ Томасъ Гере изложилъ ее теоретически нѣсколько времени спустя; система получила одобреніе Стюарта Милля. Эта система составляется изъ двухъ существенныхъ элементовъ: *избирательнаго частнаго* и *списка предпочтенія*. Раздѣляютъ число голосующихъ на число депутатскихъ мѣстъ; частное даетъ цифру, требуемую для того, чтобы быть избраннымъ. Возьмемъ, напримѣръ, округъ, насчитывающій 200.000 голосующихъ и назначающій десять депутатовъ. Частное отъ дѣленія 200.000 на 10 будетъ 20.000, что и составитъ избирательную цифру; каждый кандидатъ, имѣющій 20.000 голосовъ, будетъ избранъ. Но для того, чтобы избѣжать потери голосовъ, данныхъ кандидатамъ, уже получившимъ избирательную цифру, всякій избиратель долженъ на своемъ бюллетенѣ обозначить имя кандидатовъ въ порядкѣ своего предпочтенія; его голосъ имѣетъ силу лишь для одного депутата; но если въ моментъ, когда читаютъ его бюллетень, первый кандидатъ А его списка имѣетъ уже 20.000 голосовъ, то его голосъ передается второму кандидату В и т. д. Эта система проста и можетъ легко функціонировать. Но вполнѣ справедливо указываютъ, что хотя эта система безусловно осуществляетъ пропорціональное представительство, но скорѣе представительство, пропорціональное по отношенію къ личнымъ симпатіямъ, чѣмъ по отношенію къ партіямъ, какъ таковымъ.

Поэтому была предложена другая система, которая, не уничтожая того, что должно быть личнаго во всякомъ избраніи, стремится осуществить дѣйствительно пропорціональное представительство партій. Это система *конкурирующихъ списковъ* и *двойного одновременнаго вотума*. Сначала поступаютъ какъ и въ системѣ Гере: опредѣляютъ избирательное частное, дѣля все число вотумовъ на число депутатскихъ мѣстъ, напримѣръ, при 200.000 голосующихъ и 10 депутатскихъ мѣстахъ, избирательное частное будетъ 20.000. Потомъ опредѣляютъ число депутатовъ, приходящихся на каждый списокъ; для этого дѣлятъ общее число голосовъ, которое получитъ каждый списокъ, на частное или избирательную цифру. Такъ, напр., четыре списка получили: одинъ 80.000 голосовъ, другой—60.000, третій—40.000 и четвертый—20.000; изъ нихъ первый будетъ имѣть 4 мѣста, второй—3, третій—2, и четвертый—1. Остается опредѣлить для каждаго списка, какіе кандидаты выбраны. Во всякомъ спискѣ будутъ выбраны тѣ кандидаты, которые получаютъ наибольшее количество голосовъ. При этой системѣ избиратель вотируетъ одновременно за списокъ, къ которому принадлежитъ кандидатъ, за котораго онъ вотируетъ, и за одного, двухъ или многихъ кандидатовъ, которыхъ онъ вписалъ въ свой бюллетень и которымъ его голосъ будетъ зачтенъ. Онъ выражаетъ одновременно и свои партійныя предпочтенія, такъ какъ онъ подаетъ свой голосъ въ такой-то списокъ, и свое личное предпочтеніе, такъ какъ онъ подаетъ свой голосъ за такихъ-то и такихъ-то кандидатовъ списка, не будучи вынужденнымъ подавать его за всѣхъ.

Было предложено много другихъ системъ, напр., система *раздробленнаго списка* (*liste fractionnaire*) Северина де-Ляшапель и система *quotient d'élimination* Перноле. Здѣсь не мѣсто ихъ излагать. Слѣдуетъ затѣмъ сказать о системѣ, такъ называемаго *общаго дѣлителя* (*diviseur commun*) и *числа распредѣлителя* (*chiffre répartiteur*), предложенной д'Ондтомъ (d'Hondt), каковая система съ нѣкоторыми измѣненіями функціонируетъ въ Бельгіи въ силу закона 29 декабря 1899 г. Нѣкоторыя измѣненія къ системѣ д'Ондта, принятыя закономъ 1899 г., были предложены Моммаэртомъ. Достаточно здѣсь указать на принципъ системы. Предположимъ,

голосовали для избранія 5 депутатовъ и было подано 47.000 голосовъ. Эти 47.000 голосовъ распредѣлены между 4 списками; списки же получили 24.000, 11.000, 9.000 и 3.000. Такъ какъ имѣется 4 списка, то каждую изъ этихъ цифръ раздѣлятъ послѣдовательно на 1, 2, 3, 4; если имѣется пять списковъ, то дѣленіе производится на 1, 2, 3, 4, 5 и т. д. Такимъ образомъ съ предположенными цифрами получается:

При дѣленіи на 1	24.000	11.000	9.000	3.000
» » » 2	12.000	5.500	4.500	1.500
» » » 3	8.000	и т. д.		
» » » 4	6.000	и т. д.		

Потомъ располагаютъ полученныя такимъ образовъ частныя въ порядкѣ ихъ значительности сообразно числу избираемыхъ депутатовъ. Слѣдовательно, имѣются: 24.000, 12.000, 11.000, 9.000, 8.000. Послѣднее частное (8.000) будетъ *избирательнымъ дѣлителемъ*. Каждый списокъ будетъ имѣть такое число депутатовъ, сколько разъ это число содержится въ общемъ числѣ голосовъ, полученныхъ спискомъ. Оно содержится три раза въ 24.000, поэтому первый списокъ будетъ имѣть 3 мѣста; оно содержится одинъ разъ въ 11.000, поэтому второй списокъ будетъ имѣть одно мѣсто; оно содержится одинъ разъ въ 9.000, поэтому третій списокъ будетъ имѣть одно мѣсто; такъ какъ оно не содержится ни разу въ 3.000, равняющихся числу голосовъ, полученныхъ четвертымъ спискомъ, то этотъ послѣдній не будетъ имѣть ни одного мѣста. Наиболѣе интересная особенность, введенная бельгійскимъ закономъ 1899 г., есть принципъ *одноименнаго* вотума, т.-е. во всякомъ округѣ, каково бы ни было число избираемыхъ депутатовъ, каждый голосъ можетъ послужить только одному кандидату. Тѣмъ не менѣе, всякій вотумъ присчитывается сразу и кандидату, за котораго онъ поданъ, и списку, содержащему этого кандидата. Съ другой стороны, бельгійскій законъ очень счастливо разрѣшилъ проблему, какимъ образомъ указать въ спискѣ избранныхъ кандидатовъ, когда списокъ заключаетъ число кандидатовъ, превышающее число мандатовъ, падающее на него послѣ распредѣленія. Кандидатовъ, избираемыхъ въ каждомъ спискѣ, опредѣляютъ изби-

рателн; но ихъ выборъ производится сознательно. Каждый избиратель можетъ вотировать за одного кандидата и дать ему такимъ образомъ строго личный вотумъ; или, наоборотъ, онъ можетъ вотировать, зачернивши бѣлую точку, находящуюся въ клѣточкѣ, помѣщенной во главѣ списка: въ этомъ случаѣ предполагается, что онъ присоединяется къ порядку списка. При подсчетѣ присчитываютъ первому кандидату всѣ вотумы, поданные ему лично, а изъ числа голосовъ, поданныхъ за списокъ, берутъ количество голосовъ, необходимыхъ для того, чтобы получить избирательный дѣлитель. Всякій кандидатъ, получившій избирательный дѣлитель, избирается, и на этой цифрѣ останавливаются. Въ пользу второго кандидата считаются по списку всѣ его личные вотумы, а изъ остатка голосовъ, поданныхъ за списокъ, берутъ число голосовъ, необходимое, чтобы получить избирательный дѣлитель, и т. д.

При этой системѣ подсчетъ, несомнѣнно, нѣсколько сложенъ, но роль избирателя очень проста. Ему даются печатные списки, и ему остается поставить черную точку или передъ именемъ кандидата, за котораго онъ вотируетъ, или въ заголовкѣ списка.—Опытъ, произведенный въ Бельгіи, далъ положительные результаты. Механизмъ функціонируетъ въ совершенствѣ, безъ треній и толчковъ; избиратель вотируетъ такъ же легко, какъ при совершенно примитивной системѣ мажоритарнаго голосованія. Результатомъ,—и очень счастливымъ,—было увеличеніе сплоченности партій и въ то же время уменьшеніе рѣзкости партійной борьбы. Наконецъ, такъ часто выдвигавшееся противъ пропорціональнаго представительства неудобство, будто оно сдѣлаетъ невозможнымъ какое бы то ни было парламентское большинство, не осуществилось. Ванъ-деръ Смиссенъ, упоминая эти возраженія, пишетъ: «Въ этомъ случаѣ опасенія также были напрасны. Католическое правительство располагаетъ 20 голосами большинства въ палатѣ при общемъ числѣ депутатовъ въ 152. Несомнѣнно, правительство имѣетъ передъ собою болѣе многочисленную парламентскую оппозицію. Но оно находитъ въ ней точное выраженіе различныхъ партій въ странѣ. Съ правительствами происходитъ то же, что и съ людьми: когда они предупреждены, они болѣе полагаются

на самихъ себя, менѣе склонны ошибаться относительно своей дѣйствительной власти и относительно своевременности правительственныхъ дѣйствій» [1]).

Комиссія по всеобщему избирательному праву представила въ 1903 г. французской палатѣ депутатовъ проектъ пропорціональнаго представительства, очень аналогичный бельгійской системѣ, съ тою, однако, разницей, что избиратель долженъ указать свой порядокъ предпочтенія, вотируя за одного, двухъ или многихъ кандидатовъ, и что имена кандидатовъ должны быть напечатаны на каждомъ листѣ въ алфавитномъ порядкѣ, дабы избѣжать кандидатовъ, стоящихъ во главѣ списка. Основныя положенія этого проекта сводятся къ слѣдующему (ст. 7—10, 13, 23—26). Законодательные выборы производятся одной баллотировкой. Каждый вотумъ имѣетъ объектомъ: 1) содѣйствовать составленію избирательной цифры, обезпечивающей списку контингентъ депутатовъ, указанный въ ст. 23—26; 2) опредѣлить положеніе кандидатовъ, занесенныхъ на одинъ и тотъ же листъ. Избиратель высказываетъ свой вотумъ, подавая свой бюллетень. Онъ устанавливаетъ положеніе кандидатовъ въ избранномъ имъ спискѣ, подчеркивая чернымъ карандашомъ или чернилами имена, которымъ онъ отдаетъ предпочтеніе, при чемъ онъ не можетъ указать болѣе двухъ кандидатовъ въ округахъ, насчитывающихъ максимумъ 6 депутатовъ, болѣе трехъ, если число ихъ простирается отъ 7 до 10... Каждый бюллетень считается за одну единицу въ избирательной цифрѣ. Голоса, поданные за каждое имя, служатъ для опредѣленія порядка первенства кандидатовъ одного и того же списка. Подсчетъ, производимый въ каждомъ избирательномъ бюро, устанавливаетъ число голосовъ, полученныхъ каждымъ спискомъ, и въ то же время число голосовъ предпочтеній, поданныхъ за каждаго изъ кандидатовъ... Итогъ дѣйствительныхъ бюллетеней, благопріятныхъ списку, составляетъ избирательную массу списка... Голоса предпочтенія устанавливаютъ порядокъ первенства кандидатовъ въ

---

1) Van der Smissen, *La représentation proportionnelle en Belgique* (*Annalles der sciences politiques*, juillet, septembre, 1900). Ср. Dupriez, *Le suffrage universel en Belgique*, 1902.

каждомъ спискѣ. Комиссія подсчета дѣлитъ послѣдовательно на 1, 2, 3, 4, 5 и т. д. избирательную массу каждаго списка и располагаетъ частныя въ порядкѣ ихъ значенія, въ количествѣ, равномъ числу избираемыхъ депутатовъ. Послѣднее частное служитъ избирательнымъ дѣлителемъ. Распредѣленіе между списками производится такъ, чтобы каждому изъ нихъ было дано столько мѣстъ, сколько разъ содержится въ его избирательной массѣ дѣлитель... Когда число кандидатовъ списка равняется числу мѣстъ, достающихся списку, то всѣ кандидаты считаются выбранными. Когда это число выше, мѣста достаются кандидатамъ, помѣщеннымъ первыми на общемъ спискѣ первенства, установленномъ по числу голосовъ предпочтеній, полученнымъ каждымъ изъ нихъ [1]). Пропорціональное представительство требуется въ настоящее время во Франціи самыми противоположными партіями, напр., Рибо и Жоресомъ [2]).

Профессіональное представительство.—Установленіе пропорціональнаго представительства не было бы еще достаточной избирательной реформой. Собраніе, назначенное по этой системѣ, представляло бы лишь индивидовъ и, самое многое, соединенія индивидовъ

---

[1]) Ср. проектъ, составленный комитетомъ Лиги для пропорціональнаго представительства, *Petit Temps*, 24 марта 1903; система Фландена, *Rev. pol. et parl.*, 1905, III, juillet, стр. 1; и система Дансетта *J. off.*, *doc. parl.*, chambre, 1903, sess. ord., стр. 2003. Ср. проектъ пересмотра Вюртембергской конституціи, предлагающій пропорціональное представительство для выборовъ 6 депутатовъ отъ города Штуттгарта. Эсменъ (*Rev. pol. et parl.*, janvier, 1906, стр. 115) отвергаетъ принципъ пропорціональнаго представительства, но одобряетъ вюртембергскій проектъ въ видѣ опыта.

[2]) Кромѣ уже цитированныхъ трудовъ, см. для пропорціональнаго представительства Clément, *Réforme sociale*, février, mars, 1906; Schwarz, *op. cit.*, *Zeitschrift Grünhut'a*, 1906, стр. 370; Iellinek, *Das Pluralwahlrecht*, 1905; Tecklenburg, *Majoritätswahl oder Proportionalwahl*, *Тюбингенское Zeitschrift*, 1906, стр. 341.

въ политическія и соціальныя партіи. Однако не одни индивиды и партіи составляютъ націю; есть другіе элементы, которые образуютъ устойчивый фундаментъ общественнаго зданія: таковы группы, основывающіяся на общности интересовъ и труда, профессіональныя группы, если употреблять это выраженіе въ его наиболѣе широкомъ смыслѣ. Если хотятъ приблизиться къ идеалу, осуществить который должно стремиться всякое политическое представительство, если хотятъ обезпечить въ парламентѣ представительство всѣхъ элементовъ національной жизни, слѣдуетъ создать, на ряду съ собраніемъ, избраннымъ индивидами пропорціонально численнымъ силамъ различныхъ партій, собраніе, избранное профессіональными группами.

Подобно пропорціональному представительству, профессіональное представительство нисколько не противорѣчитъ французской теоріи политическаго представительства и національнаго суверенитета. Эсменъ утверждаетъ противное: «Принципъ національнаго суверенитета логически исключаетъ,— говоритъ онъ,—то, что называется представительствомъ интересовъ». Онъ даетъ этому то основаніе, что «различныя избирательныя коллегіи не должны быть фракціями единаго избирательнаго корпуса...что фракціи остаются таковыми лишь постольку, поскольку они владѣютъ всѣми свойствами цѣлаго». По мнѣнію ученаго автора, можно было бы съ пользою «организовать собранія, избранныя по принципу представительства интересовъ, но только *совѣщательнаго характера*» [1]).

---

[1]) *Droit const.*, 4 изд., стр. 228 и 231.

Въ этомъ, намъ кажется, заключается очевидная ошибка. Сведенная къ своимъ простымъ элементамъ, французская теорія представительства заключается въ слѣдующемъ: существуетъ общая воля, воля націи, отдѣльная отъ индивидуальныхъ воль; эта воля суверенна; слѣдуетъ, по мѣрѣ возможности, обезпечить ея точное выраженіе. Какова эта національная воля въ самомъ существѣ своемъ? Она можетъ быть лишь волей жить, какъ нація, волей обезпечить сохраненіе всѣхъ конститутивныхъ элементовъ націи. Но этими элементами являются не только индивиды, но также и группы. Слѣдовательно, представительство національной воли будетъ обезпечено только при томъ одномъ условіи, если въ представительномъ собраніи будутъ фигурировать всѣ конститутивные элементы націи, индивиды и группы. Профессіональное представительство не только не противорѣчитъ догмѣ національнаго суверенитета, а, наоборотъ, является его логическимъ послѣдствіемъ. Парламентъ будетъ представлять страну только при томъ условіи, если онъ будетъ заключать два составляющіе ее элемента: индивидуальный и коллективный. Когда Эсменъ говоритъ, что частичныя избирательныя коллегіи должны быть составлены изъ тѣхъ же элементовъ, что и сама нація, онъ правъ; но нація состоитъ изъ двухъ категорій элементовъ, индивидовъ и группъ индивидовъ; слѣдовательно, должны существовать двѣ категоріи избирательныхъ коллегій: коллегіи, составленныя изъ индивидовъ, и коллегіи, составленныя изъ группъ. Тотъ же авторъ думаетъ, что практически профессіональное представительство представило бы большія опасности, такъ какъ оно привело бы къ преобладанію частныхъ

интересовъ надъ интересомъ общимъ. «Это значило бы,—говоритъ онъ,—благопріятствовать борьбѣ интересовъ и силъ, которыя и безъ того, сами, съ трудомъ подчиняются разуму». На это надо отвѣтить, что такой опасности слѣдуетъ гораздо болѣе бояться при исключительномъ представительствѣ населенія, и что примѣръ того, что дѣлается во Франціи при господствѣ одноименного голосованія по округамъ, является неопровержимымъ доказательствомъ. Кромѣ того, профессіональное представительство, какъ мы его понимаемъ, является не представительствомъ интересовъ мелкихъ группъ, а настоящимъ представительствомъ различныхъ промышленныхъ и художественныхъ силъ, дѣйствующихъ въ странѣ и являющихся,— нельзя этого отрицать,— элементами чрезвычайной важности въ народной жизни. Обязанность законодателя организовать избирательную систему такъ, чтобы она наилучшимъ образомъ обезпечивала представительство этихъ важныхъ общественныхъ силъ. Мы не думаемъ, чтобы, благодаря этому представительству, мѣстные и индивидуальные интересы получили преобладаніе надъ общими интересами. Тѣ, кто отвергаетъ подобное представительство, безъ ихъ вѣдома, быть-можетъ, находятся во власти чистой индивидуалистической доктрины, которая видитъ лишь индивида и государство и которая оставляетъ индивида изолированнымъ и безсильнымъ предъ всемогущимъ государствомъ или скорѣе предъ всемогущимъ и тираническимъ численнымъ большинствомъ.

Впрочемъ, идея представительства другихъ соціальныхъ элементовъ, кромѣ индивидовъ, не нова. Разумѣется, Національное Собраніе 1789 г. не думало организовать профессіо-

нальнаго избирательнаго права на современный манеръ. Запретивши закономъ Лешапелье (14—17 іюня 1791 г.) всякія ремесленныя корпораціи, оно не могло установить подобной системы. Но оно утверждало, что населеніе не должно быть единственной основой представительства, и что два другіе элемента, — территорія и платежъ налоговъ, какъ внѣшній признакъ собственности, должны служить ему опорой. Было ли оно право? Здѣсь не мѣсто это изслѣдовать. Но важно запомнить, что въ 1789—1791 гг. хотѣли обезпечить въ парламентѣ представительство того, на что смотрятъ, какъ на три существенные элемента національной жизни (конст. 1791, III, гл. 1, разд. 1, ст. 2). Уже въ 1789 г. Петіонъ критиковалъ эту систему и говорилъ: «Представительство есть индивидуальное право,—вотъ неоспоримый принципъ, въ силу котораго можно принять въ качествѣ основанія лишь населеніе. Давая представительство собственности, вы нарушаете всѣ принципы» [1]). Но 10 августа 1791 г. въ моментъ общаго пересмотра конституціи текстъ былъ вотированъ безъ преній.

Съ тѣхъ поръ идея представительства другихъ соціальныхъ элементовъ, кромѣ населенія, не разъ выдвигалась и въ парламентскихъ дебатахъ и въ предложеніяхъ законовъ и даже въ конституціяхъ. Въ рѣчи, произнесенной въ Конвентѣ въ моментъ вотума конституціи III года, Сіейесъ сказалъ: «Если хотятъ достигнуть наилучшаго въ этомъ родѣ, то должны принять, по моему мнѣнію, комбинацію, способную дать законодательному собранію приблизительно равное число людей, отдающихся тремъ великимъ работамъ, тремъ великимъ производствамъ, составляющимъ движеніе и жизнь процвѣтающихъ обществъ,—я говорю, о сельской промышленности, о городской промышленности и о той, которая производится повсюду и имѣетъ объектомъ культуру человѣка. И придетъ день, когда замѣтятъ, что это—важные вопросы» [2]). Такимъ образомъ самъ творецъ теоріи представительнаго мандата полагалъ, что лишь тогда имѣется настоящее національное представительство, когда обезпечено представительство трехъ великихъ соціальныхъ силъ. Дополнительный актъ 1815 г. формулировалъ принципъ профессіональнаго представительства

---

[1]) *Archives parlem*, I série, X, стр. 77.

[2]) *Moniteur*, réimpression, XXV, стр. 294.

въ статьѣ, по всей вѣроятности, внушенной Бенжаменомъ Констаномъ: «Промышленность и мануфактурная и коммерческая собственность будутъ имѣть спеціальное представительство» (ст. 33, § 1). Въ послѣднее время профессіональное представительство защищается цѣлымъ рядомъ выдающихся писателей. Укажемъ на Пренса, де-Греефа, Лаграссери, Шефле, Шарля Бенуа [1]).

Мы сами еще въ 1895 поддерживали то мнѣніе, что одна изъ частей парламента, сенатъ, должна быть собраніемъ, представляющимъ профессіональныя группы въ широкомъ смыслѣ слова [2]). Ту же идею мы воспроизвели въ нашей книгѣ *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, гдѣ мы писали: «Сила числа и мощь ассоціацій являются двумя великими силами современныхъ демократій; это—двѣ силы, которыя слѣдуетъ организовать такимъ образомъ, чтобы онѣ взаимно уравновѣшивали другъ друга и обезпечивали странѣ одновременно и сильное и справедливое правительство» (стр. 329) [3]).

---

[1]) Prins, *La démocratie et le régime représentatif*, 1889; de Greeff, *La constituante et le régime représentatif*, 1892; La Grasserie, *Rev. polit. et parlem.*, 1895, III, стр. 253; Schaeffle, *Deutsche Kern und Zeitfragen*, 1 серія, 1895, стр. 120; Charles Benoist, *Les sophmises politiques de ce temps*, 1893, *Organisation du suffrage universel*, 1896; авторъ воспроизвелъ тѣ же идеи въ своемъ цитированномъ выше докладѣ о законодательномъ предложеніи ввести пропорціональное представительство (*J. off., documents parlem.*, chambre, sess. ord., 1905, стр. 477). Слѣдуетъ, говоритъ онъ тамъ, организовать представительство такимъ образомъ, «чтобы оно заключало возможно больше людей жизни, чтобы оно было пропорціонально не только мнѣніямъ, которыя составляютъ лишь нашу минимальную часть, но всему тому, что есть у насъ человѣческаго, жизни, соціальной силы».

[2]) См. нашу статью *L'élection des sénateurs, Revue polit. et parlem.*, 1895, III, стр. 463.

[3]) См., что сказано въ § 56 о способѣ пополненія обѣихъ палатъ. Ср. въ томъ же смыслѣ уже цитированную рѣчь аббата Лемира въ палатѣ депутатовъ въ 1897 г. (*J. off., déb. parlem.*, 1894, стр. 562).

Полное и частичное обновленіе.— Должны ли представительныя собранія обновляться цѣликомъ въ опредѣленные промежутки времени или по частямъ? Мы, не колеблясь, отвѣчаемъ, что всякое представительное собраніе должно обновляться цѣликомъ, и что даже если есть двѣ палаты, то полное обновленіе той и другой должно происходить одновременно. Логическія соображенія и опытъ согласны, чтобы оправдать такое рѣшеніе. Парламентъ есть представитель страны; на него возложено выраженіе ея воли; нужно, чтобы онъ исходилъ, такъ сказать, изъ національной воли. Эта національная воля выражается лишь тогда, когда всѣ составляющіе ее элементы проявляются одновременно. Если собранія обновляются по частямъ, то выступаютъ лишь однѣ избирательныя коллегіи, содѣйствующія частичному обновленію, а онѣ не могутъ претендовать, что онѣ выражаютъ національную волю. Выше было сказано, что для того, чтобы нація была представлена, необходимы двѣ палаты: одна, представляющая индивидовъ, другая, представляющая группы; слѣдовательно, національная воля проявляется по-настоящему только тогда, когда и индивиды и группы выступаютъ одновременно на выборахъ. Для этого нужно, чтобы оба собранія возобновлялись цѣликомъ одновременно. Съ другой стороны, мы не допускаемъ (ср. § 52), чтобы парламентъ могъ ускользнуть отъ всякой отвѣтственности предъ избирательнымъ корпусомъ; онъ получаетъ мандатъ, въ которомъ онъ долженъ дать отчетъ; для того, чтобы это представленіе отчета не было иллюзорнымъ, нужно, чтобы парламентъ цѣликомъ представлялъ всей странѣ политику, которой онъ слѣдовалъ во время протекшаго законодательнаго періода. Но, ска-

жутъ, могутъ происходить неожиданные повороты, производящіе толки и сотрясенія въ политикѣ страны, въ ущербъ ея интересамъ. Это возможно; но если національная воля не пустое слово, нужно именно, чтобы она могла, когда это ей угодно, перемѣнить въ корнѣ политическое направленіе. Поистинѣ, мы удивляемся публицистамъ, юристамъ, политическимъ дѣятелямъ, торжественно провозглашающимъ принципы національной воли и ищущимъ всѣхъ средствъ, чтобы ее связать. Система частичнаго обновленія не имѣетъ другой цѣли. При подобной системѣ страна никогда не призвана выражать свою волю. Было сказано, что, если бы во Франціи установлено было частичное возобновленіе для палаты депутатовъ, то право президента республики распускать палату неизбѣжно примѣнялось бы чаще, «такъ какъ оно служило бы для того, чтобы вызвать большія національныя консультаціи, необходимыя при этой формѣ правительства» [1]). Слѣдовательно, частичное обновленіе не является національной консультаціей. Странный демократическій и представительный режимъ, гдѣ существенный органъ представительства не былъ бы результатомъ національной консультаціи!

Но, говорятъ, истина не заключается ли въ различеніи между двумя палатами? Такъ называемая низшая палата, избранная прямымъ голосованіемъ, обновляемая цѣликомъ, и такъ называемая верхняя палата, обновляемая по частямъ. Такова система, которой слѣдуетъ Франція, гдѣ палата депутатовъ обновляется цѣликомъ каждые четыре года, а сенатъ по третямъ каждые три года. Эсменъ одобряетъ эту систему и упрекаетъ насъ за то, что мы написали: «изъ двухъ системъ одна лучше другой, и нѣтъ основанія при-

---

[1]) Esmein, *op. cit*, стр. 757.

мѣнять ее лишь къ одной палатѣ» (стр. 756). По его мнѣнію, палата депутатовъ законодательствуетъ и низвергаетъ министерства; она должна обновляться цѣликомъ; сенатъ законодательствуетъ, осуществляетъ роль умѣряющую; онъ представляетъ послѣдовательность политическихъ традицій; онъ не можетъ низвергнуть министерства; онъ долженъ обновляться по частямъ. Прежде всего, неизвѣстно, дѣйствительно ли сенатъ, по французской конституціи, не можетъ низвергнуть министерства. Съ другой стороны, мы вполнѣ согласны, что сенатъ долженъ представлять послѣдовательность политическихъ традицій; эту роль онъ играетъ не потому, что обновляется по частямъ, а потому, что представляетъ постоянные элементы націи; система частичнаго обновленія сената съ 1875 г. имѣла лишь одно послѣдствіе,—она уменьшила силу этого собранія въ пользу палаты депутатовъ.

Предшествующій опытъ подтверждаетъ сказанное нами. Конституція III года установила ежегодное обновленіе одной трети Совѣта Старѣйшинъ и Совѣта Пятисотъ (ст. 53). Эсменъ вполнѣ справедливо говоритъ, «что ежегодное обновленіе одной трети обоихъ совѣтовъ... несомнѣнно, одна изъ причинъ, помѣшавшихъ хорошему функціонированію конституціи III года» (стр. 757). Хартія 1814 г. установила ежегодное обновленіе пятой части палаты депутатовъ (ст. 37). Многочисленныя неудобства, представляемыя этой системой, привели къ принятію закона 29 іюня 1824 г., установившаго полное возобновленіе каждыя 7 лѣтъ палаты депутатовъ.

Предшествующіе опыты, повидимому, не просвѣтили нашихъ современныхъ политическихъ дѣятелей. Въ самомъ дѣлѣ, комиссія всеобщаго избирательнаго права прошлой палаты представила законопроектъ, устанавливающій голосованіе по списку, пропорціональное представительство и содержащую статью такого рода: «Палата обновляется по половинамъ каждые три года» [1]).

58. Монархическія правительства.— Мы употребляемъ здѣсь слово правительство, чтобы обозначить то, что очень часто называютъ *исполнительной властью*. Это

---

[1]) *J. off., doc. parl.*, 1901, sess. ord., стр. 482.

послѣднее выраженіе даетъ мѣсто многимъ смѣшеніямъ, какъ выраженіе, соотвѣтствующее законодательной власти. Само слово правительство употребляется въ двухъ различныхъ смыслахъ. Мы обозначаемъ словомъ «правительство» совокупность управляющихъ органовъ государства (ср. § 48). Говоря здѣсь о *правительствѣ*, мы имѣемъ въ виду тотъ органъ, который на современномъ политическомъ языкѣ противополагаютъ парламенту, находящемуся рядомъ съ нимъ, во главѣ государства, который чаще всего находится подъ контролемъ парламента и который играетъ особенно активную роль въ управленіи политическими дѣлами. Правительство не всегда есть власть въ истинномъ смыслѣ слова; оно, можетъ-быть, никогда ею и не было, и во всякомъ случаѣ оно дѣлается ею все менѣе и менѣе. Кромѣ того, это выраженіе «исполнительная власть», повидимому, обозначаетъ, что существуетъ исполнительная функція. Мы же, полагаемъ, установили, что такой функціи нѣтъ (ср. § 47). Наконецъ выраженіе «исполнительная власть», повидимому, подразумѣваетъ, что правительство имѣетъ всѣ аттрибуты, которые обыкновенно именуютъ исполнительными, и лишь только эти послѣдніе; между тѣмъ это не точно, ибо правительство не имѣетъ всѣхъ функцій, именуемыхъ исполнительными, и, наоборотъ, имѣетъ нѣкоторыя функціи, которыя, несомнѣнно, не являются исполнительными. Кратко выражаясь, говорить объ исполнительной власти и о власти законодательной—значитъ принимать извѣстную сторону въ вопросѣ о существованіи, смыслѣ и значеніи раздѣленія властей. Мы уже высказались по этому поводу (ср. §§ 54 и 55).

Структура и характеръ правительства въ собственномъ смыслѣ слова бываютъ довольно разнообразными. Однако его обычная форма слѣдующая: одно лицо является носителемъ всѣхъ аттрибутовъ, принадлежащихъ правительству; оно имѣетъ сотрудниковъ, подчиненныхъ, называемыхъ министрами, политическая роль которыхъ различна, и которые имѣютъ особенно важную роль при *парламентарной* формѣ правленія (ср. ниже, § 61). Такимъ образомъ, правительство имѣетъ унитарную структуру; это высокопоставленное лицо, олицетворяющее правительство, представляетъ собою главу государства. Рѣже структура правительства бываетъ коллективной. Такой она была во Франціи при Директоріи, такова она нынѣ въ Швейцаріи.

Главы государства, олицетворяющія правительство, въ большинствѣ европейскихъ странъ являются наслѣдственными; по общепринятому выраженію эти правительства являются монархическими. Мы не видимъ, въ самомъ дѣлѣ, другого возможнаго различія между монархіей и республикой, кромѣ слѣдующаго: монархія есть форма правительства, при которой существуетъ наслѣдственный глава государства; республика есть та форма, при которой нѣтъ главы государства, или при которой глава государства получаетъ свою власть не путемъ наслѣдованія.

Нельзя ли сказать, что республика совмѣстима, сама по себѣ, съ существованіемъ наслѣдственнаго главы государства, ибо ст. 1 сенатусконсульта 28 флореала XII года гласила: «*Правительство республики* поручается императору, который принимаетъ титулъ императора французовъ», и тотъ же самый сенатусконсультъ устанавливалъ и регламентировалъ «наслѣдственность императорскаго достоинства»? Этотъ текстъ объясняется обстоятельствами: эта формула была

употреблена, чтобы не оскорбить ту часть общественнаго мнѣнія, которая въ 1804 г. еще была глубоко привязана къ республиканской формѣ и враждебна всякой монархіи. Но противорѣчіе было очевидно; факты были болѣе сильны, чѣмъ формула; и всего нѣсколько мѣсяцевъ послѣ флореальнаго сенатусконсульта не было и рѣчи о республикѣ.

Нѣкоторые авторы, и въ частности Еллинекъ [1]), отвергаютъ различіе, которое мы устанавливаемъ между монархіей и республикой, и полагаютъ, что, независимо отъ наслѣдственности и избранія, республика имѣется тогда, когда верховный органъ государства составленъ изъ многихъ лицъ, а монархія,—когда этотъ верховный органъ составляется однимъ лицомъ; по этому автору, верховный органъ государства есть тотъ, который даетъ импульсъ государству, тотъ, бездѣйствіе котораго вызвало бы нѣкотораго рода смерть государства. Именно, такъ понимая монархію, говорятъ объ избирательной монархіи, напримѣръ, о прежней избирательной монархіи Польши, объ избирательной монархіи Священной Римской имперіи и объ избирательной монархіи, существующей въ Болгаріи по берлинскому трактату 1878 г., такъ какъ царствующій князь былъ избранъ, а наслѣдственность его достоинства пока еще официально не признана.— Вообще говоря, это вопросъ лишь терминологіи. Однако критерій, предложенный Еллинекомъ, намъ кажется очень невѣрнымъ, такъ какъ всегда трудно, иногда даже невозможно, опредѣлить, какой органъ является верховнымъ органомъ государства въ понимаемомъ имъ смыслѣ. Такъ, напримѣръ, Еллинекъ утверждаетъ, что верховный органъ англійскаго правительства есть король и поэтому Англія — монархія; но можно было бы съ такимъ же основаніемъ утверждать, что верховный органъ англійскаго государства есть палата общинъ, и что, слѣдовательно, Англія—республика. Ученый профессоръ учитъ, что Франція есть республика, потому что верховнымъ органомъ нашей страны является парламентъ. Но дѣятельность президента республики также необходима для жизни государства, какъ и дѣятельность парламента; поэтому также можно было бы сказать, что Франція—монархія. Наконецъ Еллинекъ заявляетъ, что верховный органъ Германской им-

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1905, стр. 614 и сл.

періи есть *Bundesrath* и такимъ образомъ приходитъ къ тому, по крайней мѣрѣ, парадоксальному заключенію, что Германская имперія теоритически есть республика.

Монархія можетъ быть деспотической, абсолютной и ограниченной.

Деспотическая монархія и монархія абсолютная имѣютъ то общее, что монархъ соединяетъ въ своихъ рукахъ всѣ власти, и что его власть не ограничена наличностью рядомъ съ нимъ другого органа, наличностью парламента. Монтескьё прекрасно указалъ на различіе между деспотической монархіей и монархіей абсолютной. Только онъ называлъ просто монархіей то, что мы называемъ монархіей абсолютной. «Монархическое правительство, — говоритъ онъ,—есть то, при которомъ управляетъ одинъ, но посредствомъ *прочныхъ и установленныхъ законовъ*, тогда какъ въ деспотической монархіи одинъ человѣкъ, безъ законовъ и безъ нормъ, подчиняетъ все своей воли и своимъ капризамъ» [1]). Такимъ образомъ, въ абсолютной монархіи законы издаетъ монархъ, но онъ связанъ изданнымъ имъ самимъ закономъ. Въ *деспотіи* глава даетъ приказы, не будучи связаннымъ ни какой установленной заранѣе общей нормой. Важно, впрочемъ, отмѣтить, что если говорятъ объ абсолютизмѣ и деспотизмѣ въ примѣненіи къ монархіи, то потому, что въ исторіи чаще всего именно монархія имѣла этотъ характеръ. Но всякое правительство можетъ быть деспотическимъ или абсолютнымъ: какъ правительство республиканское, такъ и правительство монархическое. Слѣдовательно, *деспотизмъ* существуетъ всякій разъ, когда правитель-

---

[1]) *Esprit des lois*, кн. II, гл. I.

ство, состоящее изъ одного лица или изъ многихъ, предписываетъ, не будучи ограниченнымъ установленными заранѣе законами; *абсолютизмъ* имѣется всегда, когда существуетъ лишь одинъ правительственный органъ, соединяющій въ себѣ всѣ власти, но считающій себя ограниченнымъ общими нормами, установленными заранѣе имъ самимъ.

Монархія можетъ быть деспотической или абсолютной, независимо отъ своего происхожденія. Часто абсолютные монархи выдавали себя за надѣленныхъ своею властью самимъ Божествомъ. Русскій императоръ, абсолютный монархъ до реформъ 1905—1906 гг., былъ въ то же время главою православной религіи. Французскіе короли XVII и XVIII вв. выводили свою абсолютную власть отъ божественной делегаціи (см. § 10). Но принципъ первоначальнаго суверенитета народа не исключалъ непремѣнно абсолютизма и даже монархическаго деспотизма. Политическій деспотизмъ не имѣлъ болѣе энергическаго и болѣе логичнаго защитника, чѣмъ англичанинъ Гоббесъ, утверждавшій существованіе общественнаго договора и первоначальнаго суверенитета народа, но считавшій, что политическое общество возможно лишь при условіи, если каждый вполнѣ отчуждаетъ свою естественную независимость одному лицу или нѣсколькимъ [1]).

Деспотическія монархіи существуютъ теперь лишь въ варварскихъ странахъ. Въ послѣднее время въ цивилизованной Европѣ исчезли двѣ существовавшія еще абсолютныя мо-

---

[1]) Hobbes, *De cive.*—Ср. Grotius, *De jure belli ac pacis*, кн. I, гл. 1, § 8; Wolff, *Jus naturae*, кн. VIII, гл. 38. Ж.-Ж. Руссо хотя и утверждалъ неотчуждаемость суверенитета, въ концѣ-концовъ приходилъ къ абсолютизму большинства, которое стоитъ королевскаго абсолютизма.

нархіи. Въ своемъ манифестѣ отъ 17 октября 1905 г. русскій Императоръ предписалъ созвать выборную Государственную Думу, которая дѣйствительно собралась 27 апрѣля 1906 г. Наканунѣ были обнародованы основные законы, въ которыхъ сказано, что Императоръ обнародываетъ законы въ согласіи съ Государственнымъ Совѣтомъ и Думой. Въ своемъ адресѣ, вотированномъ 5 мая 1906 г., Дума протестовала противъ этихъ основныхъ законовъ, обнародованныхъ Императоромъ, утверждая, что ей одной принадлежитъ власть выработать конституцію, и требуя отвѣтственности министровъ (*Le Temps*, 19 и 20 мая 1906). Дума была распущена указомъ 21 іюля 1906 г., предписывавшимъ созваніе новой Думы на 20 февраля 1907 г.— Въ силу манифеста своего князя, бывшаго до послѣдняго времени абсолютнымъ монархомъ, Черногорія приступила 19/27 ноября 1905 г. къ выборамъ въ національное собраніе, на которое возложена выработка конституціи [1]).

Современныя монархіи суть монархіи ограниченныя: на ряду съ монархомъ и раздѣляя съ нимъ верховную государственную власть, существуетъ другой органъ—парламентъ, въ которомъ, по крайней мѣрѣ, часть избирается болѣе или менѣе широкимъ избирательнымъ правомъ. Фактъ существованія ограниченной монархіи рождаетъ публично-правовую проблему чрезвычайной сложности и можетъ быть неразрѣшимую, если придерживаться почти единогласно принимаемаго нынѣ принципа единой и недѣлимой политической власти, принадлежащей одному субъекту. Вопросъ этотъ часто называется вопросомъ *смѣшаннаго* правительства.

Если монархъ претендуетъ на право, предшествующее праву народа, на право, которое онъ наслѣд-

---

[1]) *Bull. soc. lég. comp.*, 1906, стр. 113. См. текстъ конституціи отъ 6 декабря 1901, въ *Revue du droit public*, 1906, стр. 220 и сл.

ственно получаетъ въ силу ли давности или въ силу божественнаго постановленія, не видно, какимъ образомъ его власть могла бы быть ограничена органами, представляющими національную волю. Въ этомъ случаѣ король, пожалуй, можетъ уступить нѣкоторыя свободы, нѣкоторыя гарантіи, даже разрѣшить собраться выборному собранію. Но эти концессіи могутъ быть лишь временными и подлежащими отмѣнѣ по волѣ монарха. Въ 1814 г. Людовикъ XVIII заявилъ, что Хартія *октроирована*. «Мы, — сказалъ онъ въ концѣ введенія въ Хартію, — добровольно и въ силу свободнаго осуществленія нашего королевскаго права, даровали и даруемъ, дѣлаемъ концессію и октроируемъ нашимъ подданнымъ какъ за насъ, такъ и за нашихъ преемниковъ, и *навсегда* конституціонную Хартію». Эта формула содержала слово *навсегда*, противорѣчащее принципу *октроированія*. Несмотря на это, логически Хартія не могла уменьшить королевскаго права, предшествовавшаго праву народа, и Людовикъ XVIII и его преемники по логикѣ монархическаго права имѣли власть взять обратно уступки, добровольно ими октроированныя. Таково было разсужденіе, высказанное въ 1830 г. министрами Карла X, чтобы дать видимость юридической цѣны ордоннансамъ 25 іюля 1830 г. Факты были болѣе могучими, чѣмъ право, и нарушеніе Хартіи повлекло за собой паденіе Бурбоновъ.

Никто нынѣ, за исключеніемъ, быть-можетъ, германскаго императора (см. его рѣчь въ § 10), не вѣритъ болѣе въ божественное право королей. Народный суверенитетъ есть догма, которая, ложная или вѣрная, обязательна нынѣ для всѣхъ правительствъ. Какъ примирить съ этимъ принципомъ существованіе мо-

нархіи, хотя бы и ограниченной? Пытались достигнуть этого, дѣлая изъ короля органъ представительства. Народъ, говорятъ, делегируетъ свои власти двумъ органамъ представительства, парламенту и наслѣдственному монарху. По выраженію конституціи 1791 г., тит. III, введ., ст. 2 «представителями являются законодательный корпусъ и король». По этой системѣ король есть не *король Франціи*, а *король французовъ*, такъ какъ является королемъ въ силу національной воли.

Въ 1830 г. Людовикъ-Филиппъ принялъ титулъ *короля французовъ*, и облеченіе его властью разсматривалось, какъ результатъ договора, заключеннаго между нимъ и представителями націи. См. декларацiи, сдѣланныя герцогомъ Орлеанскимъ 9 августа 1830 г. передъ обѣими палатами: «Я безъ ограниченій и оговорокъ принимаю статьи и обязательства, заключающіяся въ этой декларацiи (пересмотрѣнной Хартіи), и даруемый ею мнѣ титулъ *короля французовъ* и готовъ присягнуть объ ея сохраненіи» [1]).

Наполеонъ I и Наполеонъ III приняли титулъ *императоровъ французовъ* и такимъ образомъ объявляли себя представителями народной воли. Достаточно напомнить уже цитированный текстъ ст. 1 сенатусконсульта 28 флореала XII года и ст. 5 конституціи 1852 г., которая будетъ примѣняться къ императору, какъ къ десятилѣтнему президенту, для котораго она была написана, и, наконецъ, ст. 21 конституціи 1870 г.: «императоръ *отвѣтственъ* передъ французскимъ народомъ, къ которому онъ всегда имѣетъ право апеллировать». Ст. 5 той же конституціи, предусматривая случай смерти императора безъ наслѣдника, гласила: «народъ назначаетъ императора и регулируетъ въ его семьѣ порядокъ наслѣдованія».

Въ 1903 г. въ силу именно вотума сербскаго парламента (послѣ убійства короля Александра) былъ призванъ на сербскій тронъ Петръ Карагеоргіевичъ. Въ октябрѣ и ноябрѣ

---

[1]) *Bull. des lois*, 9 série, I partie, № 58, стр. 46. Monnier et Duguit, *Les constitutions de la France*, стр. XCI.

1905 г. Норвегія, послѣ своего отдѣленія отъ Швеціи, рѣшила избрать себѣ короля. Послѣ плебисцита въ пользу монархіи норвежскій парламентъ призвалъ на тронъ датскаго принца и провозгласилъ его королемъ, подъ именемъ Гакона VII.

Во всемъ этомъ мы видимъ лишь фикцію и полагаемъ, что національный суверенитетъ и монархическая наслѣдственность противорѣчатъ другъ другу. Въ самомъ дѣлѣ, признавая, что первый избранный король является дѣйствительнымъ представителемъ народа, нельзя сказать того же объ его наслѣдникѣ, вступающемъ на тронъ безъ вмѣшательства народа. Быть-можетъ, отвѣтятъ, что мандатъ былъ данъ заранѣе наслѣднику; но это софизмъ, ибо мандатъ можетъ быть данъ лишь *intuitu personae,* а народъ не знаетъ неопредѣленной послѣдовательности наслѣдниковъ устанавливаемаго имъ монарха. Для представительства необходимо, чтобы существовала связь между представляемой націей и органомъ представительства и чтобы представитель давалъ отчетъ представляемому (ср. § 52). Это можетъ существовать лишь въ томъ случаѣ, если представитель надѣленъ представительнымъ характеромъ лишь на опредѣленное время. Наслѣдственная монархія не можетъ имѣть представительнаго характера, такъ какъ ея существенная черта состоитъ въ томъ, что она является властью неопредѣленной продолжительности. Пользуясь терминологіей прежнихъ авторовъ, можно сказать, что установленіе наслѣдственной монархіи народомъ есть не организованное представительство, а добровольное отчужденіе [1]).

---

[1]) Ср. въ этомъ духѣ Esmein, *Droit constitutionnel,* 4 изд., стр. 214 и сл.

Съ первыхъ дней своего существованія Собраніе 1789 г. очутилось передъ этой неразрѣшимой трудностью. Сюда непосредственно относятся длинныя разсужденія о королевскомъ вето и объ его представительномъ характерѣ [1]). Извѣстно, какую рѣзкую критику вызвалъ текстъ, предложенный комиссіей: «представителями являются законодательный корпусъ и король... Исполнительная власть делегируется королю», каковой текстъ сдѣлался ст. 2 и 4 введ. тит. III, конст. 1791 г. Робеспьеръ, Ревбель, Редереръ протестовали противъ такихъ положеній: король не можетъ быть *представителемъ*, говорили они; нельзя говорить о *власти*, вручаемой королю; король можетъ быть лишь *приказчикомъ* и можетъ имѣть лишь власть *приказчика*, а не делегированную власть; слѣдуетъ говорить о *функціи* короля, а не объ его *власти* (засѣданіе 10 августа 1791 г.) [2]). Но Барнавъ при аплодисментахъ большинства сказалъ: «Король или *выражаетъ волю* за націю въ порядкѣ своихъ конституціонныхъ функцій или онъ перестаетъ быть королемъ, и форма правительства измѣнена. Если онъ имѣетъ право выражать волю за народъ, онъ есть его *представитель*...», и предложенные тексты были вотированы [3]).

Правда, въ рядѣ статей, вотированныхъ послѣ бѣгства короля и его ареста въ Вареннѣ, Учредительное Собраніе 1791 г. опредѣлило случаи, когда король будетъ считаться отказавшимся отъ престола и будетъ снова причисленъ къ классу гражданъ (тит. III, гл. 2, разд. 1, ст. 5—8). Такимъ образомъ конституція организовала роль контроля народа надъ своимъ представителемъ, королемъ. Конституція сохранила за націей право измѣнить свою конституцію и, слѣдовательно, взять обратно представительную власть, данную королю. «Учредительное Собраніе заявляетъ, что нація имѣетъ неотчуждаемое право измѣнить свою конституцію» (тит. VII, ст. 1). Именно, этими способами думали въ 1791 г. примирить монархическій принципъ и принципъ національнаго суверенитета и сохранить за націей право контроля надъ сво-

---

[1]) См. нашъ этюдъ *Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale* de 1789, 1894, стр. 22 и 132.

[2]) *Archives parlem.*, 1 série, XXIX, стр. 320 и 323.

[3]) *Ibid.*, стр. 331.

имъ представителемъ, королемъ. Это было болѣе видимое, чѣмъ дѣйствительное примиреніе, ибо всегда остается, что князь, достигнувшій трона въ силу своего наслѣдственнаго права, не можетъ иначе, какъ путемъ фикціи, считаться представителемъ народа, который ни при чемъ въ утвержденіи князя.

Ж.-Ж. Руссо не видѣлъ никакой антиноміи между энергично имъ утверждаемыми принципами народнаго суверенитета и наслѣдственной монархіей. Для него правительство было «корпусомъ, находящимся между подданными и монархомъ, для ихъ взаимнаго сношенія, и имѣющимъ обязанностью исполненіе законовъ...» Это правительство можетъ быть поручено наслѣдственному королю, ибо правители въ дѣйствительности не осуществляютъ никакой власти; они нисколько не участвуютъ въ суверенитетѣ; они лишь исполняютъ волю монарха. Правительство «есть лишь *порученіе*, должность, исполняя которую, начальники, простые чиновники суверена, примѣняютъ его именно власть, хранителями которой онъ ихъ назначилъ» [1]).

На принципѣ единаго, неотчуждаемаго и недѣлимаго суверенитета націи нельзя построить юридической теоріи ограниченной монархіи, иначе какъ сдѣлавши изъ монархіи, по выраженію XVIII вѣка, простую, всегда смѣняемую *комиссію* народной воли. Очевидно, подобное юридическое воззрѣніе не соотвѣтствуетъ фактамъ. Неоспоримо, что во всѣхъ современныхъ монархіяхъ, даже наиболѣе либеральныхъ, король разсматривается, какъ обладатель части суверенитета, или точнѣе, какъ сотрудничающій въ осуществленіи суверенитета, и, въ дѣйствительности, онъ участвуетъ въ осуществленіи этого суверенитета. Если въ немъ нельзя видѣть представителя

---

1) *Contrat social*, кн. III, гл. 1. Ср. кн. III, гл. 18, и кн. II, гл. 6, пр. 1, гдѣ мы читаемъ: «для того, чтобы быть законнымъ, правительство не должно сливаться съ сувереномъ, но быть его господиномъ; только тогда сама монархі есть республика».

національной воли, то въ немъ слѣдуетъ видѣть олицетвореніе другого элемента государственной власти, другой общественной силы, которая даетъ себя чувствовать въ этихъ странахъ на ряду съ силой, называемой національнымъ суверенитетомъ.

Фактомъ, создавшимъ ограниченныя монархіи, было повсюду, и въ частности во Франціи, существованіе монархической соціальной силы на ряду съ новыми соціальными силами, появляющимися въ извѣстныхъ классахъ или въ численномъ большинствѣ. Во всѣхъ странахъ, гдѣ, несмотря на появленіе этихъ новыхъ соціальныхъ силъ, монархическое чувство сохранилось могучимъ, образовалось два правителя, отвѣчающихъ двумъ существующимъ общественнымъ силамъ: наслѣдственный монархъ и коллективность (классъ или большинство), организованные путемъ представительства въ парламентъ, два правителя, дѣйствія которыхъ комбинируются въ интересѣ страны, причемъ никакой искусственный и апріорный принципъ не приводитъ ихъ въ противорѣчіе другъ съ другомъ. Таково въ дѣйствительности англійское воззрѣніе: ограниченная монархія въ Англіи естественно вышла изъ фактовъ и нисколько не заботилась о теоретическомъ примиреніи монархическаго принципа и національнаго суверенитета [1]).

59. Республиканскія правительства.—Республиканскими правительствами являются всѣ правительства, единичныя или коллективныя, главы которыхъ имѣютъ не наслѣдственное право, а пожизненное или временное. Неважно, слѣдовательно, поручено ли пра-

[1]) См. развитіе этихъ идей въ нашей книгѣ *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903 г., стр. 270 и сл.

вительство одному лицу или оно осуществляется коллективностью, оно будетъ республиканскимъ, если нѣтъ наслѣдованія. Правительство, которое принадлежало бы коллегіи наслѣдственныхъ лицъ, не было бы, по нашему мнѣнію, республиканскимъ правительствомъ. Подобное правительство не является невозможнымъ, хотя, по нашимъ свѣдѣніямъ, исторія и не представляетъ примѣровъ этого. Если всѣ ненаслѣдственныя власти сосредоточены въ рукахъ одного лица или въ рукахъ коллективнаго цѣлаго, въ этомъ случаѣ имѣется абсолютное или деспотическое республиканское правительство (ср. § 58).

Относительно самаго принципа организаціи республиканскаго правительства двѣ тенденціи раздѣляютъ современныя республиканскія государства. По одной тенденціи, происходящей непосредственно отъ Руссо, республиканское правительство есть лишь *комиссія*, *должность*. Лицо или лица, составляющія его, не имѣютъ характера представителей націи; они лишь простые исполнительные агенты, приказчики парламента, который одинъ представляетъ національную волю; они должны давать отчетъ во всѣхъ своихъ актахъ парламенту, передъ которымъ они и отвѣтственны; они должны повиноваться ему во всемъ и не могутъ оказывать на него никакого дѣйствія. По другому воззрѣнію, наоборотъ, лицо или лица, образующія правительство, являются настоящими представителями національнаго суверенитета, по такому же праву, какъ и парламентъ; они составляютъ органъ, который стоитъ рядомъ съ парламентомъ, будетъ ли при этомъ допущено, что суверенитетъ раздѣляется между двумя органами (послѣдовательная теорія раздѣленія властей, ср. § 54), или

будетъ считаться, что оба органа участвуютъ въ осуществленіи суверенитета, но разнымъ образомъ, въ зависимости отъ своей различной структуры (ср. § 55). Правительство можетъ, пожалуй, даже должно быть подвергнуто и въ этомъ случаѣ контролю парламента, но и оно, въ свою очередь, можетъ оказывать дѣйствіе на парламентъ; и гарантія свободы явится именно, какъ результатъ этого взаимнаго дѣйствія одного органа на другой.

Первое воззрѣніе, видѣвшее въ республиканскомъ правительствѣ правительство приказчиковъ, исполнительныхъ агентовъ правительства, нашло въ монтаньярской конституціи 1793 г. свою полную реализацію. Эта конституція создавала исполнительный совѣтъ, составленный изъ 24 членовъ, которые должны были назначаться законодательнымъ корпусомъ по списку рекомендаціи, составляемому департаментскими избирательными собраніями, по одному кандидату на департаментъ, и возобновляемому на половину въ каждый законодательный періодъ въ послѣдній мѣсяцъ сессіи. Ст. 65 гласила: «На совѣтъ возлагается управленіе и надзоръ за общей администраціей; онъ можетъ дѣйствовать лишь въ исполненіе законовъ и декретовъ законодательнаго корпуса». Извѣстно, что эта конституція никогда не была примѣнена, и что декреты 19 вендемьера, 14 фримера и 12 жерминаля II года организовали революціонное правительство, въ которомъ вся правительственная дѣятельность была сконцентрирована въ рукахъ комитетовъ, назначаемыхъ Конвентомъ.

Въ 1848 г., въ моментъ обсужденія конституціи 1848 г., мысль поручить правительственныя функціи чиновнику, простому агенту законодательнаго собранія, назначаемому имъ и зависящему отъ него, была снова выдвинута и защищаема нѣкоторыми выдающимися лицами. Къ ней сводилась знаменитая поправка Греви, гласившая: «Глава исполнительной власти избирается собраніями; онъ принимаетъ титулъ предсѣдателя совѣта министровъ. Онъ выбирается на неограниченное время; онъ всегда можетъ быть отозванъ; онъ на-

значаетъ и отзываетъ министровъ». Предложеніе было отклонено 7 октября 1848 64 голосами противъ 158 [1]).

Въ 1871 г. обстоятельства заставили организовать правительство согласно указанному воззрѣнію. Своей резолюціей отъ 17 февраля Національное Собраніе назначило Тьера «главою исполнительной власти французской республики». Въ резолюціи было сказано: «Онъ будетъ осуществлять свои функціи подъ властью національнаго собранія...» Слѣдовательно, онъ являлся лишь агентомъ національнаго собранія, постоянно отвѣтственнымъ передъ послѣднимъ. Законъ 31 августа 1891 г. передалъ Тьеру титулъ президента республики, но по ст. 1 этого закона «онъ будетъ осуществлять подъ властью національнаго собранія, покуда оно не окончитъ своихъ работъ, функціи, переданныя ему декретомъ 17 февраля 1871 г.». Глава правительства остается, слѣдовательно, простымъ приказчикомъ собранія, постоянно отвѣтственнымъ передъ послѣднимъ. Законъ 13 марта 1873 г. имѣлъ въ виду измѣнить это положеніе и далъ Тьеру достоинство главы государства, перенесши его политическую отвѣтственность на его министровъ; но, полный противорѣчій, этотъ законъ сохранилъ отвѣтственность президента республики передъ собраніемъ по вопросамъ, имѣющимъ отношеніе къ общей политикѣ государства (ст. 4). На дѣлѣ, нѣсколько мѣсяцевъ спустя, 24 мая 1873 г. Тьеръ въ силу вотума собранія былъ вынужденъ подать въ отставку.

Идея правительства, составленнаго изъ приказчиковъ парламента, является, повидимому, той, которая господствуетъ въ организаціи швейцарскаго правительства. Федеральное правительство и правительство кантоновъ образуются изъ совѣта или директоріи, члены которой избираются или законодательнымъ корпусомъ или непосредственно народомъ. Исполнительный федеральный совѣтъ избирается на три года національнымъ совѣтомъ и совѣтомъ кантоновъ, собранными вмѣстѣ. Предсѣдателемъ федеральнаго совѣта является предсѣдатель конфедераціи, назначаемый на годъ федеральнымъ собраніемъ и выбираемый изъ числа членовъ совѣта. Правительственныя функціи принадлежатъ не президенту конфедераціи, а федеральному совѣту (конст. 1874 г., ст. 95—

---

[1]) *Moniteur*, 8 октября 1848 г., стр. 2749.

102). Въ силу обычая президентъ конфедераціи несетъ функціи министра иностранныхъ дѣлъ. Эсменъ [1]) вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что хотя члены исполнительнаго федеральнаго совѣта и пользуются несмѣняемостью, однако они являются по буквальному смыслу закона лишь исполнителями воли законодательнаго корпуса, и что имъ даже не приходитъ въ голову играть главенствующую роль. Иногда эту швейцарскую систему называютъ *директоріальнымъ* правительствомъ [2]).

Система республиканскаго правительства, какъ простого приказчика парламента, не представляетъ неудобствъ въ такой небольшой странѣ, какъ Швейцарія, гдѣ политическое воспитаніе достигло очень высокой степени, и гдѣ умы спокойны и уравновѣшены. Но въ большой странѣ она представила бы большія опасности. Въ самомъ дѣлѣ, благодаря этой системѣ, всѣ власти сосредоточиваются въ рукахъ парламента, который, будучи всемогущимъ, легко дѣлается тираническимъ. Что нужды, если онъ и избирается? Дѣйствуя безъ противовѣсовъ, онъ располагаетъ властью, которая легко дѣлается диктатурой. Онъ придетъ къ ней съ тѣмъ большей легкостью, что онъ сможетъ опираться на народное избраніе, лежащее въ его основѣ. Если установлены были гарантіи противъ деспотизма королей, не безполезно установить ихъ также и противъ деспотизма парламентовъ. Наиболѣе простое средство, повидимому, заключается въ томъ, чтобы создать, на ряду съ парламентомъ, правительственный органъ, который не былъ бы простымъ исполнительнымъ агентомъ

---

[1]) Esmein, *Droit constit.*, 4 изд., стр. 335.

[2]) Ср. Esmein, *op. cit.*, 4 изд., стр. 396; Burgess, *Political science quarterly*, 1904, стр. 563; Lilian Town, введеніе къ англійскому переводу книги Deploige, *Referendum*.

парламента, который не зависѣлъ бы исключительно отъ парламента и могъ бы оказывать на него прямое и дѣйствительное вліяніе, такимъ образомъ, чтобы гарантія свободы вытекала именно изъ взаимнаго дѣйствія, оказываемаго другъ на друга парламентомъ и правительствомъ. Въ странѣ, гдѣ признается принципъ народнаго суверенитета и примѣняется представительная система, лучшимъ средствомъ достигнуть указанной цѣли является, повидимому, созданіе изъ правительства, будетъ ли оно принадлежать одному или поручено коллективному цѣлому, представительнаго органа и противопоставленіе такимъ образомъ другъ другу двухъ представительныхъ органовъ, взаимно другъ друга ограничивающихъ.

Эта манера понимать и организовать правительство опровергалась, какъ противорѣчащая истиннымъ принципамъ республиканскаго правительства. 28 января 1875 г., въ моментъ обсужденія закона 25 февраля 1875 г., Наке представилъ слѣдующую поправку: «Исполнительная власть поручается президенту совѣта безъ портфеля, отвѣтственному передъ палатой, избираемому ею и отзываемому ею, принимающему титулъ президента республики». Предложеніе было отвергнуто очень сильнымъ большинствомъ [1]). Та же идея была выражена Гобле въ 1894 г. по поводу предложенія конституціоннаго пересмотра. «По нашему воззрѣнію, сказалъ онъ, для того, чтобы имѣть республику, дѣло идетъ не только о томъ, чтобы изъ монархіи сдѣлать избирательный режимъ, но и о томъ, чтобы на мѣсто исполнительной власти, имѣющей собственное и независимое дѣйствіе, поставить подчиненную исполнительную власть, а на мѣсто собраній исключительно законодательнаго и контролирующаго характера поставить національное собраніе, которое не только законодательствуетъ, но и управляетъ» [2]).

---

[1]) *Annales ass. nat.*, 1871, XXXVI, стр. 333.

[2]) Засѣданіе 12 марта 1894 г. *J. off.*, *déb. parl.*, chambre, стр. 497.

Мы не считаемъ, чтобы существованіе правительственнаго органа, имѣющаго представительный характеръ, помѣщеннаго рядомъ съ выборнымъ парламентомъ и сотрудничающаго съ нимъ въ дѣятельности государства, могло быть нарушеніемъ демократическихъ и республиканскихъ принциповъ. Мы, наоборотъ, полагаемъ, что оно будетъ лишь ихъ примѣненіемъ и гарантіей. Кровавая тиранія Конвента, единаго собранія, соединявшаго власть законодательную и по управленію, есть, по нашему мнѣнію, достаточный опытъ. Но мы охотно признаемъ, что очень затруднительна задача—опредѣлить способъ составленія и способъ назначенія представительнаго исполнительнаго органа. Если его составляютъ изъ одного лица, назначаемаго всеобщимъ избирательнымъ правомъ, то въ странѣ, подобно Франціи, политически и административно централизованной, пропитанной монархизмомъ и даже цезаризмомъ, слѣдуетъ бояться, чтобы глава правительства не стремился и даже не получилъ диктатуры. Государственный переворотъ 2 декабря 1851 г., произведенный принцемъ Людовикомъ-Наполеономъ, президентомъ республики, избраннымъ прямымъ и всеобщимъ голосованіемъ, показываетъ, что опасенія этого рода не химеричны. Если же глава государства избирается ограниченнымъ голосованіемъ, то онъ не имѣетъ авторитета и силы по отношенію къ парламенту, избранному всеобщимъ голосованіемъ. Способъ избранія нашего президента республики есть главная причина его все болѣе стушевывающейся роли. Если правительство поручить коллегіи, то подвергаются риску нарушить его единство и создать во главѣ государства истинную анархію. Періодъ Директоріи отъ III по VIII годъ, во время

котораго правительственная власть принадлежала 5 директорамъ, ознаменованъ рядомъ государственныхъ переворотовъ и всякаго рода конфликтовъ, главной причиной которыхъ была правительственная анархія, несомнѣнно, проистекавшая изъ коллегіальнаго характера правительства.

Американцы дали проблемѣ счастливое рѣшеніе; но надо сказать, что политическія и соціальныя условія Соединенныхъ Штатовъ совершенно отличны отъ условій нашей страны. Президентъ республики назначается на четыре года всеобщимъ голосованіемъ, осуществляемымъ въ двухъ степеняхъ съ повелительнымъ мандатомъ. Несмотря на этотъ способъ избранія, который дѣйствительно дѣлаетъ изъ президента *представителя* американскаго народа, несмотря на его очень обширную власть, несмотря на значительный престижъ, который дали ему нѣкоторыя событія, президентъ американской республики не сдѣлался и, повидимому, никогда не сдѣлается диктаторомъ. Брайсъ вполнѣ справедливо говоритъ: «Не легко себѣ представить президента, нарушающаго конституцію». Причины этого многочисленны. Главная заключается въ федеральной природѣ Соединенныхъ Штатовъ и въ то же время въ обширности страны и въ разнообразіи составляющихъ ее элементовъ. Несомнѣнно, американская нація движется къ централизаціи и единству; компетенція федеральнаго правительства возрастаетъ съ каждымъ днемъ; но отдѣльные штаты еще сохраняютъ значительную автономію. Съ другой стороны, если американскій народъ, повидимому, и пріобрѣлъ, въ особенности за послѣднія 30 лѣтъ, ясное сознаніе своего національнаго единства, онъ далеко еще не имѣетъ и, можетъ-быть, вслѣдствіе разнообразныхъ элементовъ его составляющихъ, вслѣдствіе все новыхъ приливовъ иммиграціи, никогда не будетъ имѣть однородности, характеризующей нѣкоторыя старинныя европейскія націи и въ частности французскую націю. Всякая попытка произвести государственный переворотъ, осуществимая въ сильно централизованной странѣ, съ территоріальной арміей, въ Америкѣ была

бы осуждена на вѣрную неудачу, и гражданамъ свободной Америки нечего бояться съ этой стороны.

Эти краткія указанія на американское президентство показываютъ, насколько химеричны мнѣнія тѣхъ, кто хочетъ учредить во Франціи президентство по американскому образцу. Въ нашей странѣ нѣтъ ни одного изъ соціальныхъ элементовъ, дѣлающихъ изъ американскаго президента то, чѣмъ онъ является; и ошибаются, предполагая, что нѣсколькихъ текстовъ въ конституціонномъ законѣ достаточно, чтобы дать нашему президенту престижъ и власть главы американскаго государства.

Надо признать, что ни одна изъ попытокъ, произведенныхъ во Франціи съ цѣлью организовать республиканское правительство, не была счастливой. Конституція III года создала директорію, составленную изъ 5 членовъ, возобновляемыхъ въ одной пятой ежегодно и назначаемыхъ совѣтомъ старѣйшинъ по удесятеренному списку кандидатовъ, составляемому совѣтомъ пятисотъ (ст. 133). Въ ст. 132 было спеціально указано, что законодательный корпусъ въ этомъ случаѣ осуществляетъ *функцію избирательнаго собранія отъ имени націи, и что исполнительная власть делегируется* директоріи изъ 5 членовъ. Изъ этихъ текстовъ очень ясно вытекаетъ, что директорія, по мысли авторовъ конституціи III года, является настоящимъ представительнымъ органомъ и даже представительнымъ органомъ для осуществленія исполнительной власти, понимаемой на манеръ 1791 г., какъ одинъ изъ элементовъ самаго суверенитета (ср. § 54). Эта организація была одной изъ главныхъ причинъ правительственной анархіи, сдѣлавшей возможными государственный переворотъ 18 брюмера и конституцію VIII года, подготовившую концентрацію всей власти сначала въ рукахъ перваго консула, а потомъ — императора.

Авторы конституціи 1848 г., просвѣщенные опытомъ III года, не думали объ учрежденіи коллегіальнаго правительства. Они создали главу государства съ титуломъ президента республики, изъ котораго они хотѣли создать дѣйствительно органъ представительства, надѣленный исполнительной властью, понятой на манеръ 1791 г., какъ одинъ изъ элементовъ суверенитета: «французскій народъ *делегируетъ* исполнительную власть гражданину, получающему ти-

тулъ президента республики» (ст. 43). Этотъ президентъ избирается на четыре года прямымъ и всеобщимъ избирательнымъ правомъ; онъ, дѣйствительно, является представителемъ націи. Такимъ образомъ есть два органа представительства: парламентъ и правительство, олицетворяемое президентомъ, и, какъ въ III году и въ 1791 г., хотятъ регулировать положеніе этихъ двухъ органовъ по принципу раздѣленія властей и избѣжать, въ силу этого принципа, конфликтовъ между ними. Но этого нисколько не достигли, такъ какъ президентъ республики, благодаря своему имени, наполеоновской легендѣ и особенно благодаря власти и престижу, даннымъ ему въ силу избранія его всеобщимъ голосованіемъ, разорвалъ конституцію, разогналъ законодательный корпусъ и послѣ 2 декабря 1851 г. оказался единственнымъ господиномъ страны.

Конституція 1852 г., изданная принцемъ Людовикомъ-Наполеономъ, въ силу плебисцита 20 декабря 1852 г., давшаго ему мандатъ выработать конституцію *на пяти основаніяхъ* прокламаціи 2 декабря, очень опредѣленно приписывала президенту республики представительный характеръ. «Правительство французской республики поручается на десять лѣтъ принцу Людовику-Наполеону, нынѣшнему президенту Французской республики. Президентъ республики управляетъ чрезъ посредство министровъ, государственнаго совѣта и законодательнаго корпуса. Законодательная власть осуществляется коллективно президентомъ республики, сенатомъ и законодательнымъ корпусомъ» (конст. 1852 г., ст. 2—4). De jure вся полнота суверенитета делегирована принцу-президенту; но его власть ограничена въ законодательной сферѣ участіемъ законодательнаго корпуса въ выработкѣ законовъ. Представительный характеръ главы государства былъ дополненъ и нѣкоторымъ образомъ санкціонированъ постановленіемъ ст. 5, провозгласившей отвѣтственность президента предъ народомъ; это постановленіе было сохранено, когда на мѣсто десятилѣтней республики была создана наслѣдственная имперія.

Конституція 1875 г. создала президента республики, олицетворяющаго правительство и имѣющаго дѣйстви-

тельно характеръ главы государства. Нынѣ de facto (ср. § 60), вомногихъ отношеніяхъ, президентъ республики третируется, какъ простой агентъ парламента, но легко установить, что по законамъ 1875 г. президентъ республики дѣйствительно имѣетъ представительный характеръ, и что олицетворяемое имъ правительство есть, на ряду съ парламентомъ, второй органъ представительства. Когда 24 мая 1873 г., послѣ интерпелляціи герцога де-Брольи и вотума національнаго собранія, Тьеръ былъ обязанъ подать въ отставку, былъ избранъ президентомъ республики маршалъ Макъ-Магонъ. Послѣ безплодныхъ попытокъ монархической реставраціи въ пользу графа де-Шамборъ, былъ вотированъ законъ 20 ноября 1873 г., названный *закономъ септенната (loi du septennat)*, ст. I котораго гласитъ: «Исполнительная власть поручается на 7 лѣтъ маршалу Макъ-Магону... начиная съ момента обнародованія сего закона; эта власть будетъ осуществляться имъ съ титуломъ президента республики и въ нынѣшнихъ условіяхъ до тѣхъ измѣненій, которыя могутъ быть внесены конституціонными законами». Эти выраженія не могли имѣть въ виду закона Тридцати, изданнаго спеціально въ виду Тьера; тѣмъ болѣе они не могутъ означать отвѣтственности маршала предъ собраніемъ, такъ какъ его власти дана была опредѣленная продолжительность въ семь лѣтъ. Президентъ сдѣланъ былъ настоящимъ конституціоннымъ королемъ на семь лѣтъ; и подобно тому, какъ за конституціоннымъ королемъ признаютъ представительный характеръ, такъ его приписываютъ и президенту республики.

Законъ 25 февраля 1875 г., вотированный послѣ долгихъ перипетій [1]), признаетъ implicite за президентомъ республики представительный характеръ, данный ему закономъ 20 ноября 1873 г. Маршалъ Макъ-Магонъ былъ лишь первымъ президентомъ изъ неопредѣленнаго ряда послѣдующихъ президентовъ республики. Поправка Валлона, сдѣлавшаяся ст. 2 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 г., регулируетъ способъ назначенія президента республики, но не опредѣляетъ его юридическаго характера. Онъ попрежнему устанавливается закономъ 20 ноября. Новый конституціонный законъ не ограничился, какъ того требовали *септенналисты*, организаціей республики на 7 лѣтъ; онъ сдѣлалъ изъ республики окончательное правительство страны; онъ организовалъ правительство; но онъ ничего не измѣнилъ въ характерѣ президента республики, какъ онъ былъ установленъ закономъ 20 ноября.

Такимъ образомъ, по конституціи 1875 г., президентъ республики является главой государства, олицетворяющимъ правительство; онъ надѣленъ исполнительной властью; онъ не простой агентъ парламента; онъ, подобно парламенту, органъ представительства. Но на дѣлѣ, подъ дѣйствіемъ причинъ, которыя будутъ изучены ниже, президентъ республики имѣетъ тенденцію сдѣлаться лишь простымъ агентомъ, простымъ приказчикомъ парламента, а правительство—сдѣлаться не органомъ представительства, а лишь административной властью.

60. Отношенія между парламентомъ и правительствомъ.— Если индивидъ или индивиды, исполняющіе функціи

[1]) Ср. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques,* стр. CXXXIV и сл.

правительства, являются не чѣмъ инымъ, какъ агентами или служащими парламента, то вопросъ объ ихъ отношеніяхъ къ парламенту не представляетъ никакихъ затрудненій. Они не могутъ произвести никакого воздѣйствія на парламентъ; они не могутъ, напримѣръ, ни созвать, ни распустить его; они отвѣтственны предъ нимъ за всѣ свои акты; онъ долженъ имѣть возможность въ любой моментъ уволить ихъ; они—простые исполнители его воли. Эта система безспорно ведетъ къ сосредоточенію всей власти въ рукахъ парламента. Таковъ былъ идеалъ авторовъ монтаньярской конституціи 1793 года и такимъ же остается идеалъ современной радикальной школы [1]).

Вопросъ объ отношеніяхъ между правительствомъ и парламентомъ становится весьма затруднительнымъ, если не смотрѣть на людей, фактически облеченныхъ правительственными функціями какъ на простыхъ служителей парламента. Но въ то же время рѣшеніе этого вопроса представляетъ первостепенную важность. Дѣйствительно, если всѣ полномочія сосредоточиваетъ въ себѣ единый политическій органъ, то это роковымъ образомъ ведетъ къ произволу, къ тираніи. Слѣдовательно, необходимы два политическихъ органа. Однако, если искусно не урегулировать отношеній этихъ двухъ органовъ, то возникаетъ опасность конфликтовъ, государственныхъ переворотовъ и революцій; это подтверждаетъ опытъ.

Можно представить себѣ, что глава правительства, за которымъ признано собственное право или который фактически и юридически присвоиваетъ себѣ характеръ представителя національной воли,

---

[1]) Ср. § 59 предложеніе Naquet въ 1875 году и заявленіе Goblet въ 1894 году.

концентрируетъ въ себѣ, въ силу этого собственнаго права или представительнаго свойства, всѣ власти; но все-таки онъ соглашается на избраніе парламента, ограничивающаго его законодательную власть въ томъ отношеніи, что законъ можетъ быть издаваемъ только съ согласія парламента и главы государства. Подобная система безспорно ведетъ къ полному подчиненію парламента главѣ государства и можетъ, смотря по темпераменту главы государства и обстоятельствамъ, оказаться почти равносильной режиму абсолютной монархіи. Тѣмъ не менѣе, присутствіе выборнаго парламента, каковы бы ни были границы его полномочій, служитъ для управляемыхъ нѣкоторой гарантіей, съ важностью которой нельзя не считаться, а иногда подобный режимъ силою вещей приводилъ къ установленію настоящей парламентской системы.

Такое представленіе о главѣ государства, концентрирующемъ въ себѣ всѣ власти, добровольно соглашающемся на назначеніе вполнѣ или отчасти выборнаго парламента, участвующаго вмѣстѣ съ нимъ въ изданіи законовъ, заключалось въ Хартіи 1814 года. Король Франціи восходитъ на тронъ въ силу своего наслѣдственнаго и божественнаго права; монархическое преемство юридически не нарушалось, были только фактическіе узурпаторы. Онъ соглашается, онъ октроируетъ „добровольно и путемъ свободнаго отправленія своей королевской власти“, Хартію, регулирующую «формы правительства короля», «который является высшимъ главой государства; только «законодательная власть осуществляется совмѣстно королемъ, палатой пэровъ и палатой депутатовъ»; иниціатива принадлежитъ только королю; законъ получаетъ силу только благодаря его санкціи; всѣ остальныя политическія функціи осуществляются однимъ королемъ [1]).—Подъ вліяніемъ

[1]) См. въ особенности ст. 13 и слѣд. Хартіи 1814 года.—Ср. Bonnefon, *Histoire du gouvernement parlementaire sous la Res-*

обстоятельствъ, которыя не мѣсто здѣсь изучать, но которыя очень подробно описаны только что указанными авторами, а также Дювержье де Горанъ въ его обширномъ трудѣ, къ сожалѣнію неоконченномъ, *L'Histoire du gouvernement parlementaire*, политическій режимъ Хартіи 1814 года, который могъ послужить прелюдіей возвращенія къ абсолютной монархіи, явился, наоборотъ, подготовительной стадіей къ установленію во Франціи полнаго парламентскаго режима, основаннаго на равенствѣ власти парламента и правительства, на ихъ сотрудничествѣ и ихъ взаимодѣйствіи.

Наполеонъ I и Наполеонъ III утверждали оба, что они облечены мандатомъ, которымъ народъ вручилъ имъ свой суверенитетъ. „Правительство республики ввѣрено императору...“ [1]) «Правительство французской республики ввѣрено на 10 лѣтъ принцу Луи—Наполеону Бонапарту» [2]), который становится наслѣдственнымъ императоромъ въ силу S. C. 7-го ноября 1852 года, ратификованнаго плебисцитомъ 21 и 22 ноября.

Власть обоихъ императоровъ, представителей національной воли, ограничена лишь въ законодательной области. При первой имперіи ограниченіе, если и существовало юридически, то фактически было совершенно иллюзорно. То же самое повторилось и въ первые годы второй имперіи. Но подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія постепенно были введены либеральныя реформы; конституціонный S. C. 21 мая 1870 года организуетъ настоящую парламентскую систему [3]).

Въ настоящее время нѣмецкіе публицисты почти единогласно доказываютъ, что въ государствахъ и въ имперіи власть всецѣло сосредоточивается въ лицѣ монарха, что власть послѣдняго, безъ сомнѣнія, ограничена парламентомъ, но что монархъ считается ограниченнымъ въ своей власти

---

tauration, 1905 г.; Barthélemy, *Introduction du gouvernement parlementaire*, 1904 г.

[1]) S. C. 28 флореаля XII года, ст. 1.

[2]) Констит. 1852 г., ст. 2.

[3]) Ср. H. Berton, *Evolution constitutionelle du second empire*, 1900 г.

только въ предѣлахъ, ясно имъ самимъ указанныхъ, что онъ сохраняетъ свободный выборъ своихъ министровъ и что въ непредвидѣнныхъ случаяхъ и въ случаѣ неразрѣшимаго конфликта съ парламентомъ, монархъ беретъ назадъ всю свою власть. Такимъ образомъ, можно сказать, въ германскихъ государствахъ и въ Германской имперіи существуетъ просто ограниченная монархія, такъ какъ монархъ всегда можетъ взять обратно свою абсолютную власть.

Эта теорія особенно защищалась на случай отказа парламента вотировать бюджетъ. Лабандъ посвятилъ длинныя разсужденія для доказательства того, что монархъ имѣетъ право самъ установить бюджетъ, если парламентъ не вотируетъ его. Онъ пишетъ: „Если дѣйствительно парламентъ имѣетъ право каждый годъ отказывать министерству въ разрѣшеніи на взиманіе налоговъ и на производство расходовъ, и если министерство поставлено предъ альтернативой уступить мѣсто преемнику, желательному для парламентскаго большинства или быть обвиненнымъ въ нарушеніи конституціи, то въ результатѣ монархъ фактически потеряетъ свои права управленія и будетъ замѣщенъ въ своихъ правахъ парламентомъ. Тогда настоящій глава государства не король, а демагогія, всесильная на выборахъ; принципъ конституціи имперіи,—согласно которому императоръ обладаетъ правомъ назначенія канцлера имперіи,—становится, въ примѣненіи къ Германской имперіи, лишь пустымъ словомъ» [1]). Такимъ образомъ Лабандъ прилагаетъ къ Германской имперіи теоріи, которыя были построены для партикулярныхъ монархій [2]).

Бартелеми [3]) совершенно справедливо говоритъ: «Одна изъ чертъ, съ особенной ясностью выступающая во всѣхъ политическихъ доктринахъ нѣмцевъ, это отвращеніе, которое они питаютъ къ системѣ управленія, называемой ими съ извѣстнымъ оттѣнкомъ пренебреженія „*Das Parlementarismus*“. Бартелеми также совершенно правильно указываетъ, какъ особенно въ Пруссіи, обстоятельства и главнымъ образомъ

---

[1]) Laband, *Droit public*, фран. изд., 1904 г., VI, стр. 397.

[2]) Ср. особенно Roenne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3-е изд., 1870 г.; Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2-е изд., 1896 г.

[3]) *Revue du droit public*, 1905 г., стр. 717,

появленіе у дѣлъ въ 1862 году Бисмарка остановили эволюцію прусской конституціи въ либеральномъ духѣ.

Какимъ образомъ должны регулироваться отношенія между парламентомъ и правительствомъ, если, наоборотъ, считать оба органа обладающими равной властью, потому ли—что они происходятъ отъ двухъ, хотя и различныхъ элементовъ, но, тѣмъ не менѣе, фактически обладающихъ равной силой, или же потому, что оба разсматриваются, какъ органы выраженія народной воли?

Рѣшеніе этой проблемы прежде всего было представлено системой раздѣленія властей: парламентъ, говорили, является органомъ представительства законодательнымъ, а правительство—органомъ представительства исполнительнымъ. Это та система, которую авторы конституціи 1791 года думали найти въ Англіи и въ *Esprit des lois*. Они стремились ввести ее во Франціи; извѣстно, въ какое противорѣчіе они впали, и каковъ былъ результатъ этого [1]). Въ III и въ 1848 годахъ пытались возвратиться къ этой системѣ, но не съ большимъ успѣхомъ.

Принято говорить, что если система раздѣленія властей не удалась во Франціи, то, напротивъ, въ американской республикѣ она сдѣлала чудеса и позволила двумъ органамъ государства, президіуму республики и законодательству, дѣйствовать безъ столкновеній въ ихъ взаимныхъ сферахъ.

Тутъ кроется заблужденіе или, по крайней мѣрѣ, неполное разсмотрѣніе фактовъ. Мы уже обращали вниманіе (§ 55), что мысль авторовъ американской конституціи въ 1787 году была направлена на созданіе политической системы, по образцу англійской, слѣдовательно, основанной на непрерывномъ сотрудничествѣ органовъ, а вовсе не на ихъ раздѣленіи и изоляціи. Вслѣдствіе многихъ очень слож-

[1]) Ср. *выше*, § 54.

ныхъ и разнообразныхъ причинъ оказалось, что американское правительство, подъ дѣйствіемъ естественной эволюціи, глубоко дифференцировалось отъ англійскаго режима.

Америкѣ совершенно чуждъ спеціально англійскій институтъ кабинета (совѣта министровъ), посредствующей политической единицы между главой государства и парламентомъ, солидарно отвѣтственнаго предъ парламентомъ и обязаннаго обезпечивать постоянное сотрудничество обоихъ высшихъ органовъ государства. Въ отличіе отъ парламентскихъ главъ государства, американскій президентъ лично отвѣтственъ за свои акты, «не столько, говоритъ Брайсъ, предъ конгрессомъ, сколько предъ избравшимъ его народомъ". Въ теченіе четырехлѣтняго періода его полномочій единственнымъ средствомъ осуществить на практикѣ эту отвѣтственность является привлеченіе къ обвиненію въ порядкѣ *противодѣйствія.*

Что касается министровъ, то они не образуютъ совѣта; они не принимаютъ никакого участія въ парламентѣ; они совершенно не отвѣтственны политически предъ нимъ. Министры зависятъ исключительно отъ президента республики. Правительство не допускается въ конгрессъ и, такимъ образомъ, какъ будто бы, должно находиться въ невозможности оказывать на него дѣйствіе. Благодаря этому, раздѣленіе двухъ органовъ кажется полнымъ. Въ дѣйствительности ничего подобнаго нѣтъ; фактически и юридически существуетъ тѣсное сотрудничество между парламентомъ и президентомъ республики. Прежде всего конгрессъ принимаетъ участіе въ осуществленіи управленія, ибо президентъ республики не можетъ принять какого-либо серьезнаго рѣшенія безъ содѣйствія сената. Именно, онъ не можетъ заключать договоровъ иначе, какъ согласно соотвѣтствующему мнѣнію сената,— мнѣнію, которое должно быть одобрено двумя третями присутствующихъ сенаторовъ; мнѣніе сената также необходимо при назначеніи посланниковъ, консуловъ, судей верховнаго суда и всѣхъ остальныхъ высшихъ федеральныхъ чиновниковъ. Наоборотъ, президентъ оказываетъ извѣстное дѣйствіе на конгрессъ и принимаетъ участіе въ законодательной функціи. Онъ можетъ въ чрезвычайныхъ случаяхъ созывать обѣ палаты. Онъ, правильно говоря, не имѣетъ законодательной иниціативы, но долженъ знако-

мить конгрессъ съ положеніемъ союза и обращать его вниманія на необходимыя мѣропріятія. Наконецъ, онъ можетъ налагать *veto* на билли и резолюціи, вотированные конгрессомъ, который можетъ удержать свой вотумъ лишь послѣ новаго обсужденія при условіи, что этотъ вотумъ объединитъ въ обѣихъ палатахъ большинство не менѣе двухъ третей. По мнѣнію знатоковъ, именно помощью своего суспензивнаго *veto* американскій президентъ особенно проявляетъ свою дѣйствительную власть. Брайсъ пишетъ: „Единственная дѣйствительная сила исполнительной власти, послѣдній оплотъ, который она можетъ противопоставить законодательному собранію, это въ обыкновенное время ея право *veto*. Другими словами, она превозмогаетъ, какъ исполнительная, не въ силу своихъ собственныхъ функцій, *а по причинѣ того участія, которое она получила въ законодательныхъ функціяхъ*, она удерживаетъ свое положеніе силою вещей *не потому, что она отдѣлена отъ законодательной власти*, но скорѣе потому, что она участвуетъ въ правѣ, которое на самомъ дѣлѣ принадлежитъ этой власти» [1]). Такимъ образомъ эта конституція, которую намъ обыкновенно представляютъ, какъ основанную на догмѣ раздѣленія властей, фукціонируетъ нормально лишь благодаря тому участію въ изданіи законовъ, которое она предоставляетъ главѣ указанной исполнительной власти, той бреши, которую она дѣлаетъ въ этомъ знаменитомъ принципѣ. Итакъ, пусть болѣе не хвалятся предъ нами чудеснымъ дѣйствіемъ раздѣленія властей въ Соединенныхъ Штатахъ!

Такое воздѣйствіе президента американской республики на законодательную власть за послѣднее время подъ давленіемъ различныхъ причинъ значительно увеличилось. Это особенно рельефно очерчено Бартелеми въ одной замѣчательной статьѣ [2]). Президентъ оказываетъ очень дѣятельное вліяніе на законодательную работу; онъ обладаетъ настоящей иниціативой, признанной самими парламентскими ораторами. Бартелеми, оставаясь совершенно точнымъ, можетъ писать: „Мы полагаемъ, сказаннаго достаточно, чтобы видѣть, ка-

---

[1]) *La république américaine*, I, стр. 314—325.

[2]) *De la condition actuelle de la présidence des Etats-Unis d'Amérique, Revue politique et parlem.* 1906 г., 1, стр. 277.

кимъ искусственнымъ, книжнымъ представляется приложеніе къ современной эпохѣ тезиса подчиненности по отношенію къ формальной иниціативѣ парламентскихъ странъ». Мы прибавимъ: это показываетъ, насколько заблуждаются тѣ, кто продолжаетъ говорить о примѣненіи въ Америкѣ принципа раздѣленія властей. Бартелеми также совершенно справедливо говоритъ: «Далекіе отъ мысли слѣдовать волѣ конгресса, президенты умѣютъ налагать на него свою. Они являются истинными вождями своей страны». И, несмотря на это, федеральная форма Соединенныхъ Штатовъ устраняетъ какія бы то ни было опасенія относительно установленія президентской диктатуры [1]).

61. Парламентскій режимъ.—Наиболѣе изящно и практически рѣшаетъ поставленную проблему и въ то же время представляетъ наилучшія гарантіи свободы, несомнѣнно, институтъ *парламентскаго* режима. Онъ не представляетъ, конечно, политическаго механизма, всецѣло созданнаго политическими теоретиками, въ родѣ Сіеса. Выработанный въ особенности практикой англійскаго народа, *парламентскій* режимъ или *кабинетное правительство* былъ перенесенъ на континентъ, особенно во Францію, гдѣ за время съ 1814 до 1848 года онъ развился и точно опредѣлился. Въ настоящее время, хотя и свободный продуктъ политической исторіи, парламентскій режимъ въ томъ видѣ, какъ онъ вышелъ изъ естественной эволюціи, представляется намъ вполнѣ опредѣленными чертами, которыя вовсе не безполезно очертить.

---

[1]) Относительно значительнаго вліянія, оказываемаго президентомъ американской республики на конгрессъ своимъ правомъ *veto*, ср. H. Bosc, *Les droits législatifs du président des Etats-Unis d'Amerique*, 1906; R. Bompard, *Le veto du président de la république et la sanction royale*, съ предисловіемъ Casimir-Perier, 1906.

Онъ покоится, главнымъ образомъ, на равенствѣ обоихъ органовъ государства—парламента и правительства—на ихъ тѣсномъ сотрудничествѣ во всякой государственной дѣятельности и на воздѣйствіи, которое они оказываютъ другъ на друга съ цѣлью взаимнаго ограниченія. Это сотрудничество обоихъ органовъ и это взаимодѣйствіе, которое они должны производить другъ на друга, обезпечиваются элементомъ, представляющимъ существенную часть политической машины, совѣтомъ министровъ, министерствомъ или кабинетомъ.

Первымъ условіемъ для нормальнаго функціонированія парламентскаго режима является равенства парламента и правительства въ престижѣ и вліяніи, каково бы ни было, между тѣмъ, происхожденіе обоихъ органовъ. Если парламентъ по тѣмъ или другимъ причинамъ окажется въ положеніи подчиненности относительно главы государства, олицетворяемаго правительствомъ, то равновѣсіе нарушено, и парламентскій режимъ быстро уступаетъ мѣсто диктатурѣ главы государства.

Примѣръ политическаго режима, организованнаго конституціей 1848 года, особенно нагляденъ съ этой точки зрѣнія. Глава государства избирается прямымъ и всеобщимъ голосованіемъ, что сообщаетъ ему значительные престижъ и власть. Парламентъ состоитъ изъ одной палаты, избранной, безъ сомнѣнія, всеобщимъ голосованіемъ; но въ ней господствуетъ значительное раздѣленіе партій, гдѣ нѣтъ однороднаго большинства, а лишь искусственныя и непрочныя коаліціи; палата тѣмъ менѣе можетъ опереться на всеобщее голосованіе, что она, какъ показалъ законъ 31 мая 1850 года, страшится его и вноситъ въ него глубокія ограниченія. При такихъ условіяхъ механизмъ не можетъ функціонировать, потому что равновѣсіе неизбѣжно нарушится въ пользу главы правительства; и государственный переворотъ 1851

года является неизбѣжнымъ исходомъ обстоятельствъ и конституціи.

Конституція 1875 года помѣстила главу государства рядомъ съ парламентомъ, двѣ палаты котораго образуются путемъ всеобщаго голосованія, одна— путемъ всеобщаго прямого голосованія, другая— путемъ всеобщаго двухстепеннаго или нѣсколько степеннаго голосованія. Глава государства, олицетворяющій правительство, неизбѣжно стоитъ въ низшемъ положеніи на ряду съ палатами, въ особенности потому, что онъ избирается палатами и въ силу этого не имѣетъ дѣйствительнаго вліянія на нихъ. Въ силу обстоятельствъ, какой-нибудь президентъ можетъ оказаться въ особомъ положеніи, когда его власть создастъ дѣйствительный противовѣсъ власти парламента; но это будетъ совершенно исключительное положеніе; нормально же, по системѣ 1875 года, глава государства не можетъ быть равнымъ парламенту. Такимъ образомъ, Франція нынѣ въ дѣйствительности не пользуется парламентскимъ режимомъ, хотя учредители 1875 года и имѣли опредѣленое желаніе установить его [1]).

Въ Англіи парламентскій режимъ могъ установиться потому, что парламентъ и корона разсматривались, какъ двѣ равныхъ части единаго политическаго органа. Тамъ парламентъ и корона пользуются одинаковымъ престижемъ, опираясь на одинаково сильные въ странѣ элементы. Парламентъ, который долгое время былъ представительствомъ аристократическаго элемента, въ настоящее время, послѣ избирательной реформы 1884 года, является въ палатѣ общинъ представительствомъ демократическихъ силъ, совершенно дисциплинированныхъ и воспитанныхъ, и въ палатѣ лордовъ

---

[1]) Ср. *ниже* § 62.

представительствомъ остатковъ аристократическаго элемента. Что касается короны, то она не представляетъ только декоративнаго института; она покоится на весьма могущественномъ, хотя, главнымъ образомъ, моральномъ и интеллектуальномъ элементѣ. Монархическій лойялизмъ въ Англіи еще очень мощенъ; монархъ въ нѣкоторомъ родѣ воплощаетъ жизнь и величіе англійскаго отечества. Такимъ образомъ, правительство и парламентъ могутъ сотрудничать вмѣстѣ, въ счастливомъ равновѣсіи, и вести дѣла страны.

Во Франціи парламентское правительство могло установиться послѣ 1814 года, и нормально функціонировать отъ 1830 до 1848 года, потому что въ это время парламентъ и монархъ составляли двѣ почти равныя силы. Тутъ парламентъ является представительствомъ среднихъ классовъ, вѣрнѣе,—богатой буржуазіи. Революція 1830 года была произведена буржуазіей, и монархія находитъ для себя точку опоры въ буржуазномъ классѣ. Вслѣдствіе этого парламентъ и правительство пользуются идентичнымъ престижемъ, одинаковымъ авторитетомъ въ странѣ, и парламентскій режимъ, обрисовавшійся во времена Реставраціи, послѣ 1830 года достигаетъ своего полнаго развитія. Впрочемъ, это единственный періодъ, когда онъ нормально функціонировалъ во Франціи.

Второе свойство парламентскаго режима прямо вытекаетъ изъ перваго. Такъ какъ оба политическіе органы равны, то они должны въ одинаковой мѣрѣ сотрудничать во всѣхъ функціяхъ государства. Въ этомъ случаѣ совершенно нельзя говорить о раздѣленіи властей, потому что власти представляютъ различные элементы суверенитета, расчлененнаго между различными органами представительства, и потому что здѣсь суверенитетъ совершенно не расчлененъ, а остается нетронутымъ въ своемъ единствѣ, въ своей недѣлимости и осуществляется въ представительствѣ двухъ органовъ государства, дѣйствующихъ въ согласіи между собой. Старинное правило англій-

скаго права, что парламентъ *единъ* и обнимаетъ въ своемъ единствѣ корону, палату лордовъ и палату общинъ, вполнѣ точно соотвѣтствуетъ этому существенному элементу парламентскаго режима.

Но это не значитъ, что правительство и парламентъ въ одной и той же степени участвуютъ во всѣхъ функціяхъ государства. Обладая различной структурой, парламентъ и правительство по необходимости въ различной формѣ участвуютъ во функціяхъ государства. Съ другой стороны, такъ какъ функціи государства различны, такъ какъ способы ихъ исполненія осуществляются въ глубоко различающихся условіяхъ, то мѣры и степень вмѣшательства правительства и парламента должны быть различны. Слѣдовательно, если нельзя говорить о раздѣленіи властей между парламентомъ и правительствомъ, то можно говорить о распредѣленіи функцій, или, лучше, о различіи участія въ исполненіи функцій государства. Нѣкоторые примѣры сейчасъ освѣтятъ это положеніе.

Старинная формула: парламенту—законодательная власть, правительству—исполнительная, совершенно не точна при дѣйствіи парламентскаго режима. Необходимо сказать: парламенту—извѣстная мѣра участія въ законодательной власти и въ томъ, что принято называть исполнительной; правительству—извѣстная мѣра участія также въ законодательной власти и въ томъ, что принято называть исполнительной. Въ законодательствѣ парламентъ участвуетъ, иногда предлагая законъ, постоянно обсуждая и вотируя его; правительство участвуетъ въ законодательствѣ, предлагая законъ, принимая участіе въ его обсужденіи, обнародованіи и иногда и санкціи. Кромѣ того, прави-

тельство иногда участвуетъ въ законодательной функціи, формулируя подъ прямымъ контролемъ парламента общія нормы, называемыя ордонансами (*Verordnungen*) или регламентами, и притомъ въ степени, которая сильно измѣняется смотря по странамъ. Что касается парламента, то онъ участвуетъ въ исполнительной, вотируя цѣлый рядъ мѣръ, которыя, несомнѣнно, не обладаютъ законодательнымъ характеромъ, и прежде всего вотируя годовой бюджетъ. Безъ сомнѣнія, та часть бюджета, которая содержитъ установленіе новыхъ налоговъ или даже только удержаніе на годъ налоговъ, ранѣе установленныхъ, однимъ словомъ, годовое утвержденіе налоговъ, носитъ законодательный характеръ [1]); но всѣ распоряженія бюджета, устанавливающія сумму публичныхъ расходовъ и опредѣляющія кредиты, назначенные для различныхъ публичныхъ службъ, совершенно не носятъ законодательнаго характера, и между тѣмъ вотированіе ихъ входитъ въ нормальную функцію парламента, дѣйствующаго по предложенію правительства; то же самое нужно сказать относительно постановленій, регламентирующихъ бюджетъ. Кромѣ того, многія чисто административныя рѣшенія, число и характеръ которыхъ измѣняется, смотря по странамъ, могутъ быть приняты только палатами, обыкновенно по предложенію правительства, какъ, напримѣръ, разрѣшенія займовъ. Наконецъ, парламентъ косвеннымъ образомъ сотрудничаетъ во всякой правительственной дѣятельности, потому что эта дѣятельность выполняется подъ его непрерывнымъ контролемъ, подъ санкціей министерской отвѣтственности.

---

1) Ср. *выше* § 35.

Послѣднее свойство парламентскаго режима заключается во взаимодѣйствіи, оказываемомъ парламентомъ и правительствомъ другъ на друга.

Дѣйствіе правительства на парламентъ осуществляется прежде всего путемъ сообщеній, даже совѣтовъ, съ которыми правительство не только можетъ, но и должно обращаться къ парламенту. Представители правительства обязаны присутствовать во всѣхъ засѣданіяхъ парламента не только для того, чтобы отвѣчать на вопросы, но также и для того, чтобы играть активную роль и даже заставить его чувствовать направляющее вліяніе. Дѣйствіе правительства выражается еще въ правѣ, которое должно быть признано за нимъ и которое дѣйствительно признано за нимъ во всѣхъ парламентскихъ странахъ. Ему принадлежитъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ различій въ подробностяхъ объема и способа осуществленія, право созывать избирателей для производства избранія выборной части парламента, право созывать, отсрочивать, продолжать и закрывать парламентъ и, наконецъ, самое важное и наиболѣе необходимое *право распускать* выборную часть парламента и призывать избирателей въ извѣстный, опредѣленный конституціей, срокъ для новыхъ выборовъ.

Право роспуска правительствомъ, разсматриваемое извѣстной партіей, какъ пережитокъ королевскаго доспотизма, напротивъ является неизбѣжнымъ условіемъ всего парламентскаго режима и наиболѣе дѣйствительной гарантіей избирательнаго учрежденія, національнаго суверенитета противъ превышенія власти, всегда опасныхъ тираническихъ поползновеній парламента. Правительство можетъ и должно

распустить парламентъ, разъ оно убѣждено, что преслѣдуемая имъ политика не отвѣчаетъ волѣ страны; такимъ образомъ, оно совершаетъ настоящій *referendum*; оно должно созвать избирателей въ срокъ, вообще очень короткій, и подчиниться произнесенному ими приговору [1]).

Вальдекъ-Руссо очень ясно очертилъ этотъ характеръ роспуска въ рѣчи, произнесенной имъ въ Парижѣ 9-го іюня 1896 года: „Возможность роспуска,—говорилъ онъ—внесенная въ конституцію, служитъ вовсе не угрозой, но охраной для всеобщаго голосованія. Она является существеннымъ противовѣсомъ эксцессамъ парламентаризма, и именно ею утверждается демократическій характеръ нашихъ учрежденій» [2]) Это хорошо поняли англичане, творцы парламентскаго режима.

Право роспуска парламента первоначально составляло прерогативу короны: парламентъ могъ собираться только по созыву короля, и король могъ отсылать и распускать его по своему усмотрѣнію. И вотъ эта древняя прерогатива, примѣнившись къ новымъ требованіямъ, сдѣлалась средствомъ обезпеченія идейной гармоніи большинства палаты общинъ съ большинствомъ избирательнаго учрежденія.

Но это право роспуска парламента правительствомъ должно имѣть и противовѣсъ себѣ: онъ состоитъ въ непрерывномъ и общемъ контролѣ, который парламентъ имѣетъ право осуществлять надъ правительственными актами, и въ политической и солидарной отвѣтственности министровъ предъ парламентомъ. Необходимо, чтобы правительство обязано было выходить въ отставку, всякій разъ какъ парламентъ или даже часть парламента не одобритъ преслѣдуемой имъ политики. Но подобная система,

---

[1]) Ср. *выше* § 52.

[2]) Цитирована Г. Берри 21 марта 1905 года, *J. off.*, chambre, стр. 986.

необходимая для сотрудничества парламента въ правительственной дѣятельности, не согласуется съ условіями устойчивости, которой должно обладать всякое правительство. Необходимо было отыскать способъ согласованія правительственной устойчивости съ политической отвѣтственностью правительства. Англійская конституціонная практика дала рѣшеніе этой проблемы.

Она воспользовалась старымъ принципомъ англійскаго монархическаго права. Максима: «The King can do no wrong»— «король не можетъ творить зла»— является древней нормой англійскаго публичнаго права, которая, конечно, стоитъ въ связи съ характеромъ абсолютнаго короля, издревле принадлежащимъ англійскому монарху. Король не можетъ творить зла, слѣдовательно, онъ всегда остается неотвѣтственнымъ; онъ не только ускользаетъ отъ всякаго уголовнаго преслѣдованія, но его даже не достигаетъ какое бы то ни было рѣшеніе парламента, критикующее преслѣдуемую имъ политику. Такимъ образомъ его личность неприкосновенна, и онъ неотвѣтственъ. Но если король не можетъ творить зла, то онъ можетъ быть окруженъ дурными совѣтниками; эти послѣдніе вслѣдствіе того, что король не можетъ творить зла, не могутъ, съ цѣлью отвратить падающую на нихъ отвѣтственность, ссылаться на приказаніе короля, и они-то всегда и являются отвѣтственными предъ парламентомъ. Сначала они были отвѣтственны лишь индивидуально, въ спеціальномъ порядкѣ *impeachment*, обвиненія, выставляемаго палатой общинъ и разсматриваемаго палатой лордовъ; затѣмъ, къ концу XVIII вѣка, они дѣлаются отвѣтственными предъ палатой общинъ

солидарно и *политически*. Съ этихъ поръ всякій королевскій актъ долженъ совершаться при содѣйствіи министра и скрѣпляется имъ, потому что онъ одинъ является отвѣтственнымъ.

Такимъ образомъ, искомое рѣшеніе было найдено. Глава государства остается неприкосновеннымъ и неотвѣтственнымъ, поставленъ надъ партіями, составляетъ устойчивый и постоянный элементъ правительства. Извѣстные избранные имъ министры образуютъ совѣтъ, кабинетъ—по англійскому выраженію, собирающійся для совѣщаній подъ предсѣдательствомъ *перваго министра* и направляющій политику страны, подъ своей солидарной и политической отвѣтственностью предъ парламентомъ. Такимъ образомъ, кабинетъ является измѣняющимся и отвѣтственнымъ элементомъ правительства и, слѣдовательно, элементомъ дѣйствительно активнымъ. Роспускъ парламента и политическая отвѣтственность кабинета составляютъ два главныхъ средства, путемъ которыхъ осуществляется взаимодѣйствіе обоихъ органовъ другъ на друга. Кабинетъ является главною частью механизма. Онъ—представитель главы государства предъ парламентомъ и представитель парламента предъ главою государства. Въ случаѣ неодобренія со стороны парламента, онъ долженъ удалиться, если только онъ, найдя одобреніе у главы государства, не распуститъ парламента. Въ послѣднемъ случаѣ избирательное учрежденіе произноситъ свой приговоръ, предъ которымъ всѣ должны склониться. Въ концѣ-концовъ наиболѣе бросающейся чертой парламентскаго режима является солидарная и политическая отвѣтственность кабинета предъ парламентомъ, и когда его опредѣляютъ, какъ политиче-

скій режимъ, при которомъ глава государства назначаетъ министровъ, образующихъ совѣтъ кабинета, солидарно и политически отвѣтственнаго предъ парламентомъ, то такое его опредѣленіе представляется во всѣхъ своихъ частяхъ совершенно безупречнымъ.

Начиная со второй половины XVIII вѣка парламентскій режимъ достигъ въ Англіи своего полнаго развитія. Мы не будемъ писать этой исторіи, которая уже часто и вполнѣ правильно излагалась [1]). Замѣтимъ только, что въ противоположность распространенному мнѣнію, начало примѣненія парламентскаго въ собственномъ смыслѣ режима вовсе не совпадаетъ съ революціей 1688 года. Эволюція, главнымъ образомъ, состояла въ созданіи однороднаго кабинета, избираемаго королемъ, но политически и солидарно отвѣтственнаго предъ парламентомъ и руководимаго первымъ министромъ. Все это совершилось прогрессивно послѣ революціи 1688 года въ силу различныхъ причинъ: побѣды, которую парламентъ одержалъ въ 1688 году надъ королевской властью, контроля, который онъ осуществляетъ надъ правительствомъ путемъ годового вотированія налоговъ и бюджета; образованія двухъ большихъ однородныхъ партій *Wights* и *Tories*, высокой политической культуры англійской аристократіи; восшествія на престолъ иностранной династіи; первый царствовавшій король ея, Георгъ I, зная плохо англійскій языкъ, воздерживался отъ присутствія на совѣщаніяхъ своихъ министровъ, за которыми не могъ слѣдить. Только въ концѣ XVIII вѣка функція перваго министра выяснилась въ чистомъ видѣ.

Точно такъ же только въ концѣ XVIII вѣка устанавливается дѣйствительная практика солидарной и политической отвѣтственности министерства. Безъ сомнѣнія, въ теченіе XVIII

---

1) Ср. особенно Esmein, *Droit constitutionnel*, 4-е изд., 1906 г., стр. 117 и слѣд.; Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, франц. изд. 1903—1905, особенно т. II; Todd Walpole, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, франц изд. 1900, особенно т. II; Franqueville, *Les institutions d'Angleterre*, I, стр. 440.

вѣка можно найти нѣсколько примѣровъ, когда министры выходили въ отставку индивидуально, вслѣдствіе вотума палаты общинъ. Но до конца XVIII вѣка считалось, что палата общинъ совершенно не можетъ ни обязывать короля къ отставкѣ своихъ министровъ, ни предписывать ему избранія тѣхъ или другихъ министровъ, и что она не имѣетъ иного законнаго средства противъ нихъ, кромѣ процедуры *impeachment*. Въ 1741 году Робертъ Вальполь для своей защиты предъ палатой депутатовъ ссылался именно на это правило. Былъ предложенъ адресъ, приглашающій короля уволить его. Онъ заявилъ: «что адресъ королю, приглашающій уволить одного изъ его слугъ, безъ указанія какого-либо особаго съ его стороны преступленія, является однимъ изъ величайшихъ присвоеній прерогативъ короны, какія когда-либо были совершены».

Между тѣмъ политическая и солидарная отвѣтственность кабинета вскорѣ должна была стать обязательной и Робертъ Вальполь не остался этому чуждъ. Дѣйствительно, Тоддъ [1]) говоритъ: «Карьера этого государственнаго человѣка замѣчательна тѣмъ, что онъ представляетъ въ своемъ лицѣ первый примѣръ возвышенія до ранга перваго министра короны и слѣдующей затѣмъ потери этой функціи не вслѣдствіе личной воли суверена, а подъ вліяніемъ господствующей въ палатѣ общинъ партіи». Наконецъ первымъ министерствомъ, въ полномъ составѣ, павшимъ вслѣдствіе вотума палаты общинъ, является министерство лорда Норта въ 1782 году. Его паденіе было результатомъ двухъ предложеній порицанія и недовѣрія, послѣдовательно внесенныхъ въ палату общинъ. «Прямой вотумъ недовѣрія,—говоритъ Тоддъ[2]),—былъ отвергнутъ лишь большинствомъ девяти голосовъ; подобное же предложеніе намѣревались внести снова, и отставка министерства казалась неизбѣжной. Вслѣдствіе этого, 20 марта 1782 года, лорду Норту было поручено увѣдомить палату, что его министерство намѣрено закончить свою дѣятельность. За исключеніемъ лорда Тирлома, оставшагося *канцлеромъ короля*, все министерство въ полномъ составѣ было обновлено».—Парламентскій режимъ былъ заложенъ.

---

[1]) Франц. изд. I, стр. 416.

[2]) Цитир. соч. I, стр. 417.

Франція пользовалась истиннымъ парламентскимъ режимомъ лишь во время царствованія Луи-Филиппа, отъ 1830 до 1848 года. Конституція 1791 года, основанная на раздѣленіи властей, которое авторы ея стремились провести насколько возможно строже, не могла установить во Франціи парламентскаго режима. Ст. 1 раздѣла IV главы 1 титула III предоставляетъ *только* королю выборъ и отозваніе министровъ; и ст. 5 того же раздѣла говоритъ только объ уголовной отвѣтственности министровъ. Безспорно, законъ о министерствѣ отъ 27 апрѣля — 29 мая 1791 года содержитъ статью 28 такого содержанія: «Законодательное учрежденіе можетъ представлять королю по поводу поведенія министровъ такія заявленія, какія оно считаетъ удобными, и можетъ даже заявить ему, что они потеряли довѣріе націи». Но это постановленіе, помимо того, что оно не обладало конституціоннымъ характеромъ, совершенно не налагало, по мысли собранія, на короля легальнаго обязательства уволить своихъ министровъ, согласно вотуму законодательнаго учрежденія. Это доказывается тѣмъ обстоятельствомъ, что 14 августа 1791 года въ то время, когда Учредительное Собраніе было призвано окончательно вотировать конституціонныя статьи, относящіяся къ министрамъ, на вопросъ депутата Сенъ-Мартена, приняла ли ревизіонная комиссія къ разсмотрѣнію предложеніе, внесенное наканунѣ и гласящее, что «законодательное учрежденіе можетъ заявить королю, что его министры потеряли довѣріе націи», Туре, докладчикъ комиссіи, отвѣтилъ: «Намъ казалось, что это постановленіе не заслуживаетъ внесенія въ конституціонный актъ, ибо согласно выраженіямъ декрета, король можетъ оставить министровъ, несмотря на заявленіе законодательнаго собранія; поэтому мы не считаемъ достойнымъ конституціи вносить въ нее такого рода постановленія, которыя не приводятъ ни къ какому исполненію». Послѣ этого отвѣта предложеніе было снято, и перешли къ дальнѣйшимъ дѣламъ [1]).

Правительство, установленное въ 1814 году, представляло собой *ограниченную*, но отнюдь не *парламентскую* монархію. Справедливо лишь то, что силою вещей эта ограниченная

---

[1]) *Archives parl.*, 1 серія, XXIX, стр. 434.

монархія, прогрессируя, преобразовалась въ парламентскую монархію. Безъ сомнѣнія, ст. 54 хартіи постановляетъ, «что министры могутъ быть членами палаты пэровъ или палаты депутатовъ, что они имѣютъ доступъ въ ту и другую палату и что они должны быть выслушаны, всякій разъ какъ потребуютъ этого», а по ст. 50: «король созываетъ каждый годъ обѣ палаты, продолжаетъ и можетъ распускать палату депутатовъ отъ департаментовъ». Въ этомъ есть нѣкоторыя черты парламентскаго режима. Но хартія устанавливаетъ лишь уголовную отвѣтственность министровъ; она не содержитъ ни малѣйшаго намека на политическую и солидарную отвѣтственность министровъ. Въ статьяхъ 55 и 56 мы читаемъ: «Палата депутатовъ имѣетъ право обвинить министровъ и передать ихъ палатѣ пэровъ, которая одна только имѣетъ право ихъ судить. Они могутъ быть обвиняемы лишь по дѣламъ измѣны или лихоимства»... Конечно, Людовику XVIII и редакторамъ хартіи никогда не приходило въ голову установить такое парламентское правительство, какимъ мы опредѣлили его, они лишь стремились возстановить монархическую власть, ограничивъ ее нѣкоторыми уступками. Но какъ всегда, обстоятельства оказались сильнѣе людей, и въ рамкахъ, очерченныхъ хартіей 1814 года, подъ дѣйствіемъ событій, сталъ организовываться настоящій парламентскій режимъ.

Внѣшними вліяніями, содѣйствовавшими такому преобразованію, были прежде всего англійское вліяніе, значеніе котораго часто преувеличиваютъ, но на которое, конечно, необходимо обратить вниманіе, и, во-вторыхъ, отголоски извѣстныхъ политическихъ писаній, и въ особенности произведеній Бенжамена Констана и Шатобріана. Въ своихъ *Réflexions sur la constitution et la distrabution des pouvoirs* (1814 г.) Бенжаменъ Констанъ доказываетъ неприкосновенность короля и отвѣтственность министровъ, право роспуска и право санкціи, отвѣтственность министровъ, которая должна простираться даже на дѣянія неуголовныя, но которая должна быть подсудна лишь палатѣ пэровъ, по сообщенію палаты депутатовъ [1]). Политической книгой, привлекавшей наибольшее

---

[1]) Ср. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle contenant les divers écrits politiques publiés de 1817 à 1820.*

вниманіе было знаменитое сочиненіе Шатобріана, *La Monarschie selon la Charte*, появившееся въ 1816 году, въ моментъ роспуска *ненаходимой палаты*. Авторъ очерчиваетъ въ немъ рукою знатока настоящія правила парламентскаго режима. Въ немъ мы читаемъ: «Если оставить безъ возраженій ту громкую фразу, что министры должны отдавать отчетъ въ своей административной дѣятельности лишь королю, то скоро будутъ разумѣть подъ администраціей все, что захотятъ; неспособные министры смогутъ погубить Францію, и палаты, сдѣлавшись ихъ рабами, впадутъ въ униженіе. Впрочемъ, палаты никогда не станутъ мѣшаться въ администрацію, никогда не будутъ заявлять безпокойныхъ запросовъ, если министры таковы, каковыми они должны быть, т.-е. хозяева палатъ по *существу* и слуги ихъ по формѣ. Какое средство ведетъ къ этому счастливому результату? Средство самое простое: министерство должно располагать большинствомъ и итти вмѣстѣ съ нимъ; безъ этого нѣтъ вовсе правительства» [1]).

Вступленіе министерства Мартиньяка 4 января 1828 года знаменуетъ моментъ, когда парламентскій режимъ дѣйствительно сдѣлался реальностью. Послѣ роспуска палаты, совершоннаго 5 ноября 1827 года, избиратели 17 и 24 ноября послали въ палату большинство, оппозиціонное министерству Виллеля, который совершилъ роспускъ. Король X, правда, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, составляетъ съ Мартиньякомъ, сообща, однородное министерство, всецѣло взятое изъ праваго центра, либеральной монархической партіи. Такимъ образомъ, онъ, безъ сомнѣнія, съ сожалѣніемъ, но дѣйствительно сообразовался съ правилами парламентскаго режима. Извѣстно, что министерство Мартиньяка вынуждено было удалиться 8 августа 1829 года, послѣ неудачи съ проектомъ закона относительно выборовъ въ мѣстные административные совѣты. «Фактически подъ дѣйствіемъ этого министерства парламентскій режимъ получилъ свое конечное выраженіе [2]).

---

1) 1-я часть, гл. XV, *Oeuvres complètes*, Paris, 1827 г., XXV, стр. 37 и 38.

2) Bonnefon, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, стр. 272.

Правила парламентскаго режима требовали, чтобы Карлъ X выбралъ новое министерство среди большинства палаты. Подъ давленіемъ приближенныхъ, король назначилъ министерство, цѣликомъ принадлежащее къ крайней правой съ принцемъ Полиньякомъ во главѣ. Несомнѣнно, онъ не нарушилъ буквы хартіи, которая представляла ему абсолютное право избирать своихъ министровъ; но онъ пошелъ прямо противъ практики парламентскаго режима. Это дало либеральной партіи поводъ изложить вѣрную теорію парламентскаго правительства. Особенное вниманіе обратила статья, опубликованная Тьеромъ въ первомъ нумерѣ *National* [1]. «Король царствуетъ,—говоритъ онъ въ ней,—а страна управляется,—вотъ хартія. Король не администрируетъ, не управляетъ, онъ царствуетъ. Царствовать есть нѣчто очень возвышенное, очень трудное для пониманія нѣкоторыхъ князей, но чудесно понимаемое англійскими королями». И онъ заканчиваетъ такъ: «Король царствуетъ, министры управляютъ, палаты обсуждаютъ. Какъ только начинается дурное управленіе, король или палаты низвергаютъ дурно управляющее министерство, и палаты предлагаютъ свое большинство, какъ списокъ кандидатовъ». Это была чистая теорія парламентскаго режима.

Революція 1830 года, произведенная либеральной партіей, могла установить только парламентское правительство. И дѣйствительно, несмотря на нѣкоторыя попытки короля Луи-Филиппа, стремившагося оказывать личное воздѣйствіе на правительство, періодъ отъ 1830 до 1848 года былъ классическимъ періодомъ парламентской монархіи во Франціи. Причиной революціи 1848 года была отнюдь не оппозиція большинства палаты королевской политикѣ. Гизо, въ теченіе своего долгаго министерства (1840—1848 гг.), всегда имѣлъ сильное и вѣрное большинство, отвергавшее всѣ предложенія, направленныя къ расширенію избирательнаго права. Революція 1830 года была произведена во имя парламентскаго режима, правила котораго были нарушены королемъ Карломъ X, и имѣла своимъ результатомъ установленіе парламентской монархіи. Революція 1848 года была произведена

---

[1]) Основанъ 9 января 1830 года.

противъ парламентской монархіи, во имя народнаго голосованія и повела къ исчезновенію парламентскаго режима и установленію всеобщаго голосованія [1]).

Имѣли ли намѣреніе авторы конституціи 1848 года ввести парламентскую республику? Принимая во вниманіе тексты самой конституціи, въ этомъ можно сомнѣваться. Съ одной стороны, конституція въ одной и той же статьѣ регламентируетъ отвѣтственность президента республики и министровъ (ст. 68); но въ конституціи ничего не говорится о политической отвѣтственности министровъ. Съ другой стороны, предусматривается, что министры имѣютъ доступъ въ присутствіе собранія, что они тамъ выслушиваются всякій разъ, какъ того потребуютъ (ст. 69), и что акты президента республики, кромѣ тѣхъ, которыми онъ назначаетъ и отзываетъ министровъ, имѣютъ силу лишь если они скрѣплены министромъ (ст. 67),—все постановленія, повидимому, налагающія политическую отвѣтственность на министровъ. Но конституція 1848 года совершенно не предоставляетъ президенту республики право распускать собраніе, право, которое составляетъ необходимый коррелатъ политической отвѣтственности министровъ. Короче, конституція была выработана плохая. Внушенная въ особенности ложнымъ принципомъ раздѣленія властей, она установила систему, которая казалась парламентскимъ режимомъ, не будучи ею; она создала неизбѣжные конфликты между палатой и президентомъ, не организовавъ законныхъ способовъ для ихъ разрѣшенія, и такимъ образомъ подготовила государственный переворотъ.

Продуктъ либеральной эволюціи, начавшейся въ 1860 году, сенатусконсультъ отъ 21 мая 1870 года, направленный на удовлетвореніе требованій либеральной партіи, организуетъ безспорно парламентскую имперію, хотя въ немъ отсутствуетъ выраженіе политической отвѣтственности. Но тѣ условія, при

---

1) Ср. Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire*, большой неоконченный трудъ; Thureau-Dangin, *Histoire de la monarschie de juillet*, 1884—1892; Barthélemy, *Introduction du regime parlementaire en France*, 1904; Bonnefon, *Le regime parlementaire sous la Restauration*, 1905; Michon, *Le ouvernement parlementaire sous la Restauration*, 1905.

которыхъ состоялся сенатусконсультъ, не могутъ оставлять сомнѣнія; и въ статьяхъ 19 и 20 мы читаемъ: «Императоръ назначаетъ и отзываетъ министровъ. Министры совѣщаются въ совѣтѣ подъ предсѣдательствомъ императора. *Они отвѣтственны.* Министры могутъ быть членами сената и законодательнаго учрежденія. Они имѣютъ доступъ въ то и другое собраніе и должны быть выслушаны, всякій разъ какъ того потребуютъ». Изъ плебисцитарнаго режима осталось лишь уже разъясненное постановленіе ст. 13 [1]).

62. Парламентскій режимъ и конституція 1875 года.— Большинство національнаго собранія въ 1875 году, не имѣя возможности создать парламентскую монархію, стремилось создать республику по этому образцу. Ни въ одной изъ французскихъ конституцій правила парламентскаго режима не были формулированы столь чисто, хотя и въ слишкомъ сжатой формѣ, какъ въ законахъ 1875 года. Они проникнуты основной идеей парламентскаго режима: равенство и равновѣсіе высшихъ органовъ государства парламента и правительства, взаимодѣйствіе этихъ органовъ между собой. Умудренные примѣромъ 1848 года, авторы конституціи 1875 года не пожелали, чтобы президентъ былъ слишкомъ силенъ, и постановили избирать его уже не всеобщимъ прямымъ голосованіемъ, а конгрессомъ, образованнымъ обѣими палатами [2]). Но президентъ 1875 года тѣмъ не менѣе является истиннымъ представителемъ [3]); онъ обладаетъ правомъ иниціативы и правомъ суспензивнаго *veto* въ законодательныхъ дѣлахъ [4]);

---

[1]) Ср. Berton, *L'évoluition constitutionnelle du second empire*, 1900 г.

[2]) Законъ 25 февраля 1875 года, ст. 2.

[3]) Ср. *выше* § 59.

[4]) Законъ 25 февраля 1875 г., ст. 3, § 1 и зак. 16 іюля 1875 г., ст. 7, § 2.

онъ имѣетъ право при содѣйствіи сената распускать палату депутатовъ. Парламентъ лишенъ постояннаго характера и, кромѣ его права собираться каждый годъ въ обычную пятимѣсячную сессію, президенту республики принадлежитъ созывъ, отсрочка засѣданій палатъ и объявленіе закрытія ихъ сессіи. Наконецъ принципъ политической и солидарной отвѣтственности министровъ передъ палатами и принципъ политической неотвѣтственности главы государства особо освящены статьей 6 закона 25 февраля 1875 года. Это даже первый французскій конституціонный текстъ, который ясно говоритъ о *политической* и *солидарной* отвѣтственности министровъ.

И однако, несмотря на эти столь ясныя постановленія, Франція, несомнѣнно, не осуществляетъ парламентской системы. Политическій перевѣсъ принадлежитъ исключительно парламенту, а въ парламентѣ—палатѣ депутатовъ. Президентъ республики фактически не разсматривается болѣе, какъ органъ представляющій національную волю, равный парламенту, но лишь какъ простой исполнительный агентъ, простой служитель парламента. Право роспуска, право *veto* стали мертвой буквой, и съ 1877 года ни одинъ президентъ не рѣшался заговорить объ осуществленіи этихъ правъ. Наконецъ правило политической безотвѣтственности главы государства часто нарушалось, ибо изъ шести смѣнившихся у власти послѣ 1875 года президентовъ три, маршалъ Макъ-Магонъ, Греви и Казиміръ-Перье, вынуждены были удалиться до истеченія законнаго срока ихъ мандата. Такимъ образомъ, конституція 1875 года, не будучи явно

---

1) Законы 25 февраля 1875 года, ст. 5.

нарушенной, стала неузнаваемой: она устанавливала парламентскій режимъ, мы же живемъ подъ нѣкотораго рода олигархическимъ режимомъ, гдѣ вся власть принадлежитъ группѣ политиковъ, не представляющихъ даже численнаго большинства избирательнаго корпуса [1]).

Каковы причины такого положенія вещей? Онѣ многочисленны и разнообразны. По мнѣнію многихъ выдающихся умовъ, парламентскій режимъ самъ по себѣ и по своей природѣ несовмѣстимъ съ демократіей. Рожденная въ аристократической Англіи, эта столь остроумная и столь ученая система предполагаетъ слишкомъ ограниченное избирательное учрежденіе, съ сильно организованными партіями, дѣйствующими въ странѣ, подготовляющими выборы, вновь встрѣчающимися въ парламентѣ и поочередно смѣняющимися у власти, смотря по тому, получитъ ли та или другая изъ нихъ большинство на общихъ выборахъ. Во Франціи, во время Реставраціи и іюльскаго правительства парламентскій режимъ съ наслѣдственнымъ главой государства и ограниченнымъ избирательнымъ учрежденіемъ могъ функціонировать при относительно нормальныхъ условіяхъ. Но это, говорятъ, невозможно при всеобщемъ голосованіи; организація партій среди демократіи есть мечта; съ другой стороны—собраніе, избранное всеобщимъ голосованіемъ, всегда будетъ считать себя всемогущимъ и фатально будетъ стремиться къ уничтоженію иныхъ властей.

Въ этомъ замѣчаніи содержится, конечно, большая доля истины; тѣмъ не менѣе оно не представляется намъ убѣдительнымъ. Всеобщее голосованіе въ томъ видѣ, какъ оно дѣйствительно практикуется во Франціи, не имѣетъ за собой ни воспитанія ни организаціи; но вовсе не установлено, что оно не можетъ стать такимъ. Въ § 57 было указано, что идеи пропорціональнаго и профессіональнаго представительства сдѣлали за послѣднее время большіе успѣхи; и ничто не доказываетъ, чтобы парламентъ не могъ быть, при замѣнѣ органическимъ представительствомъ группъ и партій диффу

---

[1]) Ср. § 57.

зіоннаго представительства индивидовъ, органомъ нормально функціонирующаго парламентскаго режима.

Но парламентскій режимъ можетъ существовать, лишь если на ряду съ парламентомъ, вышедшимъ изъ организованаго всеобщаго голосованія, существуетъ глава государства, олицетворенный въ видѣ правительства и истинно сильный, ибо онъ представляетъ реальную соціальную силу. Но этого вовсе нѣтъ у президента конституціи 1875 года. Его власть въ своемъ основаніи не имѣетъ никакого соціальнаго элемента, способнаго обезпечить ему политическій авторитетъ. Избранный палатами, онъ волей-неволей фактически является лишь служителемъ парламента. Напрасно будутъ говоритъ, что юридически онъ глава государства, представляющій національную волю, участвующій во всѣхъ функціяхъ государства, воздѣйствующій на парламентъ. Это не болѣе какъ фикція: фактически онъ не имѣетъ власти. Избранный палатами, президентъ республики, какова бы ни была его добрая воля, какова бы ни была его энергія, находится въ неизбѣжной зависимости отъ палатъ и въ абсолютной невозможности направлять противъ нихъ полномочія, которыми надѣлила его конституція; и всегда можетъ наступить моментъ, когда парламентъ окажется въ силахъ сдѣлать непрочнымъ положеніе главы государства. Въ статьѣ, появившейся въ «*Figaro*» 16 февраля 1895 года, Валлонъ, справедливо названный «отцомъ конституціи 1875 года», на статью Мельхіора-де-Вогюе, появившуюся въ томъ же журналѣ, отвѣчалъ такимъ образомъ: «Это мнимое безсиліе президента республики отнюдь не есть конституціонная истина; президентъ обладаетъ властью созывать и отсрочивать засѣданія парламента, распускать палату депутатовъ, осуществлять настоящее суспензивное *veto*. Слѣдовательно, нѣтъ повода къ пересмотру конституціи: достаточно, чтобы президентъ возымѣлъ, наконецъ, волю осуществлять конституцію по ея духу такъ же, какъ и въ ея буквѣ». Валлонъ ошибался. Президентъ напрасно будетъ желать осуществить предоставленныя ему конституціей прерогативы, онъ матеріально не располагаетъ для этого властью. Его безсиліе, безъ сомнѣнія, не является «конституціонной истиной»; но оно есть фактическая истина. Это безсиліе президента республики было признано высокой особой, занимавшій удобный постъ, чтобы

познать истину въ этомъ отношеніи, Казимиромъ Перье, занимавшимъ президентское кресло съ іюня 1894 до января 1895 года. Въ письмѣ, адресованномъ въ газету *Le Temps* и опубликованномъ въ нумерѣ отъ 12 февраля 1905 года, Казимиръ Перье писалъ: «На первый взглядъ кажется, что конституція 1875 года надѣляетъ главу государства почти всѣми полномочіями, какія предоставляла ему конституція 1848 года. Какое заблужденіе! Президентъ 1848 года былъ всесиленъ. Тотъ президентъ, котораго пожелало національное собраніе, приведенъ къ безсилію... Изъ всѣхъ полномочій, повидимому, предоставленныхъ ему, президентъ республики можетъ свободно и самостоятельно осуществлять лишь одно: это предсѣдательство на національныхъ торжествахъ».

Нѣтъ ли средства излѣчить это безсиліе президента республики, не прибѣгая, однако, къ избранію его, какъ въ 1848 году, прямымъ и всеобщимъ голосованіемъ, ибо тогда лѣкарство было бы хуже болѣзни, такъ какъ избраніе главы государства всеобщимъ голосованіемъ является открытой дверью для цезаризма? Нѣкоторые выдающіеся умы считаютъ, что парламентскій режимъ могъ бы функціонировать нормально, если бы была расширена избирательная коллегія, назначающая президента, если бы, напримѣръ, президентскіе выборы были предоставлены или всѣмъ генеральнымъ совѣтникамъ или извѣстному числу делегатовъ отъ генеральныхъ совѣтовъ [1]). Мы думаемъ, президентъ республики, будучи избранъ болѣе обширнымъ избирательнымъ учрежденіемъ, дѣйствительно могъ бы легче осуществлять предоставленныя ему конституціей прерогативы и, слѣдовательно, играть подлѣ парламента роль руководителя, принадлежащую ему при истинномъ парламентскомъ режимѣ. Опытъ слѣдовало бы произвести.

Однако Моро, въ своей книгѣ [2]), считаетъ, что избраніе президента республики палатами, по системѣ 1875 года, является идеаломъ; въ подтвержденіе этого онъ приводитъ,

---

[1]) См. въ этомъ смыслѣ Paul Lafitte, *Le suffrage universel et le régime parlementaire*, 1888 г., стр. 131.

[2]) *Pour le régime parlementaire*, 1903, стр. 117.

главнымъ образомъ, теоретическіе доводы. Отвѣчая на то возраженіе, что президентъ республики, избранный палатами, не обладаетъ авторитетомъ въ ихъ глазахъ, онъ заявляетъ, что «это прискорбное и ребяческое возраженіе, что оно налагаетъ фатальное подчиненіе избраннаго избирателю, что теорія не обязываетъ къ выводу, хотя бы часто оправдываемому фактами...» Вполнѣ возможно; но достаточно того, что этотъ выводъ оправдывается фактами, чтобы попытаться устранить его, измѣнивъ способъ избранія главы государства. Моро нѣсколько разъ повторяетъ, что институты хороши, но что если парламентскій режимъ извращенъ, то это зависитъ отъ слабости и трусливости смѣнявшихся у власти президентовъ. Возможно также и это; но это доказываетъ именно, что институты плохи, потому что вотъ уже тридцать одинъ годъ они даютъ намъ только безсильныхъ и трусливыхъ президентовъ. Развѣ политическіе институты устанавливаются не для того, чтобы защищать людей отъ ихъ собственной слабости и управляемыхъ отъ слабости правителей?

Дастъ ли навѣрно расширеніе избирательнаго учрежденія, избирающаго президента республики, этому органу власть, которая должна принадлежать ему, чтобы осуществлялся истинный парламентскій режимъ? Было бы опасно утверждать это. Мы даже спросимъ себя, можетъ ли, при нашемъ современномъ соціальномъ строѣ, президентъ республики быть когда-нибудь чѣмъ-либо инымъ, кромѣ символа, декоративнаго института, нравящагося французскому народу, продолжающему любить монархическія помпы? Двѣ великихъ силы современной демократіи составляютъ численность и профессіональныя группировки. Эти силы необходимо организовать такъ, чтобы онѣ взаимно уравновѣшивались. Только такимъ образомъ можно дать странѣ положительную конституцію, гармонирующую съ ея соціальнымъ строемъ [1]).

---

1) Ср., кромѣ уже указаннаго сочиненія Moreau, *Pour le régime parlementaire*, 1903 г.; Micelli, *Revue du droit public*, 1895 г., II, стр. 41; Bloch, *Le régime parlementaire en France sous la troisième République*, thèse Paris, 1905 г.— Ср. Duguit, *L'Etat, les gouvernants*, 1903 г., стр. 324 и слѣд.

C. Агенты государства [1]).

63. Различіе агентовъ-чиновниковъ и агентовъ-служащихъ.—Подъ агентами мы разумѣемъ всѣхъ индивидовъ и всѣ группы индивидовъ, которые сотрудничаютъ въ дѣлѣ осуществленія государственной дѣятельности, не обладая характеромъ представителей. Эти послѣдніе выражаютъ самую волю государства. Агенты не представляютъ государства; они не выражаютъ его воли; они выражаютъ свою собственную волю; но эта воля, выраженная въ границахъ и формахъ, установленныхъ закономъ, производитъ извѣстные публично-правовые эффекты. Агенты совершаютъ юридическіе акты власти или управленія, но часто также они совершаютъ только матеріальныя операціи. Эти матеріальныя операція также должны согласоваться съ закономъ, иначе онѣ могутъ влечь за собой отвѣтственность государства, для котораго онѣ совершены, или агента, которымъ онѣ совершены.

Число агентовъ современнаго государства значительно. Согласно офиціальной общей статистикѣ профессій, сдѣланной по переписи 1901 года [2]), число агентовъ, кромѣ армейскихъ, вознаграждаемыхъ изъ государственнаго бюджета, въ департаментахъ и общинахъ равняется 747.000 человѣкъ. Въ 1896 году оно обнимало всего лишь 650.000 человѣкъ. Слѣдовательно, оно увеличилось на 82.000 человѣкъ въ пять лѣтъ или на 16.000 человѣкъ въ годъ. Это приращеніе вовсе не характерно для Франціи. Въ меньшей, безъ сомнѣнія,

---

[1]) Недостатокъ мѣста вынудилъ насъ сжато изложить эту часть общей теоріи государства. Впрочемъ, она возбуждаетъ вопросы, большинство которыхъ вообще изучается въ трудахъ по административному праву.

[2]) *J. off.* 8 января 1906 года.

степени оно встрѣчается во всѣхъ современныхъ странахъ. Оно является въ дѣйствительности необходимымъ слѣдствіемъ непрерывнаго возрастанія функцій государства, миссій, которыя разсматриваются, какъ обязательно лежащія на государствѣ.

Надъ этимъ значительнымъ количествомъ публичныхъ агентовъ стоитъ внимательно остановиться. Обладаютъ ли всѣ эти агенты характеромъ *чиновниковъ* въ собственномъ смыслѣ? Или, наоборотъ, не является ли необходимымъ установить различіе между двумя большими категоріями агентовъ, изъ которыхъ одни считались бы чиновниками, а другіе— простыми служащими, различіе между агентами-чиновниками и агентами-служащими? Всѣ признаютъ, что между многочисленными публичными агентами существуетъ различіе; но относительно принципа этого различія и связанныхъ съ нимъ выводовъ царитъ полнѣйшее разногласіе.

По нашему мнѣнію, много важныхъ соображеній говоритъ за проведеніе различія между агентами-служащими и агентами-чиновниками; и въ настоящее время тѣмъ болѣе важно оцѣнить истинное значеніе этого различія, что множество чиновниковъ подъ покровомъ ложной доктрины требуютъ правъ, которыя, несомнѣнно, имъ не принадлежатъ, именно права синдиката и права стачки, и подвергаютъ, такимъ образомъ, опасности отправленіе публичныхъ службъ и самую власть государства.

Прежде всего, различеніе чиновника и служащаго вызываетъ интересъ въ виду статей 31 и 35 закона о печати 29 іюля 1881 года, которыя за диффамацію въ отношеніи чиновниковъ опредѣляютъ спеціальное наказаніе, устанавливаютъ компетенцію ассизнаго суда и допускаютъ доказа-

тельство дѣянія диффамаціи [1]). Ст. 224 уголовнаго кодекса, которая караетъ тюремнымъ заключеніемъ и штрафомъ за оскорбленіе, нанесенное словами, жестами или угрозами всякому министерскому чиновнику или агенту, носителю публичной силы, и всякому гражданину, *облеченному отправленіемъ* публичной службы, при исполненіи или по случаю исполненія его функцій, не примѣняется, конечно, къ оскорбленію, нанесенному агентамъ, являющимся просто служащими. Эта статья не примѣняется, конечно, даже ко всѣмъ чиновникамъ и примѣняется къ гражданамъ, вовсе не состоящимъ чиновниками. Помѣщенная подъ рубрикой: *Оскорбленія и насилія, причиненныя носителямъ власти и публичной силы*, она примѣняется лишь тогда, если оскорбленіе гражданина составляетъ въ то же время проступокъ противъ государственной власти [2]).

Но главный и особенно современный интересъ вызываетъ право синдиката и право стачекъ. Агенты чиновники, безъ сомнѣнія, не могутъ соединяться въ синдикаты и объявлять стачки. Напротивъ, нѣтъ основанія отказывать въ правахъ синдиката и стачки простымъ служащимъ государства [3]).

Наконецъ всѣ споры, возникающіе между государствомъ и его чиновниками, относятся къ компетенціи административныхъ судовъ; наоборотъ, процессы между государствомъ и его служащими относятся къ компетенціи судебныхъ учрежденій [4]).

Аргументъ *a contrario* можно извлечь изъ закона 21 марта 1905 года, возлагающаго на обыкновенные суды произнесе-

---

[1]) Практику по этому тексту, ср. Dalloz, *Suppl.*, и Garçon, *Code pénal annoté*, стр. 563, n. 527.

[2]) *Такъ* Garraud, *Droit pénal*, 2-е изд., IV, стр. 239 и постановленіе касс. суда, угол. палаты, дѣло телефонистокъ Belloche 18 февраля 1905 года, *Revue du droit public*, 1905 г., стр. 363.— Ср. *ниже* § 64.

[3]) Дальнѣйшее развитіе см. въ § 64.

[4]) Ср. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2 изд., I, стр. 618.

ніе приговоровъ по дѣламъ, возникающимъ между администраціей государственныхъ желѣзныхъ дорогъ и ея служащими.

Слѣдуетъ замѣтить, что постановленія законовъ 9 апрѣля 1898 года, 31 марта 1905 года и 12 апрѣля 1906 года, о несчастныхъ случаяхъ, примѣняютъ къ агентамъ государства безъ различія чиновниковъ и служащихъ, за исключеніемъ рабочихъ флота и арміи, исключенныхъ статьей 32 закона 1898 года [1]).

Что касается критерія различенія чиновниковъ и служащихъ, то мы полагаемъ, что его нельзя опредѣлить постояннымъ, неизмѣннымъ способомъ; онъ всегда эволюціонируетъ и дѣло юриспруденціи, правительства и юриста примѣнять его, въ зависимости отъ существующаго въ странѣ положенія вещей, отъ господствующихъ въ разсматриваемый моментъ экономическихъ представленій. Онъ находится въ связи съ понятіемъ объ извѣстномъ числѣ миссій, разсматриваемыхъ, какъ юридически обязательныя въ данной моментъ для государства, и съ понятіемъ о государственной службѣ, которое изъ него вытекаетъ.

Въ государственной службѣ соединяются три слѣдующихъ элемента: миссія, разсматриваемая, какъ обязательная въ данный моментъ для государства; извѣстное число агентовъ, дисциплинированныхъ или стоящихъ въ іерархическомъ порядкѣ, поставленныхъ для исполненія этой миссіи; и, наконецъ, извѣстное количество богатства, опредѣленное на осуществленіе этой миссіи. Отсюда видно, что понятіе о чиновникѣ тѣсно связано съ понятіемъ о государственной службѣ. Чиновниками являются агенты, стоящіе въ іерархическомъ порядкѣ или дисциплинированные (мы хо-

---

[1]) Ср. Cons. d'Etat, 18 нояб. 1904 г., *Rec.*, стр. 721; Pic, *Législation industrielle*, 2-е изд., 1905 г., стр. 791.

тимъ сказать подчиненные правиламъ іерархіи или спеціальной дисциплины), которые нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ связаны съ функціонированіемъ государственной службы, и отсюда именно и происходитъ ихъ наименованіе чиновниками *(fonctionnaires)*. Другое опредѣленіе тожественно съ предыдущимъ. Чиновниками въ собственномъ смыслѣ являются агенты, которые нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ сообща трудятся надъ выполненіемъ миссіи, разсматриваемой, какъ обязательная въ данный моментъ для государства; но то, благодаря чему извѣстная, подлежащая исполненію миссія можетъ служить основой государственной службы, именно и состоитъ въ признаніи ея въ данный моментъ обязательной для государства.

Этотъ критерій, мы охотно признаемъ, это позволяетъ намъ установить лишь совершенно эволюціонное различіе; но этотъ эволюціонный характеръ и даетъ намъ основаніе считать его правильнымъ. Намъ представляется логичнымъ, что обстоятельствомъ, отличающимъ даннаго агента отъ простого наемника, какую бы работу онъ ни исполнялъ, является именно то, что онъ содѣйствуетъ выполненію миссіи, которая въ данный моментъ разсматривается настолько важной для коллективности, что для государства возникаетъ юридическое *обязательство* обезпечить осуществленіе этой миссіи. Нельзя говорить, что этотъ критерій недопустимъ, на томъ основаніи, что совершенно не условились и никогда не условятся относительно пониманія обязательствъ, которыя налагаются на государство, и потому что, съ другой стороны, неизвѣстно, существуютъ ли какія-либо миссіи, которыя обяза-

тельно лежатъ на государствѣ. Возраженіе не представляется серьезнымъ. Пусть юристы и экономисты до утомленія спорятъ по вопросу, каковы обязательныя функціи государства, это не помѣшаетъ существованію такихъ задачъ, которыя государство, несомнѣнно, обязано выполнять. Мы уже настаивали на этомъ пунктѣ (§ 14), и мы возвратимся къ нему въ § 93. Напримѣръ, никто не оспариваетъ, что государство юридически обязано обезпечить внутреннюю и внѣшнюю безопасность страны, создать юстицію. Внѣ сомнѣнія, что всѣ агенты, которые нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ сообща трудятся надъ выполненіемъ этихъ первоначальныхъ и обязательныхъ функцій государства, являются чиновниками, и что для нихъ не можетъ быть и вопроса о правѣ синдиката и правѣ стачки.

Въ наше время область государственнаго дѣйствія широко разрослась; стали считать входящими извѣстнымъ образомъ въ обязательную миссію государства такія вѣдомства, которыя прежде на него совершенно не возлагались. Никто, напримѣръ, въ настоящее время не рѣшится утверждать, что обученіе, общественная помощь и общественная гигіена не составляютъ обязательныхъ повинностей государства. Отсюда слѣдуетъ, что всѣ агенты, нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ сообща работающіе надъ функціонированіемъ этихъ службъ, являются истинными чиновниками. Общественное обученіе есть, прежде всего, обязательная миссія государства. Государство возлагаетъ на каждаго обязанность получить минимумъ образованія (законъ 28 марта 1882 года); слѣдовательно, оно принимаетъ на себя обязательство обезпечить для каждаго возможность безплатно пріобрѣсти этотъ минимумъ образованія, и потому всѣ агенты, участвующіе въ службѣ первоначальнаго образованія, участвуютъ въ службѣ безусловно государственной и являются, прежде всего, чинов-

никами. Несмотря на ихъ горячіе протесты, мы не колеблясь отказываемъ имъ въ правѣ стачки и правѣ синдиката, и мы всецѣло одобряемъ заявленія, сдѣланныя въ этомъ смыслѣ нѣкоторыми министрами въ палатѣ депутатовъ и въ сенатѣ.

Въ современныхъ государствахъ служба почты и телеграфа разсматривается, какъ, прежде всего, обязательная служба. Она обратилась въ международную службу. Государство, присоединяющееся къ всемірному почтовому союзу и къ различнымъ телеграфнымъ конвенціямъ, принимаетъ положительное обязательство обезпечить у себя функціонированіе этой службы. Но даже и безъ этого положительнаго обязательства, нельзя было бы оспаривать, что въ настоящее время при современныхъ экономическихъ условіяхъ служба почты и телеграфа является обязательной повинностью государства. Природа и размѣры обязанностей государства не представляются разъ навсегда установившимися, въ силу неизмѣнныхъ принциповъ, но непрестанно варьируютъ подъ могучимъ дѣйствіемъ фактовъ. Всѣ агенты и подагенты почтъ, телеграфовъ и телефоновъ, участвуя неизмѣннымъ образомъ въ исполненіи этой службы, являются чиновниками, независимо отъ того, что можно болѣе и менѣе искусно доказать совершеніе ими иногда актовъ власти; они не могутъ ни соединяться въ синдикаты ни устраивать стачекъ; и мы, не обинуясь, одобряемъ если не всѣ мотивы, то, по крайней мѣрѣ, выводы *ноты* министра торговли отъ 7 сентября 1905 года къ общей ассоціаціи подагентовъ почтъ и телеграфовъ [1]).

Наоборотъ, есть извѣстныя службы, которыя выполняетъ государство, но которыя безспорно не составляютъ публичныхъ службъ. Государство выполняетъ ихъ, либо сообразуясь съ древними обычаями, уважаемыми традиціями, либо съ цѣлью оказать поддержку художественной промышленности, въ области которой Франція пользуется міровой репутаціей, такъ что имѣется, по крайней мѣрѣ, моральный интересъ въ ея сохраненіи. Мы имѣемъ, напримѣръ, въ виду фарфоровыя издѣлія Севра, вышивныя работы Гобеленовъ и Бове. Здѣсь мы безспорно не имѣемъ публичныхъ службъ; и рабочіе Севра, Гобеленовъ и Бове, несомнѣнно, не являются чиновниками; они обладаютъ всѣми правами, принадлежа-

[1]) *Revue du droit public*, 1905 г., стр. 859.

щими рабочимъ частной индустріи, правомъ синдиката и правомъ стачки.

Но существуютъ нѣкоторые виды труда, выполненіе которыхъ государство въ настоящее время обезпечиваетъ, но относительно которыхъ будетъ справедливо, по крайней мѣрѣ, для Франціи, спросить себя, имѣемъ ли мы здѣсь дѣло съ выполненіемъ обязательной миссіи государства или нѣтъ? Наиболѣе выдающимся примѣромъ безспорно является эксплуатація желѣзныхъ дорогъ. Во многихъ европейскихъ странахъ эксплуатація желѣзныхъ дорогъ разсматривается, какъ одна изъ главныхъ миссій государства. Такъ обстоитъ дѣло, напримѣръ, уже давно въ Германіи и Бельгіи, нѣсколько лѣтъ въ Швейцаріи, одинъ годъ въ Италіи. Въ Англіи и Америкѣ сооруженіе и эксплуатація желѣзныхъ дорогъ разсматриваются, какъ дѣло исключительно частныхъ предпріятій. Во Франціи эксплуатація довѣрена частнымъ компаніямъ, и для государства, несомнѣнно, обязательной признается роль контролера и надзирателя. Но, сверхъ того, извѣстную сѣть государство эксплуатируетъ непосредственно: государственная ли это служба? Вполнѣ законно можно задать себѣ этотъ вопросъ. Мы склоняемся къ отрицательному отвѣту. Это мнѣніе подтверждается закономъ 21 марта 1905 года, который сужденіе по процессамъ, возникшимъ между государствомъ и его желѣзнодорожными служащими, поручаетъ судебнымъ трибуналамъ. Но, разумѣется, здѣсь не можетъ быть постояннаго, неизмѣннаго рѣшенія; оно мѣняется въ зависимости отъ экономической эволюціи Франціи. Уже 22 мая 1894 года палата депутатовъ вотировала порядокъ дня (вотумъ, повлекшій паденіе министерства Казимира Перье), которымъ, имѣя преимущественно въ виду служащихъ государственныхъ желѣзныхъ дорогъ, она объявила, что законъ 21 марта 1884 года примѣнимъ къ рабочимъ, служащимъ государственныхъ эксплуатацій такъ же, какъ и къ рабочимъ частныхъ индустрій. Слѣдовательно, по дѣйствующему французскому праву служащіе государственныхъ желѣзныхъ дорогъ не являются чиновниками.

Вопросъ представляетъ затрудненія въ отношеніи агентовъ государства, служащихъ въ производствахъ, гдѣ изготовляются продукты, монополизированные государствомъ, какъ, напримѣръ, производства табаку, спичекъ, пороха и селитры.

Онъ еще болѣе труденъ въ отношеніи агентовъ, служащихъ въ государственныхъ арсеналахъ. Уже давно администрація, сообразуясь съ вышеуказаннымъ порядкомъ дня, вотированнымъ палатой въ 1894 году (22 мая), дозволила синдикаты рабочихъ табачныхъ производствъ, спичечныхъ фабрикъ, рабочихъ служащахъ по сооруженію и содержанію телеграфныхъ и телефонныхъ линій, служащихъ, получившихъ по комиссіи или безъ нея, производство пороха и селитры. Въ мартѣ мѣсяцѣ 1901 года военный министръ генералъ Андре, въ циркулярѣ, обращенномъ къ директору военныхъ мастерскихъ, опредѣленно признаетъ законность синдикатовъ, образованныхъ между рабочими военныхъ мастерскихъ, а также перечисляетъ оказанныя ими услуги. Морской министръ, Пельтанъ, въ циркулярѣ отъ 25 октября 1902 года, обращенномъ къ морскимъ префектамъ и директорамъ внѣпортовыхъ учрежденій, подтверждаетъ право синдиката за гражданскимъ составомъ чиновниковъ государственныхъ службъ и приглашаетъ чиновниковъ вступить въ сношенія съ этими синдикатами.

Мы полагаемъ, что право синдиката не можетъ быть признано ни за рабочими производствъ, гдѣ изготовляются продукты, монополизированные государствомъ, ни за рабочими военныхъ мастерскихъ и морскихъ арсеналовъ. Побуждаетъ насъ къ этому всегда одно и то же основаніе: здѣсь мы имѣемъ настоящихъ чиновниковъ, потому что это—агенты, поставленные государствомъ для обезпеченія функціонированія публичныхъ службъ, и притомъ наиболѣе важныхъ публичныхъ службъ, гдѣ самое существованіе націи зависитъ отъ правильнаго функціонированія каждой изъ нихъ. Изъ этихъ службъ одна имѣетъ назначеніемъ доставлять государству финансовыя средства, безъ которыхъ невозможно обойтись, а другая — гарантировать внѣшнюю безопасность страны.

Въ результатѣ — три идеи являются безусловно связанными; и ихъ изложеніе составляетъ заключеніе этого параграфа: 1°. Публичная служба всегда имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ на агентовъ, стоящихъ въ іерархическомъ порядкѣ и дисциплинированныхъ, нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ возложены

обязанности по обезпеченію выполненія функціи, разсматриваемой въ данный моментъ, какъ обязательная для государства; 2⁰. Всѣ агенты, нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ привлеченные къ публичной функціи, являются чиновниками въ собственномъ смыслѣ; 3⁰. Чиновники не могутъ ни соединяться въ синдикаты ни объявлять стачекъ. Всѣ агенты государства, которые не обладаютъ характеромъ чиновниковъ, въ такомъ смыслѣ понимаемыхъ, представляютъ простыхъ служащихъ и могутъ какъ соединяться въ синдикаты, такъ и объявлять стачки.

Современное законодательство въ теперешнемъ его состояніи отрицаетъ за чиновниками права синдиката и стачки, и мы думаемъ, что законъ, который призналъ бы эти права за чиновниками, былъ бы печальнымъ закономъ. Дѣйствительно, на правителей возложена обязательная миссія, отъ которой они не могутъ избавиться; для выполненія ея они назначаютъ чиновниковъ; и такъ какъ эта миссія обязательна, то необходимо, чтобы назначенные чиновники не могли ни предпринимать стачекъ ни соединяться въ синдикаты.

64. Мнимое различіе между чиновниками власти и чиновниками исполненія. Только что изложенная доктрина отвергнута выдающимися юристами, какъ не имѣющая юридической цѣнности. Говорятъ, что совершенно не зачѣмъ опредѣлять понятіе чиновниковъ, которое ясно само собой, что всѣ опредѣленія, которыя стремились дать ему, недопустимы, что достаточно принять выраженіе чиновника «въ смыслѣ общеупотребительномъ и безъ ясно очерченныхъ границъ, которое придаетъ ему весь міръ, а не въ научномъ значеніи, оправданія которому нельзя найти ни въ текстахъ ни въ принципахъ права» [1]).

---

1) Berthélemy, *Droit administratif*, 4-е изд., 1906 г., стр. 46.

Установивши это, заявляютъ далѣе, что необходимо лишь различать чиновниковъ *власти* и чиновниковъ *исполненія*. Чиновники власти суть всѣ тѣ, которые участвуютъ въ осуществленіи публичной власти, а чиновники исполненія—тѣ, которые не принимаютъ участія въ осуществленіи публичной власти либо потому, что совершаютъ только матеріальныя операціи, либо потому, что совершаютъ лишь такіе юридическіе акты, которые совершенно не обладаютъ характеромъ актовъ власти. Вотъ, говорятъ, единственно возможное юридическое различіе. Чиновники исполненія связаны съ государствомъ договоромъ найма услугъ и находятся по отношенію къ государству въ положеніи частнаго работника къ своему хозяину. Слѣдовательно, логически чиновники исполненія могутъ соединяться въ синдикаты по закону 21 апрѣля 1884 года; они могутъ объявлять стачки, статьи 123—126 уголовнаго кодекса къ нимъ совершенно не примѣнимы; а съ другой стороны совершенно нельзя толковать въ ихъ пользу ст. 224 того же кодекса.

Создателемъ этой доктрины, пользующейся въ настоящее время большимъ кредитомъ, является ученый профессоръ административнаго права юридическаго факультета въ Парижѣ, нашъ другъ и товарищъ Бертелеми. Онъ излагалъ ее уже въ первомъ своемъ изданіи, опубликованномъ въ 1901 году; онъ повторяетъ ее, почти въ тѣхъ же самыхъ выраженіяхъ, въ своемъ четвертомъ изданіи, появившемся въ 1906 году, стр. 49 и слѣд. По его мнѣнію, то различіе, которое стремились установить между чиновниками и служащими, не имѣетъ юридическаго значенія... «Функціи власти и функціи исполненія, вотъ, — говоритъ онъ, — различіе, которое позволяетъ просто опредѣлить природу публичныхъ функцій... Какое различіе между служащимъ государственныхъ желѣзныхъ дорогъ и служащимъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ? Никакого... Какое различіе между инженерами (частнаго телефоннаго общества) и тѣми, которые въ настоящее время несутъ ту же службу для государства? Никакого. Какое различіе между профессоромъ лицея и профессоромъ свободнаго преподаванія? Никакого... Поэтому, — говоритъ Бертелеми,— всѣ рабочіе законы, которые не могутъ быть примѣнены къ чиновникамъ власти, примѣняются къ чиновникамъ исполненія,

которые могутъ объявлять стачки и соединяться въ синдикатъ, при условіи выполненія функцій, сходныхъ съ ремеслами, пользующимися синдикальной свободой, согласно закону 21 марта 1884 года, каковы, напримѣръ, почталіоны, рабочіе арсеналовъ, но отнюдь не преподаватели, которые не выполняютъ ремесла въ смыслѣ закона 1884 года». По этому поводу Бертелеми дѣлаетъ замѣчаніе, что уголовный кодексъ совершенно совпадаетъ съ его теоріей, потому что ст. 123 караетъ лишь коалиціи между индивидами учрежденія, охраняющаго какую-либо часть публичной власти. Нашъ ученый товарищъ забываетъ ст. 126, карающую *всѣхъ публичныхъ чиновниковъ*, безъ различія, за условленное рѣшеніе подать въ отставку, объектомъ или цѣлью котораго будетъ воспрепятствовать или остановить... *исполненіе какой бы то ни было службы* [1]).

Мы энергично отвергаемъ это различіе чиновниковъ власти и чиновниковъ исполненія и связанныя съ нимъ выгоды. Такое различіе недопустимо и логически и юридически. Дѣйствительно, мы считаемъ установленнымъ (§ 43), что между актами власти и актами исполненія существуетъ лишь слѣдующее различіе: первые односторонніе, а вторые договорные акты.

---

[1]) Ср. Berthélemy, *Les sindicats des fonctionnaires*, *Revue de Paris*, 15 февраля 1906 г., и въ такомъ же смыслѣ Bourguin, *De l'application des lois ouvrières aux ouvriers et employés de l'Etat*, 1902 г.; Nezard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901 г., особенно стр. 460 и слѣд.; *id*,, *La situation juridique des employés de l'Etat, des départements et des communes*, *Revue générale d'administration*, 1904 г., III, стр. 144 и 260. Барту въ докладѣ, сдѣланномъ отъ имени комиссіи труда (*J. off.*, *doc parl.*, палата 1903 г., экстренная сессія, стр. 67) приходитъ почти къ тѣмъ же самымъ выводамъ. Но въ своей статьѣ, *Revue de Paris*, 1 марта 1906 г., почтенный министръ общественныхъ работъ, повидимому, вводитъ нѣкоторыя оговорки въ выводы своего доклада. Ср. рѣчь Барту въ Бордо, 4 февраля 1906 г. (*Petite Gironde*, 5 февраля 1906 г.).

Устанавливать существованіе различія между агентомъ власти и агентомъ исполненія необходимо путемъ доказательства, что воля агента, совершающаго договоры, не имѣетъ той же природы, какъ и воля агента, совершающаго односторонній актъ. Но очевидно, что въ обоихъ случаяхъ воля имѣетъ одинаковую сущность, что правовой эффектъ всегда имѣетъ ту же самую причину, именно—проявленіе воли человѣческаго индивида, дѣйствующаго отъ имени государства въ границахъ, опредѣленныхъ закономъ. Слѣдовательно, различіе агентовъ исполненія и агентовъ власти не имѣетъ за собой основаній.

По правдѣ, мы удивляемся тому спокойствію, съ которымъ Бертелеми и Бургенъ пишутъ: «Нѣтъ никакого различія между рабочими, служащими частной промышленности и государству; нѣтъ никакого различія между свободнымъ профессоромъ и профессоромъ государства». Капитальное различіе обнаруживается въ томъ, что одинъ профессоръ свободный, а другой профессоръ государства, что одни служащіе или рабочіе простого частнаго человѣка, а другіе рабочіе или служащіе государства, т.-е. что профессора государства, что его рабочіе и служащіе сотрудничаютъ въ службѣ, выполненіе которой разсматривается, какъ неизбѣжное для самой жизни государства, для его моральной, интеллектуальной, экономической жизни, для его матеріальной безопасности. Вотъ почему мы не можемъ позволить всѣмъ тѣмъ, кто сотрудничаетъ въ публичныхъ службахъ, всѣмъ тѣмъ, чья дѣятельность необходима для функціонированія этихъ службъ, начинать стачку, такъ же какъ и составлять профессіональный синдикатъ, который служитъ орудіемъ по преимуществу подготовленія стачекъ.

Послѣдствія, логически вытекающія изъ различія агентовъ исполненія и агентовъ власти, были бы смертнымъ приговоромъ для государства. Явилась бы необходимость признать право синдиката, коалиціи и стачки не только за преподавателями, за почтовыми, телеграфными и телефонными служащими, за рабочими производствъ, военныхъ мастерскихъ и арсеналовъ, но и за неизмѣримымъ большинствомъ чиновниковъ государства, ибо это безконечное большинство рѣшительно не совершаетъ актовъ власти, а совершаетъ лишь акты

исполненія въ собственномъ смыслѣ или простыя матеріальныя операціи. Таковы, прежде всего, всѣ служащіе министерствъ, за исключеніемъ развѣ нѣкоторыхъ директоровъ, да еще нельзя быть увѣреннымъ, что и директоры финансовыхъ учрежденій, дѣлающіе назначенія, совершаютъ акты власти, потому что не доказано, что назначеніе чиновника есть актъ власти. Число министерскихъ служащихъ простирается до 10.000 человѣкъ. Слѣдовательно является возможнымъ синдикатъ въ 10.000 государственныхъ чиновниковъ, могущихъ законно объявить стачку и тѣмъ остановить функціонированіе всѣхъ центральныхъ службъ. Всѣ чиновники финансовыхъ администрацій, за исключеніемъ нѣкоторыхъ агентовъ косвенныхъ налоговъ и директоровъ косвенныхъ налоговъ и пошлинъ съ документовъ, которые могутъ совершать нѣкоторые исполнительные акты, совершенно не являются чиновниками власти; они совершаютъ лишь матеріальныя операціи; они собираютъ суммы, слѣдуемыя государству; они не совершаютъ юридическихъ актовъ, они не выполняютъ никакого акта принужденія. Вообразимъ себѣ, каково будетъ положеніе страны, если всѣ финансовые чиновники начнутъ стачку, и если вслѣдствіе этого касса государства окажется пустой!

Это не все: предлагаемая формула логически приводитъ къ узаконенію права синдиката и стачки для частей арміи и солдатъ. Говорятъ, солдаты—не чиновники. Безъ сомнѣнія; но нельзя отрицать, что они служащіе государства. Многіе подписываютъ договоръ съ государствомъ, договоръ поступленія въ солдаты, представляющій настоящій договоръ труда; правда, большинство пополняетъ армію въ силу повинности, которую налагаетъ на нихъ законъ; это не мѣняетъ дѣла. Они платятъ государству подать натурою; они получаютъ содержаніе, они рѣшительно не совершаютъ акта публичной власти, но совершаютъ лишь простыя матеріальныя операціи, которыя состоятъ въ ученіяхъ, маневрахъ и, въ случаѣ надобности, въ сраженіяхъ противъ внутренняго и внѣшняго врага. Они занимаются ремесломъ. Со всею строгостью можно сказать, что офицеры, обладая дисциплинарной властью, имѣютъ долю публичной власти; но простые солдаты являются лишь служащими государства,

безъ малѣйшей частицы публичной власти; слѣдовательно, они могутъ соединяться въ синдикатъ и объявлять стачку!

Въ мірѣ французскихъ чиновниковъ идетъ движеніе, глубину и размѣры котораго нельзя не признавать. Уже съ 1901 года существуютъ синдикаты рабочихъ арсеналовъ. Дружескія общества преподавателей стремятся къ преобразованію въ профессіональные синдикаты. 29 января 1906 года собраніе, состоявшееся въ Парижѣ въ залѣ св. Павла и привлекшее 3000 чиновниковъ, требовало отъ парламента дарованія себѣ синдикальнаго права. Въ апрѣлѣ мѣсяцѣ въ Парижѣ вспыхнула стачка почталіоновъ, въ концѣ-концовъ энергично подавленная министромъ публичныхъ работъ, почтъ и телеграфовъ.

Правительство не могло оставаться индиферентнымъ. Оно, повидимому, хотѣло пойти мирнымъ путемъ. Декретомъ отъ 21 мая 1906 г.[1]) была назначена комиссія, «на которую возложена обязанность выработать проектъ закона съ цѣлью даровать ассоціаціямъ, образовавшимся между чиновниками или агентами государства и публичныхъ администрацій, нѣкоторыя права, предоставленныя закономъ 21 марта 1884 года профессіональнымъ синдикатамъ». Саррьенъ, президентъ совѣта, министръ юстиціи, въ своемъ докладѣ, предшествовавшемъ декрету, заявилъ: «что представляется невозможнымъ признать за агентами государства право прибѣгать, для защиты своихъ частныхъ интересовъ, къ стачкѣ, которую невозможно примирить съ регулярнымъ и нормальнымъ функціонированіемъ публичныхъ службъ, отвѣтственность за которое они приняли въ обмѣнъ за неоспоримыя преимущества». — Однимъ словомъ, правительство стремится побудить парламентъ вотировать законъ, который позволилъ бы чиновникамъ соединяться въ синдикаты, но запрещалъ бы имъ образовать стачки. Мы не понимаемъ, какая можетъ быть польза отъ разрѣшенія чиновникамъ соединяться въ синдикаты, если чиновничьимъ синдикатамъ не будетъ дозволено принять участіе *въ генеральной конфедераціи* труда, признанной цѣлью котораго является организація всеобщей забастовки. Такимъ образомъ, желательный правительству проектъ содержитъ внутреннее противорѣчіе.

---

[1]) *J. off.* 22 мая 1906 г.

Необходимо добавить, что въ засѣданіи палаты 10 іюля 1906 года министръ почтъ и публичныхъ работъ Барту и президентъ совѣта Саррьенъ очень ясно высказались противъ права стачки для чиновниковъ, какого бы рода они ни были, и потребовали отклоненія поправки Поля Констана, клонившейся къ обратному пріему почталіоновъ, уволенныхъ за стачку. Палата отвергла поправку большинствомъ 336 голосовъ противъ 141 [1]).

Правда, по мнѣнію многихъ выдающихся умовъ, синдикализмъ чиновниковъ представляетъ глубокое и непреодолимое движеніе, подготовляющее будущее общество, когда централизованная іерархія государства будетъ замѣщена федераціей синдикатовъ, обезпечивающихъ выполненіе соціальной миссіи, которая нынѣ лежитъ на обязанности государства [2]).

Аналогичныя идеи высказаны Берто [3]). Онъ оказываетъ намъ честь, ссылаясь въ подтвержденіе своихъ выводовъ на идеи, изложенныя нами въ книгѣ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 г. Въ этой книгѣ мы стремились показать все, что есть искусственнаго въ постулатѣ о суверенитетѣ и единствѣ государства. Мы думаемъ, что, не противорѣча себѣ, можемъ доказывать, что чиновники не могутъ соединяться въ синдикаты, потому что право синдиката вызываетъ право стачки, и потому что какова бы ни была форма, въ которую облекается государство, всегда въ данномъ обществѣ будетъ существовать группа болѣе сильныхъ, обязанныхъ выполнять извѣстныя соціальныя функціи, для чего имъ необходимо придется назначать агентовъ, которые не могли бы ни соединяться

---

[1]) Противъ чиновничьихъ синдикатовъ ср. энергичную статью Фернанда Фора въ отвѣтъ на статью Berthod, *Revue politique et parlem.*, мартъ 1906 г., стр. 443.—Ср. очень интересную статью G. Cahen, *Revue politique et parem.*, 10 іюля 1906 г., стр. 80.

[2]) Ср. именно въ этомъ смыслѣ Paul Boncour, *Revue socialiste*, январь 1906 года, стр. 17 и слѣд., который полагаетъ, что «мы неудержимо подвигаемся къ полной децентрализаціи, полному федерализму, за разъ и корпоративному и административному...“—

[3]) *Revue polit. et parlem.*, 10 марта 1906 г., стр. 413.

въ синдикаты, ни объявлять стачки, ибо иначе они манкировали бы обязанностями, строго лежащими на нихъ [1]).

65. Назначеніе агентовъ. — Актъ, которымъ назначаются агенты не-чиновники, не возбуждаетъ вовсе затрудненій. Почти единодушно принято признавать его договоромъ между государствомъ и агентомъ,

---

[1]) См. нашъ отвѣтъ на статью Berthod, *Revue polit. et parlem.*, апрѣль 1906 г., стр. 28 — См. также благопріятную синдикальному праву чиновниковъ брошюру, опубликованную подъ покровительствомъ *Лиги правъ человѣка* Максимомъ Леруа подъ заглавіемъ: *Le droit des fonctionnaires* 1906 г. Наконецъ синдикальное движеніе чиновниковъ энергично защищается обозрѣніемъ *Le mouvement socialiste*, которое является офиціальнымъ органомъ революціоннаго синдикализма и содержитъ многочисленныя статьи, въ которыхъ очень ясно указана преслѣдуемая цѣль. Такъ, Lagardelle пишетъ: «*Политическое* общество есть общество паразитовъ со всѣми его органами, традиціонными приспособленіями для классоваго давленія. *Экономическое* общество есть общество производителей, которое мало-по-малу организуется рабочими институтами, *разрушающими путемъ свободной ассоціаціи власть хозяевъ. Парламентаризмъ* является способомъ дѣйствія перваго..., *синдикализмъ* второго... *Синдикаты* и *биржи труда суть именно тѣ организмы пролетаріата, которые противоборствуютъ съ традиціонными организмами, государствомъ общиной*“ (*Mouvement socialiste*, 1-ое—15 декабря 1905 г., стр. 512).—См. именно въ этомъ смыслѣ, Guieysse, *Patriotisme démocratique et capitaliste*, *Mouvement Socialiste*, 1-ое—15 октября 1905 г. (авторъ развиваетъ ту идею, что синдикализмъ долженъ имѣть своимъ предметомъ уничтоженіе государства); Pouget, *Les bases du syndicalisme* et *Le syndicat*, двѣ брошюры, изданныя биржей труда, подробный отчетъ изложенъ въ *Mouvement Socialiste* 1-ое—15 сентября 1905 г. (Синдикаты должны стремиться занять мѣсто государства). См. также Lagardelle, *Antimilitarisme et syndicalisme*, *Mouvement socialiste*, 14 января 1906 г., стр. 121, и *Droit syndical*, рѣчь, произнесенная на конгрессѣ агентовъ почтъ 6 іюня 1906 г., *Mouvement socialiste*, іюль 1906 г., стр. 200.

или между агентомъ и публичнымъ коллективнымъ лицомъ, инымъ, нежели государство, которое пользуется имъ. Если агентъ не-чиновникъ обязуется за извѣстное вознагражденіе совершать просто матеріальные акты, то договоръ является наймомъ услугъ; если агентъ не - чиновникъ долженъ совершать отъ имени публичнаго лица юридическіе акты, то имѣющій мѣсто договоръ является договоромъ мандата, или же, какъ часто случается, договоръ носитъ одновременно характеръ и мандата и найма услугъ. Положеніе агента будетъ опредѣляться статьями договора. Если относительно расторженія договора ничего не сказано, то должно примѣнять распоряженіе, добавленное закономъ 27 декабря 1890 года, къ ст. 1780 гражданскаго кодекса, въ случаѣ найма услугъ, и ст. 2003 гражданскаго кодекса, въ случаѣ мандата.

Всѣ могущіе возникнуть между государствомъ и агентомъ не - чиновникомъ споры относятся къ вѣдомству судебныхъ трибуналовъ. Эта судебная компетенція въ точности санкціонирована уже цитированнымъ закономъ 23 марта 1905 года относительно недоразумѣній, возникающихъ между администраціей государственныхъ желѣзныхъ дорогъ и ея служащими изъ договора труда.

Опредѣленіе юридическаго характера, присущаго назначенію агента-чиновника, возбудило большія затрудненія. Прежде всего важно отмѣтить, что внутренняя природа акта назначенія остается всегда той же самой, какова бы ни была форма, облекающая его въ томъ или другомъ законодательствѣ, и не зависитъ отъ различія чиновниковъ. Часто дѣлаютъ различіе между назначеніемъ и выборами. Но здѣсь лишь просто фактическое различіе, которое не мо-

жетъ составить различія правового; выборы есть назначеніе, сдѣланное группой индивидовъ, а назначеніе въ собственномъ смыслѣ дѣлается однимъ индивидомъ. Выборы чиновника совершенно не обладаютъ характеромъ представительства. Этотъ принципъ установленъ уже конституціей 1791 года [1]).

Слѣдовательно, они не получаютъ представительнаго мандата отъ націи подобно индивидамъ, составляющимъ органы представительства [2]). Избирательное учрежденіе того или другого территоріальнаго округа является властью, получившей отъ закона компетенцію на назначеніе тѣхъ или другихъ чиновниковъ; этотъ актъ назначенія долженъ обладать тѣмъ же самымъ юридическимъ характеромъ, что и актъ назначенія, исходящій отъ главы государства, отъ министра или иной власти. Можно спросить себя, какимъ образомъ въ выборахъ образуется воля, проявленіемъ которой и является именно назначеніе агента. Но это вопросъ, совершенно отличный отъ того, который мы теперь ставимъ; это вопросъ коллективной психологіи, котораго мы не имѣемъ въ виду разрѣшать. Будетъ ли чиновникъ избранъ или назначенъ, во всякомъ случаѣ имѣется налицо проявленіе воли, результатомъ котораго является назначеніе чиновника. Каковъ юридическій характеръ этого акта воли?

Во Франціи огромное число мѣстныхъ административныхъ чиновниковъ назначается путемъ выборовъ. Въ этой формѣ особенно проявляется система децентрализаціи. Члены коммерческихъ судовъ (законъ 8 декабря 1883 г.) и члены учрежденій, вѣдающихъ дѣла по спорамъ между фа-

---

[1]) Тит. III, гл. IV, отд. II, ст. 2.

[2]) См. *выше*, § 52.

брикантами и рабочими (conseils de prud'hommes) (законъ 15 іюля 1905 года), также выборные. Очевидно, существуетъ тенденція, гармонирующая съ демократическимъ принципомъ, къ увеличенію числа чиновниковъ, назначаемыхъ путемъ выборовъ. Однако во Франціи выборы еще вовсе не являются общимъ порядкомъ назначенія чиновниковъ. Правило въ этомъ отношеніи установлено ст. 3 закона конст. 1875 года: «Президентъ республики назначаетъ на всѣ гражданскія и военныя должности».

Въ Америкѣ назначеніе федеральныхъ чиновниковъ предоставлено президенту республики, который для нѣкоторыхъ назначеній долженъ получить соотвѣтствующее мнѣніе сената (Конст., ст. II, отд. 2).

Въ большинствѣ странъ и особенно во Франціи многія назначенія совершенно не дѣлаются главой государства, олицетворяемымъ правительствомъ. Именно во Франціи, кромѣ выборныхъ агентовъ, существуетъ значительное число агентовъ, которые назначаются вовсе не президентомъ республики, а другими агентами, напримѣръ, министрами, главными директорами министерствъ, префектами, мэрами, ректорами.

Само собой, разумѣется, что агенты, назначены ли они президентомъ республики, или какимъ-нибудь чиновникомъ, не получаютъ отъ того, кто ихъ назначаетъ, принадлежащихъ имъ положенія и компетенціи. Пользуясь выраженіемъ менѣе точнымъ, но вошедшимъ во всеобщее употребленіе, они совершенно не получаютъ отъ того, кто ихъ назначаетъ, делегаціи. Ихъ положеніе, ихъ компетенція опредѣлены закономъ, и если назначеніе является юридическимъ актомъ, то сторонами этого юридическаго акта являются вовсе не тотъ, кто дѣлаетъ назначеніе, и тотъ, кто назначается, а государство или публичное лицо и назначенный чиновникъ.

Въ старинныхъ идеяхъ, вполнѣ гармонирующихъ съ представленіемъ о княжескомъ государствѣ, чиновники являлись уполномоченными, делегатами короля.

Такое представленіе сохранилось въ Англіи, по крайней мѣрѣ по формѣ: публичные чиновники еще называются слугами монарха, servants of the crown [1]).

---

[1]) Esmein, 4 изд., стр. 588. Ср. Hatschek, *Der englische Staatsdienst*, Jahrbuch Шмоллера, 1906 г., стр. 643. Нашъ уче-

Назначеніе чиновника есть актъ воли, совершаемый отъ имени государства или иного публичнаго лица органомъ, компетентнымъ по закону. Въ формѣ ли договорнаго или же въ формѣ односторонняго акта обнаруживается это изъявленіе воли? Является ли назначеніе чиновника договоромъ или односторонним актомъ или, пользуясь освященной терминологіей, актомъ ли власти, или же актомъ управленія является назначеніе чиновника? Весь интересъ вопроса сосредоточивается на различіи актовъ власти и актовъ управленія, которое было объяснено въ § 43.

Вопросъ очень споренъ. Прежде чѣмъ излагать его, необходимо замѣтить, что его часто неправильно ставятъ, и что основанія, которыя приводятся, чтобы показать односторонній или договорный характеръ назначенія, не выдерживаютъ критики. Чтобы показать, что здѣсь нѣтъ договора, силятся доказать, что чиновникъ, за нѣкоторыми исключеніями, совершенно не имѣетъ субъективнаго права, и что онъ можетъ быть уволенъ по волѣ государства, которое назначило его. Такимъ образомъ Оріу, который допускаетъ односторонній характеръ назначенія чиновниковъ, пишетъ: «Актъ назначенія по формѣ не представляетъ договора; (онъ) является какъ бы ордонансомъ или актомъ власти; съ другой стороны, *по существу* (онъ) не связываетъ администрацію, которая безнаказанно можетъ впослѣдствіи измѣнять элементы или

ный товарищъ, желая охарактеризовать роль главы государства, дѣлающаго назначеніе, говоритъ, «что онъ, дѣйствительно, выполняетъ функцію избирателя», т.-е. «что на него возложена конституціей обязанность избирать ихъ и выбирать ихъ». Выраженіе взято изъ письма Le Brun'a къ Barthélémy отъ 1792 года. (Esmein, 4 изд., стр. 588). Оно противно привычнымъ оборотамъ нашего современнаго языка. Мы скорѣе сказали бы, что избиратели, *избирающіе* чиновника, *назначаютъ* этого чиновника. Выборы и назначенія чиновника обладаютъ однимъ и тѣмъ же характеромъ. Но каковъ этотъ характеръ? Этого Эсменъ намъ вовсе не говоритъ.

преимущества функціи; но актъ, который, съ одной стороны, не содержитъ соглашенія, который, съ другой стороны, не сообщаетъ пріобрѣтенныхъ правъ, не является истиннымъ договоромъ... Это, дѣйствительно, доказываетъ, что, несмотря на видимость, положеніе не представляется договорнымъ, другими словами, доказываетъ, что чиновникъ можетъ быть смѣщенъ и уволенъ во всякое время и произвольно безъ права на какое-либо удовлетвореніе» [1]). Въ § 66 будетъ показано, что это послѣднее предположеніе болѣе не отвѣчаетъ вполнѣ направленію послѣдней судебной практики государственнаго совѣта. Но здѣсь вопросъ идетъ не о данной сторонѣ. Мы желаемъ здѣсь лишь установить, что нельзя изъ существованія или несуществованія «пріобрѣтенныхъ» чиновникомъ правъ выводить существованіе или несуществованіе договора. Дѣйствительно, ничто не противится тому, чтобы односторонній актъ публичной власти породилъ для частнаго человѣка то, что Оріу называетъ правами «пріобрѣтенными». Односторонняя воля можетъ породить правовое положеніе такъ же, какъ и договорная воля, и притомъ правовое положеніе, обладающее всѣми свойствами положенія, возникшаго изъ договора. Съ другой же стороны, изъ того, что чиновникъ увольняемъ по волѣ администраціи, вовсе не слѣдуетъ, что нѣтъ договора, потому что могутъ имѣть мѣсто и имѣютъ мѣсто договоры, нарушаемые безъ возмѣщенія со стороны нарушающаго, напримѣръ, мандатъ (C. civ., 2003).

По нашему мнѣнію, *à priori* нѣтъ логическаго основанія для того, чтобы актъ, которымъ назначается агентъ, былъ договорнымъ, или одностороннимъ. Мы уже говорили (§ 43), что было бы невозможно провести раціональное разграниченіе между областью договора и областью односторонняго акта, и что всѣ государственныя функціи могли бы быть исполняемы и исполнялись въ извѣстный моментъ посредствомъ договора. Но теперешняя тенденція,

---

[1]) Hauriou, *Droit admin.*, 5 изд., 1903 г., стр. 559 и прим. 1.

очевидно, клонится къ ограниченію роли, отводимой договорамъ государства,—ограниченію, соотвѣтствующему, между прочимъ, общему умаленію договорной системы въ соціальныхъ отношеніяхъ. Такимъ образомъ мы отвергаемъ доктрины, устанавливающія *à priori*, что назначеніе чиновниковъ въ собственномъ смыслѣ можетъ быть лишь договорнымъ актомъ или только одностороннимъ актомъ. Но въ то же время мы вѣримъ, что современное государство въ своей общей эволюціи приблизилось къ той стадіи, когда всѣхъ своихъ чиновниковъ оно будетъ назначать актами односторонними, т.-е. всѣхъ агентовъ, которые постояннымъ и нормальнымъ образомъ связаны съ отправленіемъ публичныхъ службъ, входящихъ въ дѣятельность государства, согласно миссіи, юридически обязательной для него въ данный моментъ.

Доказательство можетъ быть представлено непосредственно путемъ анализа акта. Фактически назначеніе принимается или даже испрашивается заинтересованнымъ лицомъ. Не слѣдуетъ ли отсюда заключить, что назначеніе есть результатъ стеченія воль, и что, слѣдовательно, тутъ имѣетъ мѣсто договоръ? Это было бы поспѣшнымъ заключеніемъ, результатомъ несовершеннаго анализа акта. Государство въ общемъ назначаетъ только тѣхъ индивидовъ, которые принимаютъ или даже которые испрашиваютъ службы, потому что есть основаніе думать, что тѣ, которые призваны по ихъ просьбѣ или съ ихъ согласія, будутъ лучше исполнять функціи. Но согласіе назначаемаго чиновника вовсе не является необходимымъ для завершенія акта назначенія. Чтобы убѣдиться въ этомъ, допустимъ, что назначеніе произведено безъ вѣдома назначаемаго чиновника, который принимаетъ его впослѣдствіи. Назначеніе производитъ свое дѣйствіе со времени, когда оно сдѣлано, а не со времени принятія. Но очевидно, что если бы соглашеніе было необходимо для совершенія акта, то назначеніе производило бы свое дѣйствіе лишь со времени, когда дано согласіе, подобно тому, какъ

предложеніе подарить можетъ возымѣть дѣйствіе лишь со времени его принятія.

Оріу, желая объяснить какимъ образомъ назначеніе чиновника остается одностороннимъ актомъ, несмотря на наличность согласія назначаемаго чиновника, пишетъ: «Что же обозначаетъ обмѣнъ согласій въ моментъ назначенія чиновника? Единственно *волю соединиться* точно такъ же, какъ въ моментъ принятія отставки обмѣнъ согласій обозначаетъ волю *разстаться*. Это значитъ, что на дѣлѣ между администраціей и чиновникомъ возникаетъ состояніе товарищества; но это положеніе товарищества совсѣмъ не включено въ условія договора [1]). Идея остроумна; она аналогична доктринѣ Гирке, согласно которой совмѣстно дѣйствующія въ одной и той же ассоціаціи согласія нѣсколькихъ индивидовъ вовсе не составляютъ договора, но остаются чистыми односторонними актами [2]); точно такъ же ее слѣдуетъ сблизить съ доктриной Еллинека, сходной, впрочемъ, съ доктриной Гирке и относящейся къ *Vereinbarung* [3]).

Эти представленія очень интересны; здѣсь не мѣсто ихъ обсуждать. Мы лишь спросимъ себя, не приводятъ ли они къ выводу и не говорятъ ли они только, что иногда существуетъ стеченіе воль безъ договора, потому что два акта воли не опредѣляются одинъ другимъ, но одно изъ изъявленій воль представляетъ только суспенсивное условіе, съ наступленіемъ котораго связано юридическое дѣйствіе, долженствующее быть произведеннымъ другимъ изъявленіемъ воли. Прилагая эту идею къ назначенію чиновниковъ, придемъ къ слѣдующему: въ назначеніи чиновниковъ имѣется стеченіе воль, но нѣтъ договора, потому что актъ воли государства, которое назначаетъ, совершенно не опредѣляется актомъ воли чиновника, который принимаетъ, ибо если бы онъ опредѣлялся этимъ актомъ воли чиновника, то воля послѣдняго способствовала бы надѣленію его принадлежащей ему компетенціей; но это невозможно, ибо только государство можетъ дать компетенцію чиновнику,—компетен-

---

1) *Droit administ.*, 5 изд., 1903 г., стр. 557, примѣч. 1.

2) *Genossenschaftstheorie*, 1887 г., стр. 133.

3) *System*, 2 изд., 1905 г., стр. 204.

цію на совершеніе акта власти, компетенцію на участіе въ функціонированіи публичной службы. Какова же роль акта воли чиновника, который принимаетъ? Онъ есть условіе, которому подчиняется дѣйствіе акта воли государства, которое назначаетъ; но какъ, всякій условный актъ, этотъ актъ односторонней воли юридически завершается самъ собой. А мы уже раньше пришли къ тому же выводу, указывая, что если принятіе слѣдовало за назначеніемъ, то это послѣднее производитъ свои послѣдствія со времени своей даты, а не только со дня принятія.

Такъ какъ назначеніе всѣхъ чиновниковъ въ собственномъ смыслѣ является одностороннимъ актомъ или актомъ власти, то въ силу общаго принципа, установленнаго въ § 43, споры, возникающіе по поводу назначенія чиновниковъ или увольненія ихъ, или по поводу ихъ жалованья, ихъ пенсіи при отставкѣ, по французскому праву и во всѣхъ законодательствахъ, допускающихъ различеніе административнаго и судебнаго спора, относятся къ компетенціи административныхъ трибуналовъ [1]).

Только что изложенная доктрина, которая во всякомъ назначеніи агента-чиновника, каковъ бы онъ ни былъ, видитъ односторонній актъ (актъ власти), принимается далеко не безспорно.

Нѣкоторые авторы, въ наше время очень немногочисленные, еще учатъ, что назначеніе чиновниковъ всегда является договорнымъ актомъ. Стараются рельефно выдвинуть совмѣстное дѣйствіе воль, которое, говорятъ, необходимо для того, чтобы такой-то индивидъ сдѣлался публичнымъ агентомъ. Возникающее при этомъ правовое отношеніе должно быть, говорятъ, регулировано по принципамъ, прилагаемымъ къ договорамъ. Правда, что въ общемъ этотъ выводъ смягчали, утверждая, что такой договоръ есть *договоръ публичнаго права*. Въ концѣ-концовъ, это не имѣетъ смысла, ибо не

---

[1]) Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2 изд., 1896 г., I, стр. 619.

можетъ существовать двухъ видовъ договора; договоръ всегда останется договоромъ съ одинаковыми внутренними свойствами. Правда, называя назначеніе чиновниковъ договоромъ публичнаго права, особенно имѣли въ виду объяснить, какимъ образомъ вообще чиновникъ можетъ быть уволенъ *ad nutum*, а также дать юридическое основаніе компетенціи административныхъ трибуналовъ на сужденіе всѣхъ вопросовъ о жалованьи, пенсіи при отставкѣ [1]).

Мы заранѣе опровергли эту теорію, которая кажется намъ совершенно не отвѣчающей современному представленію о публичныхъ службахъ.

Здѣсь мы вновь встрѣчаемся съ изложенной уже въ предшествующемъ § доктриной, которая различаетъ чиновниковъ власти и чиновниковъ управленія. Бертелеми [2]) и вѣрно слѣдующій ему ученикъ его Незаръ [3]) учатъ, что дѣлаемое между чиновниками власти и чиновниками управленія различіе логически приводитъ къ утвержденію, что актъ, назначающій чиновника власти, есть актъ односторонній и актъ, назначающій чиновника управленія, есть договорный актъ, «обыкновенный договоръ, договоръ частнаго права».

Жезъ [4]) и мы сами [5]) критиковали эту доктрину. Мы писали [6]) и мы продолжаемъ утверждать, что «изъ природы юридическаго отношенія, возникающаго между государствомъ и частнымъ лицомъ путемъ вмѣшательства агента, совершенно нельзя выводить природу отношенія между государствомъ и самимъ агентомъ; что, доказавъ, что агентъ власти компетентенъ на совершеніе актовъ власти, тѣмъ самымъ нисколько не доказали, что назначавшій его актъ есть актъ односторонній или

---

[1]) См. въ этомъ смыслѣ, Perriquet, *Des contrats passés par l'Etat*, стр. 435; Dareste, *Contentieux administratif*, 2 изд., стр. 372; Ferrand, *Du louage de services à durée indéterminée*, thèse Paris, 1898 г.

[2]) *Droit administratif*, 4 изд., 1906 г., стр. 52.

[3]) *Nésard, Théorie juridique de la fonction publique*, 1901 г., стр. 481.

[4]) *Principer généraux du droit adminisratif*, 1904 г., стр. 41.

[5]) *L'Etat, les gonvernants et les agents*, 1903 г., стр. 401.

[6]) Стр. 403.

актъ публичной власти... что изъ того, что назначенный агентъ не обладаетъ компетенціей на совершеніе акта публичной власти, изъ того, что онъ совершаетъ лишь акты управленія, нѣтъ никакого основанія выводить, что актъ назначенія его необходимо является договоромъ... что вопросъ о природѣ назначенія чиновника остается совершенно отличнымъ отъ природы актовъ, которые входятъ въ кругъ дѣятельности агента» [1]).

Бертелеми въ 3 и 4 изд. своего труда [2]), желая отвѣтить на возраженіе, пишетъ: «Будемъ разсуждать, не позволяя себѣ отвлекаться идентичностью формъ, по которымъ подобраны различныя категоріи чиновниковъ: возложить на инженера обязанность за годовое содержаніе завѣдывать сооруженіемъ и эксплуатаціей желѣзныхъ дорогъ, возложить на профессора обязанность за годовое содержаніе преподавать юношамъ риторику,—вотъ акты, которые, безспорно, являются договорными, когда они совершены желѣзнодорожнымъ обществомъ или главою свободной школы. Эти акты имѣютъ свое названіе въ гражданскомъ правѣ: это наймы услугъ. Я спрашиваю своихъ товарищей, какимъ образомъ эти же самые акты могутъ измѣнить свою юридическую природу, сдѣлаться односторонними, не быть болѣе наймами услугъ единственно вслѣдствіе того, что они совершены публичной администраціей отъ имени государства».

Отвѣтъ, по нашему мнѣнію, не труденъ. Различіе заключается именно въ томъ, что, назначая инженера, профессора, государство дѣйствуетъ, не какъ промышленникъ или не какъ владѣлецъ частнаго пансіона, а какъ коллективное лицо, обязанное правомъ обезпечить функціонированіе публичной службы и могущее для обезпеченія функціонированія публичныхъ службъ воспользоваться своимъ авторитетомъ.

Когда владѣлецъ пансіона выбираетъ профессора, общество — инженера, то другъ другу противостоятъ два равноправныхъ субъекта; воля каждаго имѣетъ опредѣляющимъ мотивомъ волю другого; одинъ хочетъ устроить классы или

---

[1]) Стр. 403, 404, 405.

[2]) Стр. 52, прим. 2, на стр. 51.

выполнить работу, потому что другой хочетъ дать ему жалованье; послѣдній хочетъ дать жалованье, потому что первый хочетъ исполнить работу. Въ случаѣ же назначенія профессора или инженера государствомъ, мы вовсе не имѣемъ двухъ равноправныхъ субъектовъ; здѣсь выступаетъ вовсе не государство—имущественное лицо, не государство-фискъ, но государство, обязанное тѣмъ, что оно есть государство, обезпечивать функціонированіе публичныхъ службъ, т.-е. обезпечивать выполненіе извѣстной нужды, разсматриваемой какъ затрогивающая существенные интересы коллективности, это есть государство, примѣняющее свою силу для обезпеченія функціонированія этихъ службъ. И вотъ поэтому, когда оно назначаетъ агентовъ, необходимыхъ для ихъ функціонированія, точно такъ же, когда оно регламентируетъ ихъ функціонированіе, оно совершаетъ односторонній актъ или актъ власти.

Мы говорили, что то обстоятельство, что между характеромъ актовъ, совершаемыхъ агентомъ и характеромъ его назначенія нѣтъ необходимаго соотношенія, доказывается тѣмъ, что въ другія времена въ силу договора, договора о ленѣ, вассалъ пріобрѣталъ компетенцію на осуществленіе юстиціи. Мы прибавили, что это происходило при соціальномъ состояніи, совершенно отличномъ отъ нашего, но что, тѣмъ не менѣе, это опровергаетъ общее, абсолютное соотношеніе, которое стремятся установить. Бертелеми приписываетъ намъ утвержденіе, что пожалованіе чиновникамъ власти въ извѣстную эпоху было договорнымъ, такъ какъ при старомъ режимѣ судьи покупали свои должности. Мы этого вовсе не говорили; примѣръ былъ выбранъ очень неудачно, такъ какъ раздача должностей была по единодушному мнѣнію одностороннимъ актомъ верховной власти [1]).

Мы думаемъ, что Бертелеми и вслѣдъ за нимъ вѣрный ученикъ его Незаръ, безъ ихъ вѣдома, поддались соображеніямъ, чуждымъ даннаго вопроса. Мыслью Бертелеми (и совершенно справедливой) было ограничить право произвольнаго увольненія безъ возмѣщенія государствомъ и,

---

[1]) Ср. Lebret, *Traité de la souveraineté*, 1642 г., стр. 5; Merlin, *Répertoire, v⁰ Domaine public*, § 3.

съ другой стороны, передать вѣдѣнію судебныхъ трибуналовъ возникающіе по этому поводу процесы. «Если бы вышеизложенная теорія,—говоритъ Бертелеми,—обратила на себя вниманіе, то практика палатъ и судовъ, вмѣсто случайныхъ рѣшеній по этимъ вопросамъ... придерживалась бы различенія. Чиновникъ, роль котораго состоитъ единственно въ совершеніи актовъ управленія, подлежалъ бы увольненію лишь въ томъ случаѣ, когда подлежитъ расторженію и наемъ услугъ; въ случаѣ, когда чиновникъ ищетъ возмѣщенія за несправедливое увольненіе, онъ долженъ обращаться къ судебнымъ трибуналамъ» [1]). Мы убѣждены, что единственно для оправданія этихъ положеній, убѣдительно защищаемыхъ, но формулированныхъ *à priori*, нашъ дорогой и ученый товарищъ построилъ свое раздѣленіе чиновниковъ власти и управленія и соотвѣтствующее ему раздѣленіе назначенія актомъ власти и договорами. На это указываетъ вся его искусственность.

Германскіе авторы по вопросу о юридической природѣ назначенія чиновниковъ даютъ интересную доктрину, которая вполнѣ согласуется съ германскимъ закономъ 31 марта 1873 года. Она была развита и разработана въ особенности Лабандомъ [2]).

Говорятъ, юридическій анализъ различаетъ въ назначеніи чиновника двѣ стороны, которыя первоначально кажутся слитыми: 1) договоръ публичной службы, дающій титулъ; 2) надѣленіе извѣстной компетенціей, въ опредѣленной области, предоставляемой тому, кто заключилъ съ государствомъ договоръ публичной службы. Предоставленіе извѣстной компетенціи въ опредѣленной области не создаетъ публичной службы; оно предполагаетъ ее; оно всегда вытекаетъ изъ односторонняго акта власти; оно не даетъ никакого права чиновнику; оно опредѣляетъ только кругъ его функціональной дѣятельности или компетенцію. Функція въ собственномъ смыслѣ вытекаетъ, наоборотъ, изъ договора публичной

---

[1]) Стр. 57.

[2]) *Droit public*, франц. изд., 1901 г., II, стр. 100 и слѣд. — Ср. Kammerer, *La fonction publique d'après la législation allemande*, Paris, 1898 г.

службы (*Saatsdienstvertrag*); она составляетъ отношеніе публичной службы (*Staatsdienstverhältniss*). Этотъ договоръ сообщаетъ чиновнику не компетенцію на тѣ или другіе акты, но качество чиновника, активное состояніе чиновника, и составляетъ для него настоящее субъективное право. Изъ этого договора въ то же время возникаютъ и различныя обязательства для государства, напримѣръ, обязательство выплачивать чиновнику содержаніе, обязательство дать ему пенсію при отставкѣ, обезпечить ему другія преимущества.

Эта теорія представляетъ юридическую конструкцію, лишенную изящества. Она достаточно хорошо гармонируетъ, какъ уже было сказано, съ германскимъ закономъ 31 марта 1873 года о чиновникахъ. Но возможно ли принять это представленіе за основаніе общей теоріи современной публичной функціи? Мы этого отнюдь не думаемъ. Она совершенно не сообразуется съ фактами, изъ которыхъ вышло современное государство. Она является пережиткомъ договорнаго представленія о государствѣ. Самъ Лабандъ видитъ себя вынужденнымъ признать это, когда сближаетъ предполагаемый договоръ публичной службы съ древнимъ договоромъ—*комманданіи*. Безъ сомнѣнія, признавая существованіе односторонняго акта, надѣляющаго компетенціей, удѣляютъ частицу и повелѣвающей власти государства; но составляютъ какую-то странную амальгаму изъ двухъ понятій, исторически слѣдовавшихъ другъ за другомъ,—понятія о договорномъ государствѣ и понятія о повелѣвающемъ государствѣ, понятія феодальнаго и понятія современнаго.

Послѣ этого бѣглаго обзора различныхъ предложенныхъ доктринъ, мы остановимся на нашей предыдущей формулѣ; актъ назначенія чиновника (въ смыслѣ, который мы придаемъ этому слову) всегда является только *односторонним*ъ актомъ и, по принятой терминологіи, актомъ власти. Мы предположили, что дѣло идетъ о чиновникѣ государства и назначеніи, совершаемомъ отъ имени государства. Рѣшеніе осталось бы тѣмъ же самымъ, если бы дѣло шло о чиновникахъ публичнаго лица, иного, чѣмъ госу-

дарство, и если бы назначеніе совершалось отъ имени этого публичнаго лица.

Принявъ, что назначеніе чиновниковъ есть односторонній актъ, поставимъ себѣ очень тонкій вопросъ. Является ли этотъ односторонній актъ назначенія порождающей причиной положенія предоставленнаго гражданину, облеченному отнынѣ качествомъ чиновника? Или, наоборотъ, не является ли онъ условіемъ примѣненія къ опредѣленному лицу закона, управляющаго разсматриваемой публичной функціей?

Этотъ вопросъ ставится не только въ отношеніи акта назначенія чиновника. Онъ ставится, по правдѣ говоря, въ отношеніи всякаго изъявленія воли, вступающаго въ область права, относительно котораго всегда можно спросить себя, имѣетъ ли положеніе, возникающее послѣ этого изъявленія, истинной дѣйствующей причиной этотъ актъ воли, или же самый законъ, при чемъ актъ воли былъ лишь условіемъ примѣненія послѣдняго. Вопросъ ставится не только въ отношеніи односторонняго акта, но также и въ отношеніи акта договорнаго.

Онъ ставится какъ въ частномъ, такъ и публичномъ правѣ. Онъ ставится именно въ отношеніи брака, который есть договоръ, относительно котораго должно спросить себя, представляетъ ли онъ дѣйствующую причину положенія супруговъ, или же простое условіе примѣненія къ такимъ-то опредѣленнымъ лицамъ закона о бракѣ. Это важное замѣчаніе, которое еще разъ указываетъ, что рѣшеніе вопроса о томъ, каково положеніе чиновниковъ, не зависитъ отъ того, назначены ли они путемъ договора, или же односторонняго акта.

Германскіе юристы много занимались этимъ общимъ вопросомъ, который тѣсно связанъ съ теоріей воли „*Willenstheorie*“. Мы не намѣрены входить въ изученіе этихъ изслѣдованій и просимъ позволенія отослать читателя въ нашей книгѣ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* [1]).

Важно уяснить себѣ, что рѣшеніе вопроса нисколько не зависитъ отъ характера акта вмѣшивающейся воли, акта односторонняго или договорнаго, но очень зависитъ отъ

---

[1]) 1901 г., стр. 196 и 577 и слѣд.

созданнаго положенія. Если созданное положеніе есть объективное правовое положеніе, то оно не можетъ вытекать изъ акта индивидуальной воли, оно есть результатъ примѣненія закона, и актъ воли есть лишь условіе примѣненія закона; если, наоборотъ, созданное положеніе есть субъективное правовое положеніе, если оно вызываетъ извѣстныя субъективныя права въ пользу опредѣленнаго лица, то это положеніе дѣйствующей причиной имѣетъ односторонній или договорный актъ воли, проявляющейся въ границахъ обыкновеннаго права и съ цѣлями, согласными съ объективнымъ правомъ.

Положеніе чиновниковъ, какъ увидимъ въ слѣдующемъ параграфѣ, во многихъ отношеніяхъ является объективнымъ правовымъ положеніемъ: оно является таковымъ, конечно, въ отношеніи компетенціи, въ отношеніи смѣняемости или несмѣняемости. Является ли оно таковымъ же въ отношеніи жалованья, пенсіи при отставкѣ? Это спорный вопросъ. Но несомнѣнно, что положеніе чиновника прежде всего, по выраженію Оріу, *легально* или *регламентарно* [1]). Впрочемъ, Оріу неправильно противополагаетъ *легальному* или *регламентарному* положенію договорное положеніе. Сейчасъ будетъ указано, что эти два положенія совершенно не противополагаются, и что положеніе чиновника можетъ быть одновременно договорнымъ и законнымъ или регламентарнымъ.

Такъ какъ положеніе чиновника прежде всего есть объективное правовое положеніе, то мы очень склонны разсматривать актъ назначенія какъ представляющій вовсе не дѣйствующую причину этого положенія, но условіе примѣненія закона, создающаго и регламентирующаго это положеніе. По формулѣ Жеза: «Назначеніе, выборы вовсе не являются причиной, созидающей власть агента. Это только фактъ, которому подчинено осуществленіе индивидомъ власти, регулируемой закономъ. Другими словами, законъ, устанавливающій совокупность полномочій и обязанностей, подлежащихъ осуществленію индивидами, есть публичная функція; примѣненіе къ опредѣленному индивиду этой совокуп-

---

[1]) 5 изд., стр. 556.

ности (распоряженій) подчинено факту; такой фактъ есть выборъ этого индивида...» [1]). Это положеніе мы сами изложили и развили въ нашей книгѣ *L'Etat, les gouvernants et les agents* [2]).

Это представленіе объясняетъ многое и, между прочимъ, то, почему чиновникъ можетъ быть назначенъ благодаря факту, который не является актомъ воли, напримѣръ, путемъ наслѣдственнаго права или по жребію. Съ другой стороны, это объясняетъ, какимъ образомъ чиновникъ, каковъ бы ни былъ способъ его назначенія, является фактически облеченнымъ своей функціей самими правителями, тѣми, которые обладаютъ суверенитетомъ; чиновникъ въ дѣйствительности облеченъ закономъ, а законъ исходитъ отъ тѣхъ, которые обладаютъ суверенитетомъ.

Какъ бы то ни было, разъ выборъ чиновника вытекаетъ изъ акта воли, то онъ является дѣйствіемъ воли и проявленіемъ воли, которое совершается въ области права. Отсюда прежде всего слѣдуетъ, что, какъ и для всякаго акта воли, цѣль, опредѣляющая хотѣніе, является существеннымъ элементомъ изслѣдованія для оцѣнки его значенія. Съ другой стороны, прежде своей оцѣнки въ качествѣ юридическаго акта, назначеніе предполагаетъ, помимо соотвѣтственной праву цѣли, способность совершающей его воли и цѣлый рядъ условій формальныхъ и матеріальныхъ, которыя могутъ быть выставлены закономъ для того, чтобы назначеніе имѣло силу.

Акты назначенія въ собственномъ смыслѣ, совершенные съ нарушеніемъ закона хотя бы президентомъ республики, страдаютъ превышеніемъ власти и, безъ сомнѣнія, могутъ быть обжалованы за превышеніе власти. Принципъ не подлежитъ сомнѣнію; но долгое время ставился вопросъ, кого слѣдуетъ допускать къ возбужденію жалобъ на превышеніе власти. Очевидно, не назначеннаго агента. Равнымъ образомъ, говорили, и не индивидовъ, соединяющихъ качества и условія, требуемыя закономъ для назначенія на функцію, на которую было сдѣлано неправильное назначе-

---

[1]) Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 1904 г., стр. 41.

[2]) 1903 г., стр. 427 и слѣд.

ніе, ибо никто не обладаетъ правомъ назначенія на функцію, хотя бы были выполнены всѣ необходимыя для такого назначенія условія, и нельзя утверждать, что неправильное назначеніе на публичную функцію посягаетъ на чьелибо право. Въ настоящее время лучше понимаютъ природу обжалованія за превышенія власти, и вопросъ не представляетъ болѣе затрудненій. Обжалованіе за превышеніе власти есть объективное обжалованіе; жалобщикъ вовсе не ссылается на существованіе въ его пользу субъективнаго права, которому причиненъ ущербъ, но лишь настаиваетъ, что нарушенъ законъ и его слѣдуетъ допускать къ возбужденію жалобы всякій разъ, когда онъ имѣетъ интересъ денежный или просто моральный, понимаемый въ самомъ широкомъ смыслѣ, опровергнуть актъ, который, по его утвержденію, страдаетъ ничтожностью. При этихъ условіяхъ очевидно, что всѣ тѣ, которые соединяютъ условія, необходимыя для назначенія на мѣсто, на которое было сдѣлано неправильное назначеніе, могутъ быть допущены къ обжалованію этого назначенія, что, напримѣръ, всѣ члены государственнаго совѣта могутъ быть допущены къ обжалованію назначенія въ государственный совѣтъ, совершеннаго съ нарушеніемъ закона 1 іюля 1887 года или закона 18 апрѣля 1900 года [1]).

Изъ ряда новѣйшихъ рѣшеній государственнаго совѣта, повидимому, слѣдуетъ, что практика его установилась именно въ этомъ смыслѣ. Мы укажемъ рѣшенія Lot и Molinier, 11 декабря 1903 года [2]), объявляющія допустимымъ обжалованіе, возбужденное архиваріусами - палеографами съ намѣреніемъ уничтожить назначеніе директора національныхъ архивовъ и главнаго инспектора библіотекъ, потому что назначенные на эти функціи индивиды не соединяли въ себѣ требуемыхъ закономъ условій; рѣшеніе Savary [3]), которое объявляетъ допустимымъ и признаетъ правильнымъ по существу обжалованіе, возбужденное субъ-инспекторомъ дѣтскихъ

---

[1]) Ср. Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, these Paris, 1905 г., стр. 72 и *выше*, § 46.

[2]) *Recueil*, стр. 780.

[3]) 18 марта 1904 г., *Recueil*, стр. 232.

пріютовъ противъ министерскихъ приказовъ, содержащихъ неправильныя назначенія субъ-инспекторовъ дѣтскихъ пріютовъ [1]).

66. Положеніе агентовъ. Компетенція.—Агенты не-чиновники находятся въ субъективномъ юридическомъ положеніи, опредѣленномъ юридическимъ актомъ, обыкновенно договоромъ (договоромъ мандата или договоромъ найма услугъ), породившимъ это положеніе и, наоборотъ, агенты-чиновники находятся, главнымъ образомъ, въ объективномъ юридическомъ положеніи, законномъ или регламентарномъ положеніи, созданномъ закономъ, при чемъ назначавшій ихъ актъ (односторонній актъ или договоръ) является условіемъ примѣненія этого закона. Это такое положеніе, которое во всякій моментъ можетъ быть измѣнено закономъ, и чиновникъ никогда не можетъ претендовать на *пріобрѣтенное* право, котораго не могъ бы отнять у него законъ.

Это представленіе положенія чиновника вполнѣ согласуется съ даннымъ нами понятіемъ о публичной функціи, котораго никогда не слѣдуетъ упускать изъ виду. Чиновникъ есть индивидъ, который нормальнымъ и постояннымъ образомъ участвуетъ въ функціонированіи публичной службы, а публичная служба обезпечиваетъ исполненіе потребности, входящей

---

[1]) См. рѣшенія *Berrest*, 20 марта 1904 г. (*Recueil*, стр. 404) и *Demange*, 10 марта 1905 г. (*Recueil*, стр. 240).—Ср. *Revue du droit public*, 1904 г., стр. 517 и 1905 г., стр. 360; *Année administrative* 1904 г., стр. 160 и слѣд.; Beaudouin, *De la notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1904 г.; Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour exces de pouvoir*, thèse, Paris, 1905 г.

въ разсматриваемую миссію въ качествѣ юридически обязательной для государства. Слѣдовательно, государство должно (и на дѣлѣ такъ и происходитъ) помощью своихъ законовъ и своихъ регламентовъ организовать правильное, нормальное и постоянное функціонированіе своихъ публичныхъ службъ; если бы оно не дѣлало этого, оно не исполняло бы своихъ обязанностей. Для достиженія этой цѣли нужно прежде всего опредѣлить чиновниковъ, приставленныхъ къ публичнымъ службамъ, ихъ полномочія, ихъ обязанности,—однимъ словомъ, ихъ юридическое положеніе. Никто не оспариваетъ, что рѣшенія, принятыя государствомъ для обезпеченія функціонированія публичныхъ службъ, въ широкомъ смыслѣ являются регламентарными рѣшеніями, рѣшеніями объективнаго права. Болѣе споренъ вопросъ, обладаютъ ли эти рѣшенія, когда они исходятъ отъ главы государства, а не отъ парламента, матеріальнымъ характеромъ исполнительныхъ или законодательныхъ актовъ. Но законъ или регламентъ, опредѣляющій положеніе чиновниковъ той или другой службы, организуетъ функціонированіе этой службы, и положеніе, созданное для чиновника, является однимъ изъ элементовъ организаціи этой службы. Слѣдовательно, нельзя говорить ни о субъективномъ обязательствѣ, ни о субъективномъ правѣ, принадлежащихъ чиновнику; онъ представляетъ изъ себя ничто, простое колесо служебной машины; и изъ приложенія къ его личности закона о службѣ вытекаетъ извѣстное активное и пассивное положеніе.

Это законное, активное и пассивное положеніе налагаетъ на чиновника рядъ полномочій и обязанностей, составляющихъ то, что называется

публичной функціей. Это положеніе проистекаетъ непосредственно отъ закона, во всякій моментъ можетъ быть уничтожено или измѣнено закономъ, безъ права жалобы со стороны чиновника, если положеніе его окажется пониженнымъ новымъ закономъ. Это первая причина, по которой представляетъ большой практическій интересъ правильное доказательство, что положеніе чиновника является положеніемъ законнымъ и регламентарнымъ, и прежде всего объективнымъ правовымъ положеніемъ.

Это представленіе публичной функціи одно позволяетъ, какъ увидимъ въ продолженіе этого параграфа, объяснить многія распоряженія современныхъ законодательствъ, и въ частности французскаго, которыя иначе остались бы необъяснимыми. Съ другой стороны, оно позволяетъ устранить всѣ доктрины, болѣе или менѣе остроумно придуманныя для опредѣленія субъекта предполагаемаго субъективнаго права, связаннаго съ публичной функціей,—доктрины искусственныя и бездоказательныя.

Мы писали въ 1903 году и можемъ повторить еще и въ настоящее время: «Думали, что для установленія права публичныхъ функцій необходимо построить его на основаніи субъективнаго права. Это ошибка, которая обязываетъ насъ возражать, потому что она является слѣдствіемъ болѣе общей ошибки... Безспорно необходимо дать юридическую конструкцію публичной функціи, но на основаніи объективнаго права. Здѣсь мы еще находимъ индивидуальныя воли, которыя могутъ хотѣть и должны хотѣть сообразно извѣстной цѣли, опредѣленной объективнымъ правомъ и въ границахъ, имъ очерченныхъ. Это—та цѣль и тѣ границы, которыя необходимо отмѣтить; въ этомъ только и состоитъ юридическая теорія публичной функціи. Настаивать на существованіи субъективнаго права и пытаться опредѣлить

субъекта этого права,—это значитъ пытать невозможное и строить конструкцію безъ основанія» [1]).

Компетенція. — Главнымъ элементомъ активнаго положенія чиновника безспорно является *компетенція*. Слово компетенція въ совершенно общемъ смыслѣ обозначаетъ принадлежащую чиновнику власть на совершеніе того или другого акта, связаннаго съ миссіей, выпадающей на долю государства. Компетенціей называютъ также совокупность актовъ, которые чиновникъ можетъ законно совершать, кругъ законной дѣятельности чиновника. Но это, въ сущности говоря, лишь злоупотребленіе словомъ; мы будемъ видѣть въ компетенціи только власть на законное совершеніе извѣстныхъ актовъ.

Конечно, слово компетенція въ своемъ совершенно общемъ смыслѣ обозначаетъ не только власть чиновника на совершеніе юридическихъ актовъ (актовъ власти или актовъ управленія), но еще и власть правильно совершать за счетъ государства матеріальныя операціи, совершенно не обладающія юридическимъ характеромъ, не производящія правовыхъ эффектовъ. Можно сказать, что министръ, префектъ, меръ обладаютъ компетенціей, т.-е. властью на совершеніе за счетъ публичнаго лица, чиновниками котораго они состоятъ, односторонняго или договорнаго юридическаго акта; точно такъ же и юрисдикціонный чиновникъ обладаетъ настоящей компетенціей. Но, говоря строго, можно также сказать, что чиновники, которые совершаютъ только матеріальныя операціи, тоже обладаютъ компетенціей,

---

[1]) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903 г., стр. 492—493.—Ср. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, стр. 42 и слѣд.

такъ какъ они обладаютъ властью на правильное совершеніе однихъ матеріальныхъ операцій и не обладаютъ такою властью на совершеніе другихъ; напримѣръ, инженеръ можетъ правильно надзирать за извѣстными работами, расположенными въ предѣлахъ его округа инспекціи, но совершенно не можетъ надзирать за другими работами; профессоръ можетъ излагать свой курсъ, спрашивать на экзаменахъ на факультетѣ, къ которому онъ принадлежитъ, но совершенно не можетъ правильно совершать этого на другомъ факультетѣ. Замѣчаніе имѣетъ особую важность въ отношеніи агентовъ, владѣющихъ публичной силой, которые, приводя въ движеніе эту публичную силу, вовсе не совершаютъ юридическихъ актовъ. Полицейскій комиссаръ, полевой стражникъ или жандармъ, производящіе домовый обыскъ, арестъ, совершаютъ лишь матеріальную операцію; они могутъ совершить ее, они имѣютъ компетенцію на совершеніе ея только въ извѣстныхъ условіяхъ. Въ дальнѣйшемъ мы увидимъ, какія слѣдствія могутъ вытекать изъ того, что агентъ, могущій совершать лишь матеріальныя операціи, дѣйствуетъ внѣ правилъ, предписанныхъ закономъ.

Такимъ образомъ можно говорить о компетенціи всякаго чиновника, совершаетъ ли онъ акты юридическаго порядка (регламентарные акты, акты административные въ собственномъ смыслѣ, акты управленія, юрисдикціонные акты), или же совершаетъ только матеріальныя операціи, которыя онъ можетъ совершать лишь согласно съ закономъ; и компетенція есть власть хотѣть согласно закону, принадлежащая чиновнику. Но безспорно, что если бы языкъ публичнаго права былъ болѣе богатъ, то необходимо

было бы сохранить слово компетенція для власти хотѣть акты юридическаго порядка, а для обозначенія власти хотѣть матеріальныя операціи употреблять другое слово.

Фактически, говоря о компетенціи, безспорно почти всегда разумѣютъ власть чиновника на совершеніе актовъ юридическаго порядка.

Власть хотѣть, составляющая компетенцію, совершенно не представляетъ субъективнаго права, носителя котораго слѣдовало бы опредѣлить. Она есть власть, являющаяся результатомъ, *рефлексомъ*, какъ сказалъ бы Еллинекъ, закона, относящагося къ разсматриваемой функціи, и единственный возможный субъектъ этой власти есть чиновникъ, выражающій эту волю. Въ началѣ этого параграфа было объяснено, почему раціонально совершенно не должно видѣть въ компетенціи субъективнаго права. Не безполезно показать, что только наше представленіе компетенціи согласуется съ современными законодательствами и въ частности съ французскимъ.

Если есть неоспоримое правило современнаго положительнаго права вообще и французскаго положительнаго права въ частности, такъ это именно то, въ силу котораго всякое субъективное право, предоставленное какому-либо лицу, предлагаетъ организованный закономъ способъ достиженія и осуществленія этого права. Современное право цѣликомъ покоится на постоянной возможности осуществленія субъективнаго юридическаго положенія средствами принужденія. Отсюда слѣдуетъ, что если бы компетенція была субъективнымъ правомъ чиновника, то чиновникъ имѣлъ бы средство принудить уважать эту компетенцію или, другими словами, требовать этой компетенціи у всякаго, посягающаго на нее. Но этой возможности, конечно, не существуетъ. Ни одно распоряженіе французскаго положительнаго права, ни одно рѣшеніе французской административной юриспруденціи не признаютъ за чиновникомъ никакого средства требовать свою компетенцію. Министръ не можетъ требовать предъ государственнымъ совѣтомъ, постанавливающимъ юрисдикціонно, вѣдѣнія дѣломъ, на которое заявлялъ бы притязаніе другой министръ. Точно такъ же префектъ не можетъ требовать противъ

другого префекта, меръ не можетъ требовать противъ другого мера путемъ оспариванія компетенціи, принадлежность которой они приписываютъ себѣ. Высшій не можетъ присвоить компетенціи низшаго; и между тѣмъ префектъ не можетъ добиться репрессіи актовъ присвоенія министра, меръ тѣмъ болѣе не можетъ добиться репрессіи актовъ присвоенія префекта.

Однако можно видѣть возраженіе въ постановленіи государственнаго совѣта по дѣлу мера Нери отъ 18 апрѣля 1902 года [1]), которымъ государственный совѣтъ по жалобѣ мера Нери уничтожилъ постановленія префекта Аллье, которыми этотъ послѣдній разрѣшалъ азартныя игры подъ извѣстными условіями, и уничтожилъ постановленіе мера, вводившее безусловное воспрещеніе. Повидимому, въ этомъ случаѣ государственный совѣтъ позволилъ восторжествовать требованію компетенціи, возбужденному меромъ противъ префекта. Ничего этого нѣтъ. Государственный совѣтъ раздѣлилъ ту идею, что меръ, выполняя свои полицейскія функціи, осуществляетъ власть, носителемъ которой является община, такъ какъ ст. 91 ставитъ мера, исполняющаго свои полицейскія функціи подъ *надзоръ*, а не подъ *власть* высшей администраціи. Слѣдовательно, если имѣетъ мѣсто требованіе, то не на основаніи права компетенціи, принадлежащаго чиновнику, но на основаніи власти, дарованной публичному лицу. Съ другой стороны выдвинутое уже выше (§ 46) понятіе обжалованія въ виду превышенія власти, какъ обжалованія объективнаго, не позволяетъ говорить объ отысканіи права. Въ этомъ обжалованіи ссылаются только на законъ; настаиваютъ, что законъ нарушенъ, и требуютъ, не претендуя на какое-нибудь право, уничтоженія акта, совершеннаго съ нарушеніемъ закона; такое требованіе допускается всякій разъ, когда въ наличности имѣется простой моральный интересъ въ уничтоженіи акта. Точно такимъ же образомъ объясняется допустимость обжалованія, возбужденнаго на основаніи ст. 67 закона 5 апрѣля 1884 года противъ постановленія префекта, уничтожающаго рѣшеніе муниципальнаго совѣта, или обжалованіе, возбужденное противъ постановле-

---

[1]) *Recueil*, стр. 275.

нія префекта, официально вносящаго въ муниципальный бюджетъ мнимообязательный расходъ [1]).

Иногда утверждаютъ, что доказательствомъ того, что компетенція является настоящимъ субъективнымъ правомъ чиновника, служитъ то обстоятельство, что онъ всегда можетъ отказаться отъ нея, подавъ въ отставку. Этотъ аргументъ не имѣетъ значенія. Важно, однако, исправить общераспространенную ошибку. Вовсе не отставка чиновника производитъ прекращеніе функціи и прекращеніе компетенціи, которая съ нимъ связана, а принятіе этой отставки компетентной высшей властью. До тѣхъ поръ, пока отставка не принята, чиновникъ состоитъ при функціи со всѣми полномочіями и всѣми обязанностями, связанными съ его функціей. Правда, чиновникъ можетъ не подать въ отставку, но предложить уволить себя въ отставку; обыкновенно отставка принимается; но она можетъ и не быть принятой; на дѣлѣ часто случается, что ея не принимаютъ. Впрочемъ, необходимо замѣтить, что часто, когда отставка не бываетъ принята, это означаетъ, что она разсматривается, какъ актъ нарушенія дисциплины, и что чиновникъ тогда является, вообще говоря, объектомъ дисциплинарнаго увольненія.

Говорятъ еще, что доказательствомъ того, что компетенція представляетъ субъективное право, является то обстоятельство, что чиновники имѣютъ право *делегировать* ее, т.-е. возлагать на извѣстное лицо, вообще говоря, другого чиновника, исполненіе своей компетенціи, совершеніе вмѣсто себя актовъ, которые входятъ въ ихъ компетенцію, съ тѣми же самыми эффектами. Возраженіе не представляетъ затрудненія. Дѣйствительно, современныя законодательства вообще и французское законодательство въ частности разрѣшаютъ извѣстнымъ чиновникамъ и извѣстнымъ учрежденіямъ передавать всю или часть ихъ компетенціи [2]). Но доктрина и практика

---

[1]) Cons. d'Etat, 4 февраля 1905 года, *Recueil*, стр. 92.

[2]) См. именно ордонансъ 17 декабря 1844 г. и декреты 22 декабря 1881 г. и 8 февраля 1882 г. относительно министра финансовъ, ордонансъ 21 марта 1821 г. и декретъ 29 декабря 1854 г. (ст. 3) относительно префекта, ст. 82 закона 5 апрѣля 1884 г. относительно мера, ст. 77 закона 10 августа 1871 г. относительно полномочій, даваемыхъ генеральнымъ совѣтомъ департаментской комиссіи.

согласно признаютъ, что эти передачи компетенціи составляютъ исключеніе и что чиновникъ можетъ совершить полную или частичную передачу своихъ полномочій только, если это ему позволяютъ законъ или регламентъ, и при томъ въ размѣрѣ и подъ условіями, которыми они обставляютъ эту передачу.

Съ другой стороны, выраженіе *делегація* компетенціи, хотя и вошло въ употребленіе, но совершенно не точно. Эти слова, повидимому, предполагаютъ, что существуетъ настоящій мандатъ, которымъ чиновникъ возлагаетъ на повѣреннаго исполненіе за себя своего права компетенціи, что означало бы, что компетенція есть субъективное право. Но это вовсе не такъ: здѣсь нельзя усмотрѣть ни одного изъ свойствъ мандата. Довѣритель можетъ выбрать своего довѣреннаго; чиновникъ, передающій свою компетенцію, не можетъ выбирать своего замѣстителя, послѣдній ему указанъ закономъ; мандатъ всегда прекращается за смертью довѣрителя; передача компетенціи не зависитъ отъ смерти замѣщаемаго; повѣренный юридически связанъ инструкціями, данными ему его довѣрителемъ; чиновникъ-замѣститель обладаетъ полной независимостью въ осуществленіи принадлежащихъ ему полномочій; онъ юридически совершенно не связанъ инструкціями, которыя далъ бы ему замѣщаемый чиновникъ. Замѣщаемый совершенно не имѣетъ права жаловаться на замѣстителя съ цѣлью понудить послѣдняго дать отчетъ; быть-можетъ, замѣститель подчиняется только дисциплинарной и іерархической власти замѣщаемаго [1]).

Въ дѣйствительности то, что законъ и обычай называютъ *делегаціей*, есть назначеніе, обладающее всѣми ранѣе опредѣленными свойствами. Чиновникъ, получающій замѣстительство, пріобрѣтаетъ компетенцію въ силу закона, а вовсе не по волѣ замѣщаемаго чиновника. Замѣститель является повѣреннымъ замѣщаемаго не въ большей степени, чѣмъ чиновникъ является повѣреннымъ высшаго назначающаго его чиновника. Если замѣститель является компетентнымъ, то это въ силу закона; онъ обладаетъ властью,

---

[1]) Доказ. изъ декрета 29 марта 1854 г. и ст. 82 закона 5 апрѣля 1884 г.

налагаемой закономъ, который примѣняется къ нему, и примѣненіе этого закона подчинено тому условію, чтобы выборъ былъ произведенъ чиновникомъ, который самъ былъ бы компетентенъ для осуществленія полномочій, опредѣленныхъ закономъ. Слѣдовательно, изъ передачи компетенціи нельзя извлечь никакого возраженія противъ нашей доктрины [1]).

Не болѣе серьезный аргументъ можно извлечь изъ установленія *трибунала по конфликтамъ*, съ возложеніемъ на него обязанности въ извѣстныхъ случаяхъ дѣлать постановленія по поводу исковъ о компетенціи, возбуждаемыхъ административной властью противъ судебныхъ трибуналовъ. Извѣстно, что до закона 24 мая 1872 года, за исключеніемъ короткаго перерыва въ 1848—1851 годахъ, само правительство, въ лицѣ государственнаго совѣта, дѣлало постановленія относительно конфликтовъ по поводу правъ и обязанностей между административной властью и судебными трибуналами. Послѣ же закона 24 мая 1872 года постановленія по поводу этихъ конфликтовъ дѣлаетъ настоящій судъ, трибуналъ по конфликтамъ. Въ Германіи и Австріи аналогичный трибуналъ существуетъ подъ названіемъ *трибунала по компетенціи*. Но тотъ фактъ, что конфликты компетенцій разрѣшаетъ настоящій трибуналъ, нисколько не доказываетъ, чтобы компетенція была субъективнымъ правомъ. Здѣсь мы имѣемъ совершенно простой примѣръ *объективной юрисдикціи* [2]). Единственный подлежащій разрѣшенію вопросъ есть вопросъ о томъ, нарушилъ или нѣтъ судебный трибуналъ, объявивъ себя компетентнымъ, правило раздѣленія судебной и административной властей; а это — вопросъ чисто объективнаго права.

Какія послѣдствія повлечетъ выходъ агентомъ изъ предѣловъ своихъ законныхъ полномочій? Вообще можно сказать, что тогда будетъ имѣть мѣсто *превышеніе власти*, въ самомъ этимологическомъ смыслѣ этого выраженія. Однако, хотя

---

[1]) Ср. Fornel de la Laurentie, *La délégation administrative*, thèse, Bordeaux, 1901 г.

[2]) См. § 46.

значеніе этого выраженія съ каждымъ днемъ расширяется все болѣе, оно все-таки не употребляется для обозначенія всякаго превышенія власти. Смыслъ этого выраженія не остается одинаковымъ, смотря по тому, прилагается ли оно къ чиновникамъ судебнаго или же административнаго сословія. Наконецъ не принято употреблять это выраженіе по поводу нарушеній функціональнаго закона, со стороны чиновниковъ, совершающихъ не юридическій актъ. Это непостоянство терминологіи дѣлаетъ особенно труднымъ точное рѣшеніе предложеннаго вопроса.

Однако намъ кажется, что, говоря вообще, совершаетъ ли агентъ юридическій актъ, или же актъ не юридическій, онъ можетъ превысить власть тремя различными способами:

1) Агентъ совершаетъ дѣяніе, на совершеніе котораго онъ по той или другой причинѣ не имѣетъ законной власти, либо потому, что это дѣяніе относится къ компетенціи другого агента, либо потому, что по какой-нибудь причинѣ оно не входитъ въ компетенцію административнаго или судебнаго агента, либо потому, что, входя въ компетенцію судебнаго агента, оно совершено административнымъ агентомъ или наоборотъ. Различныя нарушенія закона компетенціи могутъ влечь за собой различныя послѣдствія; но, въ дѣйствительности, мы имѣемъ всегда и только нарушеніе закона компетенціи.

2) Агентъ совершаетъ то, что имѣетъ власть совершать; но совершаетъ его безъ соблюденія формальностей, предписанныхъ закономъ, или соблюдая ихъ нерегулярно и не въ полномъ объемѣ. Тутъ еще заключается превышеніе компетенціи. Агентъ компетентенъ совершать данное дѣло только подъ

условіемъ соблюденія извѣстныхъ формъ; если онѣ не были соблюдены, чиновникъ дѣйствовалъ внѣ компетенціи.

3) Агентъ совершаетъ актъ, входящій въ его компетенцію, но преслѣдуя иную, помимо той цѣли, которую имѣлъ въ виду законъ, предоставляя ему эту компетенцію. Тутъ опять налицо настоящее превышеніе власти. Когда чиновникъ, совершая именно актъ юридическаго порядка, дѣйствуетъ ради другой цѣли, чѣмъ та, которую имѣлъ въ виду законъ, представляя ему его компетенцію, то говорятъ по окончательно установившейся терминологіи, что тутъ заключается *отклоненіе власти* (*détournement de pouvoir*). Но этотъ видъ нарушенія функціоннаго закона (примѣры будутъ даны дальше) можетъ возникать даже относительно актовъ не юридическихъ; мы предлагаемъ называть его тогда *злоупотребленіемъ власти*.

Практика государственнаго совѣта все болѣе и болѣе вводитъ элементъ *цѣли* при оцѣнкѣ актовъ, передаваемыхъ на его разсмотрѣніе какъ съ точки зрѣнія дѣйствительности, такъ и съ точки зрѣнія отвѣтственности. Государственный совѣтъ абсолютно правъ. Всякій юридическій актъ есть актъ воли; часто уже говорилось, что актъ воли долженъ прежде всего оцѣниваться по преслѣдуемой цѣли. И чиновникъ нарушаетъ законъ компетенціи, какъ совершая то, на что не имѣетъ власти, такъ и то, надъ чѣмъ ему предоставлена власть, но въ цѣляхъ, которыя онъ не имѣлъ власти преслѣдовать. Что касается актовъ матеріальныхъ, то вопросъ о подчиненіи ихъ дѣйствію права зависитъ отъ цѣли, ради которой они были заявлены. Воля, которая хочетъ ихъ, можетъ оцѣниваться относительно своего воздѣйствія въ области права только съ точки зрѣнія цѣлей, которыя ее опредѣлили. Если стать безъ колебаній на эту точку зрѣнія, то получатъ легкое разрѣшеніе особенно многочисленные вопросы объ отвѣтственности чиновниковъ и государства.

Предположимъ сначала, что административный агентъ совершаетъ административный актъ въ собственномъ смыслѣ со слѣдами одного изъ трехъ вышеназванныхъ нарушеній закона. Говорятъ, что налицо превышеніе власти или спеціально отклоненіе власти, когда актъ былъ совершенъ вопреки цѣли закона; впрочемъ, часто означаютъ превышеніемъ власти безразлично всѣ три случая. Французское право располагаетъ энергическимъ средствомъ, чтобы дать санкцію нарушенному такимъ образомъ функціонному закону. Это обжалованіе въ виду превышенія власти и обжалованіе въ виду отклоненія власти, представляющее лишь приложеніе перваго. Введенное практикой государственнаго совѣта, освященное ст. 9 закона 24 мая 1872 года, оно съ тѣхъ поръ получило на практикѣ широкое развитіе. Оно образуетъ типическое приложеніе того, что мы назвали объективнымъ судомъ [1]).

Всякое лицо, имѣющее интересъ, хотя бы только моральный въ уничтоженіи акта со слѣдами превышенія власти или отклоненія власти, можетъ возбудить судебное обжалованіе въ государственномъ совѣтѣ въ теченіе двухъ мѣсяцевъ со дня объявленія или публикаціи оспариваемаго акта [2]).

Если актъ является юрисдикціоннымъ административнымъ актомъ, то всегда возможна апелляція и кассаціонное обжалованіе въ государственный совѣтъ по поводу юрисдикціонныхъ актовъ, совершенныхъ въ послѣдней инстанціи.

---

[1]) Ср. § 46.

[2]) Зак. 18 апрѣля 1900 г., ст. 24.

Что касается актовъ, исходящихъ отъ судебной власти и совершенныхъ съ нарушеніемъ закона компетенціи, то ихъ уничтоженія можно потребовать, смотря по случаю, помощью апелляціи или путемъ обращенія къ кассаціи. Французскіе процессуальные кодексы и практика высшаго суда установили на этотъ счетъ очень сложныя правила, иногда очень смутныя [1]).

Наконецъ, если представить матеріальный актъ, совершенный чиновникомъ за предѣлами своей власти, то, очевидно, не можетъ быть вопроса о ничтожности, и выраженіе «превышеніе власти и отклоненіе власти» совершенно не на мѣстѣ. Быть-можетъ, слѣдовало бы говорить объ *узурпаціи власти*, если агентъ совершилъ актъ, на который не былъ уполномоченъ; о *злоупотребленіи власти*, если онъ совершилъ актъ, предоставленный ему, но въ цѣляхъ, противныхъ закону. Здѣсь нельзя говорить объ уничтоженіи акта, потому что налицо нѣтъ вовсе юридическаго акта и потому что нельзя совершенно уничтожить фактъ. Нарушеніе функціоннаго закона послужитъ основаніемъ для отвѣтственности агента или государства, согласно различію, которое будетъ сдѣлано въ слѣдующемъ параграфѣ и которое въ настоящее время единогласно признано юриспруденціей,—различію между *личной* виной агента и виной *функціонной*.

Отвѣтственность будетъ имѣть также мѣсто, когда агентъ совершилъ матеріальную операцію, которую имѣлъ право совершить, но въ иныхъ цѣляхъ, чѣмъ тѣ, которыя имѣлъ законъ, предоставляя ему эту

---

[1]) Ср. § 46.

власть. Для этого именно случая мы выдѣлили выраженіе *злоупотребленіе властью*, которое соотвѣтствуетъ выраженію *злоупотребленіе правомъ* въ гражданскомъ правѣ и которое обозначаетъ теорію отвѣтственности между частными лицами, соотвѣтствующую теоріи публичнаго права [1]).

Государственный совѣтъ недавно призналъ принципъ отвѣтственности государства въ случаѣ злоупотребленія властью со стороны префекта, при очень интересныхъ обстоятельствахъ (дѣло Оливье и Циммермана). Дѣло шло о постановленіи префекта Нижнихъ Пиринеевъ, неправильно касавшемся каррьера въ предѣлахъ судоходной рѣки (la Nive); префектъ заставилъ выполнить его, предписавъ присудить за правонарушеніе по поводу большого пути сообщенія лицо, объявлявшее себя собственникомъ и оградившее мѣсто барьеромъ. По просьбѣ собственника государственный совѣтъ призналъ отвѣтственность государства за необдуманное исполненіе. «Принимая во вниманіе, говорится въ рѣшеніи, что префектъ, если и пользовался правомъ, предоставленнымъ ему ст. 69 закона 22 іюля 1889 года (предварительное исполненіе), то онъ могъ осуществлять его *на страхъ и рискъ администраціи;* принимая во вниманіе, что рѣшеніемъ государственнаго совѣта 11 марта 1898 года постановленіе префекта о разграниченіи было уничтожено, что истцы, такимъ образомъ, были въ правѣ требовать возмѣщенія ущерба, причиненнаго имъ вслѣдствіе приказа, отданнаго префектомъ агентамъ администраціи, приступить къ исполненію» [2]).

67. Положеніе агентовъ. Дисциплина и отвѣтственность.—Чиновникъ не только имѣетъ власть, но сверхъ того, обязанъ совершать акты, входящіе въ составъ его функціи. Эта обязанность, покоясь на той же основѣ, какъ и его власть, естественно носитъ та-

---

[1]) Ср. Josserand, *De l'abus des droits*. 1906.

[2]) Cons. d'Etat, 27 февраля 1903 г., S. 1905 г., III, 17 съ очень интересной нотой Оріу.

кой же характеръ. Она не представляетъ субъективнаго обязательства; это есть обязательство легальное, вытекающее изъ закона функціи. Подобно власти чиновника, его обязанность строится по закону функціи; она вовсе не опредѣляется разъ навсегда актомъ назначенія: она опредѣляется закономъ, управляющимъ функціей, и слѣдуетъ всѣмъ измѣненіямъ, происходящимъ въ законѣ функціи, смотря по тому, увеличиваетъ ли, или уменьшаетъ законъ объемъ обязанности, лежащей на чиновникѣ. Чтобы принудить чиновника непосредственно къ выполненію обязанностей, входящихъ въ его функцію, противъ него не существуетъ совершенно иска, и это вполнѣ согласуется съ объективнымъ характеромъ обязанностей изъ функціи. Но высшая администрація, въ силу самаго закона функціи, располагаетъ очень энергичными средствами, построенными во всѣхъ современныхъ законодательствахъ почти на одинаковыхъ принципахъ; сюда, главнымъ образомъ, относятся дисциплина, іерархія и контроль, но эти средства не имѣютъ ничего общаго съ искомъ, направленнымъ на санкцію субъективнаго обязательства.

Дисциплина. — Она представляетъ собою санкцію власти *надзора*, принадлежащей высшей администраціи надъ подчиненными чиновниками для обезпеченія выполненія ими ихъ функціонныхъ обязанностей. Слово надзоръ, встрѣчающееся сравнительно рѣдко въ научныхъ сочиненіяхъ на французскомъ языкѣ, не чуждо, однако, терминологіи французскаго законодателя. Оно встрѣчается въ нѣсколькихъ законахъ революціоннаго періода, а именно въ законѣ 14 декабря 1789 года, ст. 50; оно повторяется также въ нѣкоторыхъ современныхъ административныхъ

законахъ, именно въ ст. 91 закона 5 апрѣля 1884 г. Тѣмъ не менѣе, нужно ясно отличать надзоръ отъ другихъ установленій, съ которыми его часто смѣшиваютъ, а именно отъ іерархіи и контроля.

Надзоръ не есть іерархія, такъ какъ онъ простирается на всѣхъ агентовъ безъ различія, каковъ бы ни былъ способъ ихъ назначенія, и каковы бы ни были природа и объемъ ихъ полномочій, на агентовъ по назначенію и агентовъ по выборамъ, на агентовъ судебныхъ и агентовъ административныхъ, совершаютъ ли они акты власти или акты исполненія, или даже просто матеріальныя операціи. Наоборотъ, іерархія въ истинномъ смыслѣ этого слова можетъ подчинять другъ другу только агентовъ, совершающихъ акты власти, и по поводу актовъ власти. Что касается контроля, то онъ простирается только на децентрализованныхъ агентовъ и также рѣзко отличается стъ надзора, какъ и отъ іерархіи. Агентъ, снабженный компетенціей контроля, можетъ отказать въ своемъ одобреніи акта, совершеннаго агентомъ децентрализаціи, и даже уничтожить его, но онъ вовсе не можетъ передѣлать его и замѣнить его своимъ собственнымъ рѣшеніемъ, какъ это можетъ сдѣлать іерархическій начальникъ. Съ другой стороны, надзоръ, въ отличіе отъ контроля, не сообщаетъ вовсе компетенціи на уничтоженіе или отказъ въ одобреніи акта; но въ отличіе отъ надзора, контроль вовсе не сообщаетъ агенту контроля права предписывать актъ.

Надзоръ предполагаетъ прежде всего возможность для агента, облеченнаго этою властью, обращать инструкціи къ агентамъ, стоящимъ подъ его надзоромъ,—инструкціи индивидуальнаго характера, ин-

струкціи общаго характера (циркуляры), инструкціи въ собственномъ смыслѣ слова, указывающія поднадзорному агенту директиву поведенія, но предоставляющія ему свободу оцѣнки, *приказъ по службѣ*, возлагающій на агента обязанность дѣйствовать въ предусмотрѣнномъ случаѣ строго опредѣленнымъ образомъ.

Ни инструкція, ни приказъ по службѣ, исходящіе отъ компетентнаго чиновника не порождаютъ относительно низшаго чиновника субъективной юридической обязанности сообразоваться съ ними [1]).

Санкція надзора заключается въ *дисциплинѣ* чиновниковъ, которая выражается въ дисциплинарныхъ актахъ, т.-е. въ рѣшеніяхъ чиновника, налагающаго на другого извѣстную репрессію за вину, допущенную при осуществленіи своихъ функцій, или за вину, могущую оказать вліяніе на осуществленіе его функцій.

Дисциплинарная власть.—Вопросъ объ истинномъ характерѣ дисциплинарной власти и ея основаніяхъ представляетъ одинъ изъ самыхъ тонкихъ вопросовъ публичнаго права. Отличается ли дисциплинарная репрессія отъ репрессіи уголовной? Покоится ли она на тѣхъ же основаніяхъ или имѣетъ отличную основу?

По нашему мнѣнію, дисциплинарная репрессія, съ точки зрѣнія своего основанія, представляетъ уголовную репрессію въ томъ смыслѣ, что она объясняется однимъ и тѣмъ же представленіемъ государства. Если ставить власть уголовной репрессіи въ связь съ *imperium'омъ* государства, то отъ него также проистекаетъ и дисциплинарная репрессія. Если отрицать реальность и законность государственнаго *imperium'a* въ самомъ себѣ, если объяснять уголовную репрессію, какъ законную возможность, установленную въ извѣстныя эпохи и въ извѣстныхъ странахъ въ пользу болѣе сильныхъ для

---

[1]) Ср. *выше*, § 38 и рѣшенія государственнаго совѣта, 7 іюля 1905 года, *Rec.*, стр. 609 и 611, и *Revue du droit public*, 1906 г., стр. 246.

обезпеченія соблюденія извѣстныхъ нормъ подъ угрозою уголовнаго наказанія, то эта же самая идея можетъ также лечь въ основаніе дисциплинарной репрессіи. Такимъ образомъ, дисциплинарная репрессія есть репрессія уголовная; но это такая уголовная репрессія, которая осуществляется вполнѣ или отчасти посредствомъ административныхъ актовъ, а не съ помощью актовъ юрисдикціонныхъ, какъ репрессія уголовная. Въ § 46 было указано, что рѣшенія по вопросамъ уголовнымъ представляютъ акты объективной юрисдикціи, потому что власть, постановляющая ихъ, вовсе не обязана констатировать существованіе или объемъ возникшаго ранѣе юридическаго положенія, но должна только рѣшить вопросъ, были ли или нѣтъ нарушены объективное право и законъ. И юрисдикціонное рѣшеніе, такъ какъ власть репрессивная тѣсно и *логически* связана правомъ, должно представлять силлогизмъ, большая посылка которой есть норма права, а меньшая — констатированіе факта. Репрессивная власть дѣйствительно логически связана закономъ. Съ точки зрѣнія факта, который можетъ повлечь осужденіе, если только онъ предусмотрѣнъ и опредѣленъ закономъ, и съ точки зрѣнія репрессіи единственное наказаніе, которое можно наложить, есть наказаніе, установленное закономъ и въ предѣлахъ, опредѣленныхъ имъ.

Наоборотъ, дисциплинарное рѣшеніе осталось рѣшеніемъ административнымъ; оно есть рѣшеніе уголовное, не подвергшееся юрисдикціонной обработкѣ. Прежде всего, въ странахъ, гдѣ существуетъ раздѣленіе сословія административнаго и сословія судебнаго, рѣшеніе принимается административными агентами. Иногда въ этой роли выступаетъ правительство, дѣйствующее въ качествѣ административнаго органа; самымъ обычнымъ явленіемъ бываетъ, что компетентнымъ дисциплинарнымъ агентомъ является министръ, въ кругъ вѣдомства котораго входитъ заинтересованный чиновникъ, или просто начальники службъ; префектъ и меръ располагаютъ широкой дисциплинарной властью. По отношенію къ судебнымъ чиновникамъ дисциплинарная власть принадлежитъ кассаціонному суду, преображающемуся въ *высшій совѣтъ магистратуры* (conseil supérieur de la magistrature) [1]. Этого

[1]) Законъ 30 августа 1883 года, ст. 13.

обозначенія достаточно, чтобы показать, что судъ выступаетъ здѣсь не въ качествѣ судебной юрисдикціи. То же самое можно сказать относительно судовъ и палатъ, дѣйствующихъ въ качествѣ дисциплинарныхъ совѣтовъ для министерскихъ служащихъ и повѣренныхъ.

Вообще власть, осуществляющая дисциплину, ни въ какой степени не связана законами или регламентами съ точки зрѣнія фактовъ, могущихъ повлечь дисциплинарную репрессію. Она можетъ абсолютно дискреціоннымъ образомъ оцѣнивать факты, могущіе, по ея мнѣнію, повлечь дисциплинарную репрессію. На службу могутъ оказывать вліяніе не только небрежность, болѣе или менѣе тяжкіе факты, совершенные по службѣ, но также и факты частной жизни. Однимъ словомъ, въ то время, какъ уголовная юрисдикція, тѣсно ограниченная выраженіями закона, можетъ налагать наказанія только за фактъ, предусмотрѣнный, опредѣленный и квалифицированный какъ нарушеніе закона, дисциплинарный агентъ съ полною свободой можетъ самъ оцѣнивать факты, способные повлечь репрессію. Однако есть и исключенія.

Наконецъ дисциплинарный агентъ располагаетъ также полною свободою въ опредѣленіи налагаемыхъ имъ наказаній. Само собою разумѣется, однако, что онъ не можетъ наложить наказаніе, которое было бы посягательствомъ на личную свободу или собственность агента: согласно современному праву, и въ частности по французскому праву, свобода и собственность всякаго индивида поставлены подъ охрану судебной власти. Это положеніе претерпѣваетъ исключеніе только въ интересахъ военной дисциплины: начальникъ можетъ налагать наказанія, лишающія свободы, но, впрочемъ, опредѣленныя регламентами. Дисциплинарныя наказанія состоятъ, главнымъ образомъ, въ рѣшеніяхъ относительно осуществленія самой функціи. Во Франціи, согласно многочисленнымъ административнымъ регламентамъ и въ особенности согласно очень прочно установившимся стариннымъ традиціямъ къ дисциплинарнымъ наказаніямъ относятся: замѣчаніе, выговоръ, лишеніе всего или части содержанія, отстраненіе въ теченіе опредѣленнаго срока. Наконецъ часто самыми тяжелыми дисциплинарными наказаніями являются официальное увольненіе въ отставку

и устраненіе. Но они не всегда являются дисциплинарными наказаніями. Для нѣкоторыхъ чиновниковъ, напримѣръ, во Франціи для несмѣняемыхъ магистратовъ, для профессоровъ и нѣкоторыхъ другихъ чиновниковъ устраненіе всегда есть дисциплинарное наказаніе. Для другихъ чиновниковъ оно не является непремѣнно дисциплинарнымъ наказаніемъ: напримѣръ, префекты, супрефекты, члены судебныхъ установленій могутъ быть устраняемы дискреціоннымъ порядкомъ, если даже имъ нельзя ничего поставить въ упрекъ.

Во всѣхъ странахъ и въ частности во Франціи сказывается явно выраженная тенденція дисциплинарной репрессіи къ сближенію съ уголовной репрессіей, къ преобразованію въ *юрисдикціонномъ* духѣ. Это преобразованіе объясняется естественно потребностью, дающей себя чувствовать все настойчивѣе съ каждымъ днемъ, распространить на всѣхъ индивидовъ, чиновниковъ или просто частныхъ лицъ, насколько возможно, полную защиту противъ произвола. Это преобразованіе связывается также съ совершенно справедливой мыслью, что агенты, чувствуя себя лучше защищенными противъ произвола начальниковъ по службѣ, станутъ исполнять съ большей пользой, большимъ рвеніемъ и энергіей довѣренныя имъ обязанности. Тенденція дисциплинарной репрессіи къ преобразованію въ *юрисдикціонномъ* духѣ проявляется съ различныхъ точекъ зрѣнія. Прежде всего, очень часто начальникъ службы уже болѣе не одинъ является компетентнымъ для осуществленія дисциплинарной репрессіи; нерѣдко онъ обязанъ запросить мнѣніе совѣта; иногда даже дисциплинарное рѣшеніе принимается коллегіей организованной, какъ судъ, и обязательно для начальника службы. Иногда дисциплинарныя наказанія, которыя можно налагать, ограничительно перечисляются законами и регламентами, и дисциплинарная власть начальника службы или дисциплинарный совѣтъ могутъ наложить только предусмотрѣнное такимъ образомъ наказаніе. Наконецъ нѣкоторые законы намѣчаютъ опредѣленія дисциплинарной вины. Въ качествѣ примѣра можно привести ст. 14 закона 30 августа 1883 года о реформѣ магистратуры.

Въ этомъ послѣднемъ пунктѣ менѣе всего замѣтно движеніе впередъ. Во всѣхъ современныхъ законодательствахъ

еще существуетъ это различіе между уголовной репрессіей и репрессіей дисциплинарной: первая можетъ наступить только относительно факта, предусмотрѣннаго и опредѣленнаго закономъ, какъ нарушеніе, вторая можетъ наступить относительно факта, о которомъ компетентному агенту предоставлено рѣшить, образуетъ ли онъ вину, способную повлечь репрессію. Но мы убѣждены, что наступитъ время, когда для репрессіи служебной вины будетъ установлена настоящая юрисдикція, передъ которой и будетъ протекать состязательный споръ,—время, когда будетъ дано легальное опредѣленіе и ограничительное перечисленіе фактовъ, могущихъ составить служебную вину, а также легальное и ограничительное перечисленіе наказаній, могущихъ налагаться для репрессіи этой вины. Тогда дисциплинарная репрессія будетъ совершенно преобразована *юрисдикціонно*, она будетъ носить тотъ же характеръ, какъ и уголовная репрессія. Но будетъ ли она имѣть ту же область примѣненія? Практическое значеніе вопроса таково. Безъ сомнѣнія, извѣстные факты могутъ представлять дисциплинарныя нарушенія, не будучи нарушеніями уголовными, и дадутъ поводъ только къ дисциплинарной юрисдикціонно построенной репрессіи; но если предположить фактъ, предусмотрѣнный одновременно уголовнымъ закономъ и закономъ дисциплинарнымъ, то можно ли будетъ преслѣдовать его передъ уголовной юрисдикціей и юрисдикціей дисциплинарной? И можетъ ли чиновникъ, оправданный уголовной юрисдикціей, быть осужденъ юрисдикціей дисциплинарной? При современномъ состояніи права представляется вѣроятнымъ, что онъ можетъ быть осужденъ. И это логично, такъ какъ дисциплинарная власть обладаетъ полной свободой оцѣнки для опредѣленія факта, способнаго повлечь дисциплинарное наказаніе. Но насъ соблазняетъ вѣра, что преобразованіе дисциплинарной репрессіи на юрисдикціонныхъ началахъ поведетъ къ ея полному сліянію съ уголовной репрессіей, и, слѣдовательно, чиновникъ, оправданный уголовной юрисдикціей, будетъ свободенъ отъ преслѣдованія за тотъ же фактъ передъ дисциплинарной юрисдикціей. Иначе это были бы репрессивныя преслѣдованія за одинъ и тотъ же фактъ, что противно принципу всякой справедливости, формулированному въ ста-

ринномъ правилѣ *non bis in idem*. Однимъ словомъ, мы вѣримъ, что современныя законодательства не только направляются въ сторону ассимиляціи двухъ репрессій, но даже къ полному исчезновенію дисциплинарной репрессіи.

Съ только что указанной эволюціей можно поставить въ связь распоряженіе статьи 165 финансоваго закона 22 апрѣля 1905 года: «Всѣ чиновники гражданскіе и военные, всѣ служащіе и рабочіе всѣхъ отраслей публичной администраціи имѣютъ право, чтобы имъ лично и конфиденціально давались на руки всѣ замѣчанія, листки съ характеристикой и другіе документы, составляющіе ихъ досье, какъ ранѣе принятія относительно ихъ дисциплинарной мѣры или офиціальнаго перемѣщенія, такъ и ранѣе отсрочки въ ихъ повышеніи по старшинству».

Боннаръ въ своей докторской работѣ, озаглавленной *De la répression disciplinaire* [1]), развилъ интересную мысль. Онъ полагаетъ, что дисциплинарное право представляетъ уголовное право корпорацій, отличныхъ отъ государства, и что такимъ образомъ существуетъ различіе по основанію и по объему между дисциплинарной репрессіей и репрессіей уголовной, что публичныя функціи въ современномъ правѣ обнаруживаютъ тенденцію къ организаціи въ корпораціи, и что дисциплинарное право публичныхъ функій есть уголовное право *функціонныхъ* корпорацій, что это вполнѣ объясняетъ сказывающіяся въ современныхъ законахъ и регламентахъ относительно дисциплины тенденціи предоставить дисциплинарную власть въ нѣкоторомъ родѣ корпоративнымъ совѣтамъ, составленнымъ изъ высшихъ чиновниковъ публичной службы, къ которой принадлежитъ обвиняемый чиновникъ [2]). Согласно автору, этимъ можно объяснить, съ одной стороны, почему репрессіи уголовная и дисциплинарная являются и всегда будутъ отличаться, почему одинъ и тотъ же индивидъ

---

[1]) Bordeaux, 1902 г.

[2]) См. именно зак. 30 августа 1883 года относительно высшаго совѣта магистратуры, зак. 27 февраля 1880 года о высшемъ совѣтѣ народнаго просвѣщенія, декреты 15 іюля 1897 года, 29 іюля, 29 октября, 1 декабря 1899 года относительно дисциплины служащихъ различныхъ министерствъ.

всегда можетъ быть за одинъ и тотъ же фактъ оправданъ уголовной юрисдикціей и осужденъ юрисдикціей дисциплинарной.

Еллинекъ полагаетъ, что дисциплинарная репрессія совершенно отлична отъ уголовной репрессіи, что она вовсе не происходитъ отъ повелѣвающей власти государства (*Herrschaft*), отъ которой, наоборотъ, безспорно исходитъ уголовная репрессія. «Власть дисциплины,—говоритъ онъ,—вовсе не есть власть *господства* (Herrschaft)». Доводы, приводимые тутъ ученымъ авторомъ, двоякаго рода. Прежде всего, говоритъ онъ, не одно государство располагаетъ дисциплинарной властью: общины, церкви, товарищества, публичныя установленія и даже просто частныя лица обладаютъ правомъ дисциплины; напримѣръ, отецъ—надъ своими дѣтьми, хозяинъ—надъ служащими. Съ другой стороны, если бы дисциплинарная власть являлась производной отъ власти государства, то послѣднее, конечно, имѣло бы право непосредственно принуждать чиновника къ исполненію функціонной службы; но, говоритъ Еллинекъ, государство не можетъ непосредственно принудить чиновниковъ къ повиновенію служебнымъ приказомъ; оно можетъ только устранить ихъ, если они не исполняютъ послѣднихъ. Дисциплина чиновниковъ, говоритъ ученый профессоръ, основывается на *договорѣ публичной службы*, устанавливающемся между государствомъ и чиновникомъ [1]),—договорѣ, изъ котораго для государства возникаетъ право обезпечить точное исполненіе со стороны чиновника миссіи, входящей въ его функцію, и власть устранить его въ случаѣ неисполненія обязательствъ, принятыхъ имъ на себя, подобно тому, какъ хозяинъ можетъ уволить служащаго, измѣняющаго своимъ обязанностямъ, какъ община, церковь или общество могутъ исключить члена, возстающаго противъ соціальной цѣли. При такомъ пониманіи основанія дисциплины, говоритъ Еллинекъ, становится яснымъ, почему дисциплинарная вина, съ одной стороны, не опредѣлена въ общемъ видѣ закономъ и можетъ быть свободно оцѣниваема агентомъ, на котораго возложено осуществленіе этой дисциплины. Дѣйствительно, такъ какъ государство является

---

[1]) Ср. *выше*, § 65.

здѣсь не въ роли суверена, прилагающаго наказанія за опредѣленный фактъ, но въ качествѣ договаривающейся стороны, то оно обладаетъ въ силу договора правомъ совершенно свободно оцѣнивать, хорошо или плохо исполняетъ его служащій взятыя на себя обязанности. Съ другой стороны, понятно, почему дисциплинарныя наказанія не налагаются настоящей юрисдикціей. Наконецъ понятно, что дисциплина никогда не влечетъ физическихъ наказаній, и что самое сильное дисциплинарное наказаніе есть исключеніе или увольненіе. Дѣйствительно, вина для чиновника—въ посягательствѣ, направленномъ на связь, соединяющую его съ государствомъ, въ дурномъ исполненіи своей функціональной миссіи; въ наказаніе у него отымается эта миссія [1]).

Мы совершенно не понимаемъ этой власти государства, которая совершенно не является повелѣвающею властью государства. Съ другой стороны, слѣдовало бы доказать, а Еллинекъ вовсе этого не дѣлаетъ, что дисциплинарная власть, которой подчинены чиновники государства, представляетъ нѣчто тожественное съ правомъ отца семейства надъ своими дѣтьми, съ принадлежащей ассоціаціи возможностью исключать тѣхъ изъ своихъ членовъ, кто, напримѣръ, не платитъ своихъ взносовъ, съ признаннымъ, хотя, впрочемъ, не безъ возраженій, правомъ хозяина дѣлать иногда подъ именемъ штрафовъ вычеты изъ жалованья своихъ служащихъ. Намъ кажется, что тутъ сопоставляются абсолютно различныя вещи. Сверхъ того, система Еллинека страдаетъ очень крупнымъ недостаткомъ и вовсе не объясняетъ эволюціи, изображенной выше и согласно которой дисциплинарная репрессія настойчива стремится къ отожествленію съ уголовной репрессіей [2]).

---

[1]) Iellinek, *System*, 2 изд., 1905 г., стр. 214 и слѣд.

[2]) Относительно дисциплины, кромѣ уже приведенныхъ авторовъ, ср. Druille, *Le pourvoi disciplinaire*, thèse, Toulouse, 1900 г.; Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse, Paris, 1903 г.; Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903 г., стр. 462 и слѣд.; Kübel, *Die rechtliche Natur der Disciplinarstrafe*, Diss. Erlangen, 1892 г.

Іерархія. — Всѣ агенты подчинены дисциплинарной власти; нѣкоторые, сверхъ того, подчинены іерархической власти, которая вообще представляетъ принадлежащую агенту власть отсрочивать, уничтожать или передѣлывать актъ, совершенный другимъ агентомъ. Изъ этой власти агента, могущаго отсрочивать, уничтожать или передѣлывать, возникаетъ свойство высшаго агента по отношенію къ агенту, актъ котораго можетъ быть отложенъ, отмѣненъ или передѣланъ. Это опредѣленіе іерархіи вполнѣ отвѣчаетъ цѣли, для которой іерархія была установлена: оградить частныхъ лицъ и публичныя службы отъ послѣдствій незаконнаго или неумѣстнаго акта; она должна поэтому состоять, главнымъ образомъ, въ признаваемой закономъ за агентомъ компетенціи уничтожать эти послѣдствія [1]).

Контроль.—Право контроля, какъ понимаемъ его мы, прилагается только къ агентамъ, называемымъ децентрализованными, главной и общей чертой которыхъ является не назначеніе ихъ центральной властью, а избраніе опредѣленнымъ мѣстнымъ округомъ. Здѣсь не подлежитъ обсужденію вопросъ, являются ли мѣстные округа, вслѣдствіе концессіи унитарнаго государства, носителями извѣстныхъ правъ власти, и не осуществляютъ ли децентрализованные агенты только права, носителями которыхъ являются округа [2]). Какъ бы то ни было, мы полагаемъ по этому поводу, что одна изъ главныхъ чертъ децентрализованныхъ агентовъ заключается

---

[1]) Ср. дальнѣйшія подробности въ руководствахъ по административному праву и нашу работу *L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903 г., стр. 454 и слѣд.

[2]) Ср. § 32.

исключительно въ ихъ подчиненіи контролю, а вовсе не іерархической власти агентовъ центральной администраціи. Іерархическій начальникъ, какъ только что сказано, можетъ отложить, уничтожить и даже передѣлать актъ низшаго и замѣнить его рѣшеніе своимъ собственнымъ. Агентъ, облеченный властью контроля, можетъ отказать въ одобреніи, можетъ отложить, можетъ даже уничтожить, но совершенно не можетъ передѣлать актовъ децентрализованныхъ чиновниковъ. Часто рѣшеніе, принимаемое децентрализованнымъ агентомъ, не является окончательнымъ само по себѣ; или хотя и окончательное само по себѣ оно можетъ быть уничтожено агентомъ контроля; но послѣдній никогда не можетъ замѣнить своимъ рѣшеніемъ рѣшенія децентрализованнаго агента и передѣлать его.

Въ заключеніе, двѣ существенныя черты различаютъ децентрализованныхъ агентовъ отъ централизованныхъ. Они назначаются безъ содѣйствія агентовъ центральной власти; они подчинены власти контроля, но вовсе не іерархической власти.

Это право контроля въ обыденномъ языкѣ часто называется правомъ *опеки*. Выраженіе не точное прежде всего потому, что здѣсь никто не находится подъ опекой. Дѣйствительно, при допущеніи личности децентрализованнаго административнаго округа, послѣдній вовсе не находится подъ опекой, такъ какъ агентъ контроля совершенно не представляетъ его. Затѣмъ потому, что здѣсь совсѣмъ нѣтъ опекуна, ибо агентъ контроля можетъ отказать въ одобреніи или уничтожить, двѣ функціи, которыя никогда не входятъ въ роль опекуна. Говоря по существу, выраженіе имѣетъ мало значенія, если установилось согласіе во взглядахъ на положеніе, обозначаемое имъ.

Французскіе административные законы организовали крайне сложную, остроумную и ученую систему контроля,

осуществляемаго центральнымъ правительствомъ и его агентомъ надъ агентами и децентрализованнымъ самоуправленіемъ, генеральнымъ совѣтомъ, департаментской комиссіей [1]), муниципальными совѣтами и мерами [2]).

Отвѣтственность. — Послѣдній способъ санкціи обязательствъ, возлагаемыхъ на агентовъ, даетъ ихъ отвѣтственность. Сверхъ того, эта отвѣтственность возбуждаетъ одинъ изъ самыхъ трудныхъ вопросовъ публичнаго права, и можно сказать, что ни въ одной странѣ не существуетъ полнаго законодательства относительно отвѣтственности чиновниковъ. Французская юриспруденція съ трудомъ начинаетъ выработку нѣкоторыхъ точныхъ правилъ по этому вопросу.

Принципъ отвѣтственности чиновниковъ разсматривался авторами французскихъ конституцій и французскихъ административныхъ законовъ революціонной эпохи, какъ принципъ, направленный, главнымъ образомъ, на защиту индивидуальной свободы противъ произвола власти. Онъ былъ формулированъ въ очень общихъ выраженіяхъ ст. 15 Декларації правъ: «общество имѣетъ право потребовать отчета у всякаго публичнаго агента относительно его управленія», съ которой нужно сблизить слѣдующія статьи конституціи 1791 года, тит. III, введ., ст. 4; тит. III, гл. III, разд. I, ст. 1 и 2; тит. III, гл. V, ст. 23; тит. V, ст. 3. Статья 24 Декларації правъ 1793 года формулировала этотъ принципъ съ особенной энергіей: «она (соціальная гарантія) не можетъ существовать, если ясно не опредѣлены закономъ границы публичныхъ функцій и если не обезпечена отвѣтственность всѣхъ чиновниковъ» [3]). Несмотря на обиліе этихъ текстовъ и ихъ

---

[1]) Зак. 10 августа 1871 г., стт. 33, 34, 47, 48, 49, 88.

[2]) Зак. 5 апрѣля 1884 г., стт 63—69, 85, 91, 92, 95 и 99. Ср. Duguit, *l'Etat, les gouvernants et les agents*, стр. 719 и слѣд., стр. 735 и слѣд. и всѣ руководства по административному праву.

[3]) Ср. декларацію правъ 1793 года, ст. 31; конст. 1793 г., ст. 55, 71—73, 83; декларація правъ III года, ст. 22; конст. III года, ст. 200, 201, 323; конст. VIII года, стт. 69—75; конст. 1848 г., стт. 68 и 99.

строгость, принципъ отвѣтственности чиновниковъ никогда, однако, не былъ приведенъ въ дѣйствіе особымъ закономъ въ цѣломъ.

Нѣкоторые агенты съ точки зрѣнія отвѣтственности находятся въ совершенно особомъ положеніи. Сюда относятся, благодаря господствующему теперь во Франціи политическому режиму, министры. Въ качествѣ членовъ правительства они подлежатъ политической и солидарной отвѣтственности предъ палатами, отвѣтственности, которая, какъ указано въ § 61, составляетъ существенный элементъ парламентскаго режима. Оставаясь все время членами правительства, они могутъ подлежать индивидуальной отвѣтственности, которая опять-таки выставляется палатами, уголовной отвѣтственности за преступленія, совершенныя при осуществленіи ихъ функцій [1]), и гражданской отвѣтственности за имущественный ущербъ, причиненный государству. Намъ кажется, что принципъ гражданской отвѣтственности министровъ не можетъ возбуждать сомнѣній; онъ въ скрытомъ видѣ освященъ статьей 6 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 года, но его приложеніе возбуждаетъ особыя затрудненія. Министры при парламентскомъ режимѣ являются не только членами правительства, но и представляются еще административными агентами, іерархическими начальниками чиновниковъ, входящихъ въ ихъ вѣдомство и настоящими административными агентами. Въ этомъ качествѣ они подчинены общему праву отвѣтственности чиновниковъ, однако вовсе не легко опредѣлить это общее право.

---

[1]) Зак. 15 іюля 1875 года, ст. 12.

Правда, уголовная отвѣтственность не можетъ возбудить совершенно затрудненій. Каждое законодательство опредѣлило извѣстное число случаевъ, гдѣ нарушеніе функціоннаго закона агентомъ составляетъ уголовное нарушеніе. Можно привести статьи со 114 по 131 и со 166 по 198 французскаго уголовнаго кодекса. Рѣшенія, принимаемыя въ этомъ отношеніи каждымъ положительнымъ законодательствомъ, опредѣляются идеями, которыя въ данную эпоху и въ данной странѣ составляетъ себѣ законодатель относительно области уголовной репрессіи. Все, что здѣсь можно сказать, это, что тенденція современнаго права безспорно направляется на ограниченіе объема уголовной репрессіи въ примѣненіи къ виновнымъ чиновникамъ. Во Франціи различныя статьи уголовнаго кодекса, только что приведенныя нами, прилагаются въ очень рѣдкихъ случаяхъ, и современныя уголовныя законодательства содержатъ ограниченное число распоряженій, относящихся къ функціоннымъ нарушеніямъ.

Наоборотъ, область гражданской отвѣтственности чиновниковъ безспорно направляется въ сторону увеличенія, но этотъ вопросъ возбуждаетъ очень крупныя затрудненія. Мы вовсе не намѣрены изучать ихъ въ подробностяхъ, но хотимъ только показать общее рѣшеніе, къ которому приводитъ наше понятіе публичной функціи, которое достаточно точно согласуется съ рѣшеніями французской юриспруденціи.

Если чиновникъ дѣйствовалъ въ духѣ своей функціи, т. - е. дѣйствительно преслѣдуя цѣль, которую имѣло въ виду государство, устанавливая эту функцію, то онъ не можетъ быть отвѣтственнымъ ни по

отношенію къ государству, ни по отношенію къ частнымъ лицамъ даже въ томъ случаѣ, если онъ допустилъ вину. Онъ не можетъ быть отвѣтственнымъ по отношенію къ частнымъ лицамъ. Дѣйствительно, такъ какъ актъ былъ совершенъ въ цѣляхъ государства, тѣхъ цѣляхъ, ради которыхъ была установлена разсматриваемая публичная функція, и для которой, слѣдовательно, предназначено имущество, образующее достояніе государства, то это послѣднее и должно нести весь рискъ, вытекающій изъ исполненія этого акта, и притомъ нести его окончательно безъ преслѣдованія противъ чиновника, который такимъ образомъ не является отвѣтственнымъ ни предъ государствомъ, ни предъ потерпѣвшими частными лицами. Но, наоборотъ, если чиновникъ, исполняя актъ своей функціи, допустилъ вину, которая предполагаетъ съ его стороны намѣреніе преслѣдовать цѣль иную, помимо той, которую имѣло въ виду государство, устанавливая разсматриваемую функцію, то онъ является отвѣтственнымъ предъ потерпѣвшими частными лицами.

Это различіе въ нѣсколько иной формѣ установлено юриспруденціей и допущено большинствомъ авторовъ, различающихъ между виною функціи и виною личной, при чемъ только личная вина можетъ обосновать отвѣтственность чиновниковъ. Но намъ кажется, что различіе въ представленной нами формѣ имѣетъ то преимущество, что одновременно даетъ и оправданіе его. Дѣйствительно, съ одной стороны, можно видѣть, что такъ какъ вина функціи представляетъ вину, допущенную чиновникомъ, который не имѣлъ въ виду другой цѣли, кромѣ той, которую преслѣдовало государство, устанавливая функцію,

то государство одно должно отвѣчать, такъ какъ оно должно нести рискъ, вызываемый небрежностью, неловкостью и даже виною чиновника. Наоборотъ, въ случаѣ личной вины, государство не можетъ быть отвѣтственнымъ, такъ какъ тогда онъ вышелъ изъ предѣловъ государственной цѣли и долженъ самъ возмѣстить причиненный ущербъ.

Это различіе личной вины и вины функціи въ настоящее время съ постоянствомъ проводится французской юриспруденціей и также большинствомъ авторовъ. Не могутъ только вовсе согласиться относительно способа оцѣнки личной вины. Согласно постоянно употребляемой Оріу формулѣ для отвѣтственности чиновника, для признанія личной вины необходимо, чтобы фактъ, образующій вину, допускалъ свое отдѣленіе отъ административнаго акта. Но это совершенно не указываетъ, какъ узнать, что фактъ, образующій вину, отдѣлимъ отъ административнаго акта. Иногда дѣлались также попытки различать вину функціи отъ личной вины по степени тяжести вины [1]). По нашему мнѣнію, степень вины можетъ оказывать вліяніе на объемъ отвѣтственности; она не окажетъ никакого вліянія на самый принципъ этой отвѣтственности. Когда чиновникъ желаетъ исполнять свою службу, даже когда онъ исполняетъ ее очень плохо, даже совершаетъ грубую вину, тутъ, говоря по правдѣ, нѣтъ личнаго факта; налицо фактъ функціональный, составляющій, безъ сомнѣнія, вину, но могущій повлечь только отвѣтственность государства. Личный фактъ про-

---

1) Hauriou, *Note* подъ рѣшеніемъ суда по конфликтамъ, 26 іюня 1897 г., S., 1898 г., III, 49.

является только въ тѣхъ случаяхъ, когда чиновникъ, по поводу административнаго акта, преслѣдовалъ иную цѣль, помимо исполненія своей функціи; тутъ его вина можетъ быть очень легкой, но она, тѣмъ не менѣе, всегда останется личной виной, могущей повлечь его отвѣтственность.

Нѣсколько примѣровъ, заимствованныхъ изъ новѣйшей практики, подкрѣпляютъ наше представленіе. Безспорно личная вина заключается въ дѣйствіи мера, который подъ предлогомъ исполненія регламентарнаго декрета 2 февраля 1852 года, предписывающаго вывѣшивать предъ каждыми выборами таблицу исправленій избирательнаго листа, велѣлъ разсылать спеціальное объявленіе о несостоятельности одного изъ избирателей; онъ выходитъ изъ задачъ своей функціи, и личная его отвѣтственность является, несомнѣнно, установленной [1]). Точно такъ же личная вина заключается въ дѣйствіи мера, предписывающаго внѣ своихъ полномочій разрушить стѣну, построенную собственникомъ вдоль ручья, личная вина, могущая повлечь отвѣтственность мера по оцѣнкѣ, произведенной судебными учрежденіями [2]). Наоборотъ, не заключается личной вины въ приводившемся уже дѣйствіи префекта Нижнихъ Пиренеевъ, приступившаго къ поспѣшному исполненію административнаго акта, вслѣдъ за тѣмъ уничтоженнаго государственнымъ совѣтомъ; это необдуманное исполненіе влечетъ только отвѣтственность государства, а вовсе не отвѣтственность чиновника [3]). Въ нотѣ, написанной Оріу по поводу этого рѣшенія, онъ, по нашему мнѣнію, вполнѣ справедливо оставляетъ развитую имъ выше доктрину, согласно которой различіе между виною функціи и личной должно опредѣляться по степени вины; дѣйствительно, онъ

---

[1]) Судъ по конфликтамъ, 4 декабря 1897 г., S., 99, III, 95, вмѣстѣ съ нотой Оріу; сблизить два рѣшенія суда по конфликтамъ 9 декабря 1899 г. и 20 января 1900 г., S., 1900, III, 88, вмѣстѣ съ нотой Оріу и 15 марта 1902 г., S., 1905, III, 15.

[2]) Судъ по конфликтамъ 24 декабря 1904 г., *Rec. cons. d'Etat*, стр. 888.

[3]) Conseil d'Etat, 27 февраля 1903 г., S., 1905, III, 17.

говоритъ, слѣдовало бы относительно личнаго дѣйствія держаться опредѣленія, которое даетъ ему Лаферрьеръ, т.-е. характеризовать его, какъ проявленіе личныхъ страстей агента. Не слѣдуетъ болѣе говорить о тяжкой винѣ; въ данномъ случаѣ вина была тяжкой, но префектъ не переставалъ дѣйствовать какъ администраторъ, такъ какъ слѣдовалъ вполнѣ административной тенденціи покрывать, во что бы то ни стало, своихъ подчиненныхъ [1]). Не заключается личной вины въ дѣйствіи разсыльнаго телеграфа, который приноситъ по ошибкѣ телеграмму по другому адресу, чѣмъ тотъ, который точно указанъ въ адресѣ [2]). Но личная вина заключалась бы въ дѣйствіи разсыльнаго телеграфа, который вмѣсто того, чтобы принести телеграмму по указанному адресу, приноситъ ее по другому адресу, гдѣ онъ думаетъ легче или вѣрнѣе найти адресата.

Различіе личнаго поступка и вины функціи уже было освящено нашими законами въ области отвода для чиновниковъ судебнаго сословія ст. 505 процессуальнаго кодекса. Въ сущности, къ административнымъ чиновникамъ приложили общую идею, которая, повидимому, руководила ст. 505. Иногда стали себя спрашивать, почему чиновники судебнаго сословія, какъ бы груба ни была ихъ ошибка или ихъ небрежность, не подвергаются личной отвѣтственности, и почему въ случаѣ судебной ошибки законъ 8 іюня возлагаетъ убытки на счетъ государства, а не магистратовъ, которые чаще всего, благодаря своему легкомыслію и своей непредусмотрительности, впадаютъ въ судебныя ошибки. Все это очень логично. Не слѣдуетъ вовсе проводить различія по отвѣтственности между административнымъ чиновникомъ и чиновникомъ судебнымъ. Какъ бы тяжка ни была небрежность магистрата, какъ бы груба ни была его ошибка, если онъ въ своихъ дѣйствіяхъ не имѣлъ въ виду иной цѣли, кромѣ исполненія своихъ судебныхъ функцій, которыя онъ плохо исполнилъ, но которыя имѣлъ намѣреніе исполнить, то не можетъ быть его отвѣтственности предъ частными лицами. Она возникаетъ

---

[1]) S., 1905, III, стр. 20, 2 столбецъ.

[2]) Судъ по конфликтамъ, февраль, 1906 г., *Le Temps*, 20 февраля 1906 г.

только, когда на его сторонѣ обнаружатся дѣйствія, которыя указываютъ на его намѣреніе отступить отъ духа, которымъ руководился законодатель, предоставляя ему извѣстную функцію. Однако во французскомъ законодательствѣ для членовъ судебнаго сословія указаны ограничительнымъ образомъ дѣянія, которыя должны разсматриваться, какъ выраженія намѣренія магистрата выйти изъ предѣловъ своихъ функцій; сверхъ того, эти указанія даны законодателемъ въ очень общихъ выраженіяхъ, оставляющихъ для подлежащей юрисдикціи очень широкую свободу оцѣнки.

Германское гражданское уложеніе формулируетъ въ своей ст. 839 принципъ, совершенно аналогичный нашему различію вины функціи и вины личной. «Если должностное лицо умышленно или неосторожно нарушитъ лежащій на немъ *профессіональный* долгъ по отношенію къ третьему лицу, то оно обязано возмѣстить причиненный ему вредъ. Если должностное лицо виновно только въ небрежности, то оно можетъ быть привлечено къ уплатѣ вознагражденія въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда потерпѣвшій не можетъ получить возмѣщенія другимъ способомъ». Этотъ текстъ, конечно, предполагаетъ фактически болѣе строгую оцѣнку отвѣтственности чиновника, чѣмъ предлагаемая нами. Но принципъ остается тотъ же.

Вопросъ, какой судъ является компетентнымъ для установленія отвѣтственности чиновника, возбуждалъ во Франціи много затрудненій, разрѣшенныхъ въ настоящее время юриспруденціей. Ст. 75 конституціи VIII года гласила: «Агенты правительства иные, кромѣ министровъ, могутъ подлежатъ преслѣдованію за дѣянія, относящіяся по ихъ функціямъ, только на основаніи рѣшенія государственнаго совѣта; въ этомъ случаѣ преслѣдованіе имѣетъ мѣсто предъ обыкновенными судами». Это распоряженіе прилагалось, какъ обычный законъ, до 1870 года. Подвергаясь постоянно возраженіямъ со стороны либеральной партіи, какъ противное истиннымъ принципамъ свободнаго правленія, оно было отмѣнено декретомъ правительства національной обороны 19 сентября 1870 года: «ст. 75 конституціи VIII года отмѣняется. Равнымъ образомъ отмѣняются всѣ другія распоряженія законовъ общихъ и спеціальныхъ, имѣющихъ предметомъ воспрепятствовать преслѣдованіямъ, направляемымъ противъ публич-

ныхъ чиновниковъ всякаго сословія». Приложеніе этого текста возбудило многочисленныя затрудненія. Ставился вопросъ, являются ли отнынѣ судебныя учрежденія компетентными для оцѣнки всѣхъ элементовъ административнаго акта, способныхъ повлечь отвѣтственность чиновниковъ; задавались также вопросомъ, не совершаетъ ли подобное рѣшеніе посягательства на правило, котораго, конечно, не желалъ отмѣнить декретъ 1870 года,—раздѣленія судебной власти и административной и некомпетентность судебныхъ учрежденій въ дѣлѣ оцѣнки административныхъ актовъ? По этимъ вопросамъ практика была установлена рѣшеніемъ суда по конфликтамъ 26 іюля 1873 года, постановленнымъ по докладу Мерсье, позднѣе перваго президента кассаціоннаго суда, по дѣлу Пелетье (искъ собственника пріостановленнаго журнала противъ генерала Ладмиро, объявившаго осадное положеніе въ департаментѣ Уазы). Тамъ сказано: «Декретъ... отмѣняющій ст. 75 конституціи VIII года, производитъ только то дѣйствіе, что уничтожаетъ отказъ, проистекающій отъ недостатка разрѣшенія, и предоставляетъ, такимъ образомъ, судебнымъ учрежденіямъ полную свободу дѣйствія *въ границахъ ихъ компетенціи.* Но онъ равнымъ образомъ не могъ имѣть послѣдствіемъ расширенія границъ ихъ юрисдикціи и уничтоженія запрещенія, сдѣланнаго имъ... знакомиться съ административными актами и запрещать въ этомъ случаѣ административной власти право заявлять отводъ и требовать разрѣшенія пререканій... подобное толкованіе было бы несовмѣстимо съ закономъ 24 мая 1872 года, который, устанавливая судъ по конфликтамъ, вновь освящаетъ принципъ раздѣленія властей и правила компетенціи, вытекающія изъ него...» Рѣшеніе выясняетъ затѣмъ административный характеръ опредѣленій, приводимыхъ въ подкрѣпленіе преслѣдованія; и оно констатируетъ, «что помимо этого акта истецъ не предписываетъ отвѣтчикамъ *никакихъ личныхъ дѣяній*, способныхъ вызвать ихъ особую отвѣтственность...» Такъ былъ установленъ принципъ различія личнаго дѣянія и вины функціи [1]). Эта практика осталась неизмѣнной съ 1873 года,

---

[1]) См. текстъ рѣшенія суда по конфликтамъ 26 іюля, 1873 г., *Rec. du conseil d'Etat*, 1873 г., 1 доп., стр. 117 и S., 74, II, 28.

и вотъ въ заключеніе главные ея выводы. Всякій индивидъ, заявляющій, что потерпѣлъ, благодаря дѣянію чиновника, вызываетъ его въ судебное учрежденіе. Если административная власть не возбуждаетъ конфликта, она признаетъ личное дѣяніе чиновника, и судъ съ полной свободой оцѣниваетъ, можетъ ли это дѣяніе и въ какой мѣрѣ повлечь отвѣтственность. Если, наоборотъ, административная власть возбуждаетъ конфликтъ, то судъ по конфликтамъ призванъ рѣшить, является ли дѣяніе, поставляемое въ вину чиновнику, личнымъ дѣяніемъ, отдѣлимымъ отъ административнаго акта; если онъ рѣшитъ отрицательно, то подтверждаетъ установленіе конфликта, и судебное мѣсто свободно отъ разсмотрѣнія дѣла. Если, наоборотъ, онъ рѣшитъ утвердительно, то уничтожаетъ признаніе конфликта, и судебное мѣсто съ полной свободой оцѣниваетъ личное дѣяніе и его послѣдствія съ точки зрѣнія отвѣтственности чиновника. Въ заключеніе, единственное различіе между дѣйствующей системой и системой конституціи VIII года заключается въ томъ, что до 1870 года преслѣдованіе противъ чиновниковъ было подчинено разрѣшенію государственнаго совѣта и что въ настоящее время оно подчинено разрѣшенію суда по конфликтамъ [1]).

---

[1]) По этому вопросу компетенціи ср. Laferrière, *Iuridiction et contentieux*, 2-е изд., I, стр. 646; Hauriou, *Droit administratif*, 5-е изд., стр. 255; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1901 г., стр. 115, подвергающій живой критикѣ практику суда по конфликтамъ.

По общей теоріи отвѣтственности чиновниковъ, кромѣ уже приведенныхъ авторовъ, ср. Perreau, *La responsabilité des fonctionnaires*, thèse, Bordeaux, 1894; Depaule, *Responsabilité des fonctionnaires*, thèse, Toulouse; Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique;* thèse, Paris, 1901 г., стр. 722 и слѣд.; *Répertoire* Becquet et Laferrière, V° *Fonctionnaires* n°s 269 и слѣд.; Berthélemy, *Poursuites contre les fonctionnaires, Revue générale d'administration*, 1898 г., I, стр. 5; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905 г., стр. 272 и слѣд., 280 и слѣд.; Saleilles, *Revue du droit public*, 1901 г., II, стр. 258, прим. 2; Geser, *Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten*, Freiburg, 1899 г.; Freund, *Die Verantwortlichkeit der Beamten, Archiv für öffentl. Recht*, I, стр. 108 и 365.

68. **Увольненіе агентовъ.**—Чиновники всегда могутъ быть уволены. Это принципъ современнаго публичнаго права. Увольненіе есть актъ, противоположный назначенію. Но оно носитъ по существу тотъ же характеръ. Мы хотимъ сказать, что оно такъ же, какъ и назначеніе, не создаетъ само по себѣ субъективнаго юридическаго положенія. Оно есть условіе прекращенія власти, принадлежащей ему, и положенія, созданнаго для него. Но истинная причина прекращенія этой власти и исчезновенія этого положенія всегда заключается въ законѣ функціи, приложеніе котораго съ этой точки зрѣнія обусловлено актомъ увольненія, совершеннымъ компетентной властью.

Для юридическаго объясненія права увольненія иногда утверждали, что чиновникъ связанъ съ государствомъ договоромъ найма услугъ на неопредѣленный срокъ, всегда расторжимымъ по волѣ одной изъ сторонъ [1]) Это воззрѣніе было заранѣе отвергнуто, когда мы указывали (§ 65), что назначеніе чиновниковъ не можетъ быть ни съ какой стороны приравниваемо къ договору. Указывалось также, что назначеніе чиновника—односторонній актъ, и власть, которая его совершила, можетъ всегда и взять его назадъ, если только законъ не выражаетъ ясно другого рѣшенія по этому поводу [2]). Мы уже говорили (§ 65), что это представленіе не точно, потому что односторонній актъ можетъ обязывать совершившаго его такъ же строго, какъ и договорный актъ. Наконецъ въ увольненіи усматривали иногда чистое и простое осуществленіе дисциплинарной власти. Это представленіе слишкомъ узко, потому что увольненіе возможно и часто наступаетъ при отсутствіи какой-либо вины или какого-либо приказа, неисполненнаго увольняемымъ чиновникомъ.

---

1) Ср. Ferrand, *Résiliation du louage des services à durée indeterminée*, особенно стр. 79, thèse, Paris, 1897 г.

2) Ср. Hauriou, 5-е изд., 1903 г., стр. 567, прим. 1.

Принадлежащее въ принципѣ государству право увольненія *ad nutum* своихъ чиновниковъ есть логическій и необходимый выводъ изъ признаннаго нами характера чиновниковъ. Никогда не слѣдуетъ терять изъ виду, что то, что создаетъ чиновника, заключается въ его участіи съ извѣстнымъ постоянствомъ въ функціонированіи публичной службы и что публичная служба есть родъ организма, назначеннаго для обезпеченія исполненія тѣхъ заботъ, которыя юридически лежатъ на государствѣ, и отъ которыхъ послѣднее не можетъ себя уволить. Отсюда какъ свободно и какъ должно быть оно свободнымъ въ выборѣ агентовъ функцій, такъ точно оно должно быть свободнымъ и въ ихъ увольненіи, потому что оно должно обладать полнѣйшей независимостью, чтобы обезпечить хорошее функціонированіе своихъ публичныхъ службъ. Эта независимость государства въ выборѣ и увольненіи своихъ чиновниковъ должна быть тѣмъ болѣе полной, что, благодаря все болѣе уясняющейся тенденціи практики (ср. § 96), государство отвѣтственно предъ частными лицами за ущербъ, причиненный имъ дурнымъ функціонированіемъ публичныхъ службъ.

Изъ только что сказаннаго вытекаетъ, наоборотъ, что относительно агентовъ государства, которые не являются чиновниками въ собственномъ смыслѣ, потому что не участвуютъ постояннымъ образомъ въ функціонированіи публичной службы, право увольненія въ собственномъ смыслѣ совершенно не принадлежитъ государству. Если на дѣлѣ эти агенты являются довѣренными, государство можетъ ихъ уволить, какъ можетъ всякій довѣритель отстранить своего повѣреннаго. Если агенты связаны съ государ-

ствомъ договоромъ найма услугъ на неопредѣленный срокъ, то слѣдуетъ приложить правило ст. 1780 гражд. кодекса, модифицированной закономъ 27 декабря 1800 года, рѣшающее, что подобный договоръ можетъ прекратиться по волѣ одной изъ сторонъ, но что расторженіе договора волею одного контрагента можетъ дать основаніе ко взысканію убытковъ и интереса.

Признанное за государствомъ право увольненія подчиняется нѣкоторымъ общимъ правиламъ съ точки зрѣнія способа своего осуществленія. Прежде всего, въ принципѣ, увольненіе всегда можетъ быть совершено и совершено только властью, которая назначила. Безъ сомнѣнія, это правило нигдѣ не формулировано, но оно логично, и единогласно и окончательно допускается доктриной и практикой.

Юриспруденція допускаетъ, что при молчаніи закона нѣтъ обязательныхъ правилъ относительно способа, какъ доводится увольненіе до свѣдѣнія заинтересованнаго лица, и что, напримѣръ, индивидуальное извѣщеніе не является вовсе необходимымъ. Увольненіе можетъ быть сдѣлано молчаливо путемъ назначенія преемника.

Увольненіе можетъ послѣдовать по любому мотиву, и лицо уволившее совершенно не обязано указывать въ актѣ увольненія побудившій его мотивъ. Въ этомъ смыслѣ говорятъ, что увольненіе есть актъ чистой администраціи или администраціи дискреціонной. Это—неподходящія выраженія: первое не означаетъ ничего, а второе не точно. Оно, повидимому, указываетъ на недопустимость какого-либо обжалованія противъ акта увольненія, но это ложно, потому что обжалованіе за превышеніе власти безспорно допускается противъ увольненія, совершеннаго некомпетентнымъ чиновникомъ и безъ соблюденія законныхъ формъ, когда ихъ по исключенію требуетъ законъ. Но точно однако, что въ господствующемъ мнѣніи и согласно принятой практикѣ увольненіе можетъ быть произведено по любому мотиву, верховная оцѣнка котораго принадлежитъ органу, совершающему увольненіе.

Однако нѣкоторыя рѣшенія, повидимому, знаменуютъ установленіе новой практики, по которой государственный совѣтъ является компетентнымъ для оцѣнки мотивовъ увольненія и можетъ уничтожать по жалобѣ на злоупотребленіе властью увольненіе, совершенное по мотивамъ, обратнымъ тѣмъ, которые имѣлъ въ виду законъ, предоставляя извѣстной власти право увольненія. Рѣшеніемъ 27 ноября 1900 года государственный совѣтъ уничтожилъ актъ мера, устранившаго полицейскаго агента по соображеніямъ, чуждымъ службѣ [1]). Рѣшеніемъ 31 января 1902 года государственный совѣтъ уничтожилъ декретъ, объявлявшій распущеніе муниципальнаго совѣта вслѣдствіе неправильности выборовъ на томъ основаніи, что правительство не имѣетъ права объявлять роспускъ муниципальнаго совѣта по инымъ мотивамъ, кромѣ тѣхъ, кои имѣлъ въ виду законъ, т.-е. хорошее функціонированіе муниципальнаго совѣта [2]).

Въ теченіе долгаго времени безъ колебаній рѣшали, что уволенный по какой-либо причинѣ, но правильно, чиновникъ никогда не можетъ претендовать на возмѣщеніе со стороны государства, такъ какъ послѣднее, дѣйствуя въ границахъ своихъ правъ, не могло быть объявлено отвѣтственнымъ. Здѣсь также нѣкоторыя рѣшенія государственнаго совѣта, повидимому, знаменуютъ установленіе практики, по которой чиновникъ, правильно уволенный, но не знающій за собою ничего предосудительнаго, можетъ потребовать отъ государства, общины возмѣщенія. Въ рядѣ рѣшеній 28 марта 1890 года, 29 апрѣля 1892 года, 11 іюля 1894 года, 3 февраля и 19 декабря 1899 года, государственный совѣтъ рѣшалъ, что коммунальный чиновникъ не можетъ въ случаѣ увольненія требовать отъ общины никакого возмѣщенія. Наоборотъ, въ рѣшеніи 11 декабря 1903 года (Вильнавъ противъ города Алжира) государственный совѣтъ признаетъ, повидимому, принципъ отвѣтственности города передъ агентомъ, правильно лишеннымъ своего мѣста [3]).

---

[1]) S., 1900, III, 57.

[2]) *Recueil*, 1902 г., стр. 55, ср. *Revue du droit public*, 1904 г., стр. 792 и слѣд.

[3]) *Recueil*, 1903 г., стр. 667 и S., 1904 г., III, 123.—Ср. рѣшеніе Le Berre, 29 мая 1903 г., *Recueil*, стр. 415 и S., 1904 г.

Несмѣняемость.—Свобода увольненія, являясь правиломъ, претерпѣваетъ во всѣхъ странахъ и въ частности во Франціи многочисленныя исключенія. Существуетъ много чиновниковъ, которые могутъ быть уволены только съ соблюденіемъ извѣстныхъ условій, впрочемъ, въ высшей степени измѣнчивыхъ. Иногда увольненіе можетъ совершить власть назначившая, но лишь послѣ заключенія совѣта, составляемаго въ формахъ болѣе или менѣе приближающихся къ юрисдикціоннымъ. Иногда увольненіе можетъ быть совершено только властью, отличной отъ той, которая совершила назначеніе, обыкновенно совѣтомъ, рѣшающимъ въ юрисдикціонной формѣ. Сюда, напримѣръ, относятся утвержденные судебные магистраты, увольненіе которыхъ можетъ происходить путемъ устраненія, объявляемаго кассаціоннымъ судомъ, преобразующимся въ высшій совѣтъ магистратуры [1]). Относительно всѣхъ чиновниковъ, находящихся въ только что описанномъ положеніи слѣдуетъ сказать, что они несмѣняемы. Несмѣняемость имѣетъ большій или меньшій объемъ, обставлена болѣе или менѣе энергичной гарантіей, но она существуетъ для всѣхъ чиновниковъ, находящихся въ указанномъ положеніи. Къ указаннымъ уже выше слѣдуетъ присоединить представителей высшаго и средняго образованія, морскихъ и сухопутныхъ чиновниковъ, министерскихъ служащихъ и цѣлый рядъ чиновниковъ различныхъ отраслей администраціи,—чиновниковъ, которые въ силу недавнихъ регламен-

---

III, 123 съ нотой Оріу и въ *Recueil* съ заключеніями правительственнаго комиссара Тейсье.

1) Законъ 10 апрѣля 1810 года и законъ 30 августа 1888 года.

товъ могутъ быть устраняемы только по постановленію совѣта.

При такой несмѣняемости чиновниковъ часто говорятъ, что они обладаютъ особымъ состояніемъ и что это состояніе образуется ихъ правомъ, которое они могутъ противопоставлять администраціи. «Чиновники,—говоритъ Оріу,—обладаютъ извѣстнымъ состояніемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они *могутъ противопоставить право* или дисциплинарной власти администраціи или власти іерархической; ихъ состояніе образуетъ ихъ спеціальное индивидуальное положеніе, поскольку оно можетъ быть противопоставлено администраціи средствами права [1]). Мы не усматриваемъ неудобства въ выраженіи *состояніе* нѣкоторыхъ чиновниковъ. Но мы не можемъ допустить вмѣстѣ съ Оріу, чтобы это состояніе создавало въ ихъ пользу субъективное право. Мы полагаемъ, что, каковъ бы ни былъ объемъ несмѣняемости, она никогда не создастъ для пользующагося ею чиновника субъективнаго права.

Если просмотрѣть всѣхъ чиновниковъ, о которыхъ говорится, что они несмѣняемы, то легко видѣть, что это положеніе состоитъ исключительно въ томъ, что ихъ увольненіе обставляется извѣстными формами или совершается извѣстной властью. Слѣдовало бы поэтому сказать, что чиновникъ обладаетъ субъективнымъ правомъ на соблюденіе извѣстной формальности, извѣстной компетенціи, правомъ на формы, на компетенцію. Эта идея права на формы, на компетенцію, находившая нѣкогда себѣ защиту, въ настоящее время совершенно оставлена; ее невозможно поддерживать [2]).

Съ другой стороны, несмѣняемость не представляетъ вовсе субъективнаго права чиновника, потому что она установлена совершенно не въ его интересѣ. Когда государство рѣшаетъ, что тѣ или другіе чиновники не могутъ быть устраняемы, смѣщаемы или увольняемы иначе, какъ съ соблюденіемъ извѣстныхъ формальностей и извѣстными властями, то его цѣль состоитъ единственно въ обезпеченіи хорошаго функціонированія публичныхъ службъ. Безъ сомнѣ-

---

[1]) 5 изд., 1903 г., стр. 561.

[2]) Ср. § 46.

нія, отсюда для чиновниковъ вытекаютъ выгоды, и государство, конечно, разсчитываетъ на эти выгоды, чтобы имѣть лучшихъ агентовъ; но совершенно не такова руководящая цѣль закона о несмѣняемости. Если магистраты не могутъ быть смѣщаемы правительствомъ, то это потому, что они болѣе безпристрастны, и что такъ лучше отправляется правосудіе; если офицеры не могутъ быть увольняемы въ запасъ иначе, какъ по рѣшенію спеціальнаго совѣта, то это потому, чтобы они были болѣе привязаны къ арміи и располагали бо̀льшимъ авторитетомъ. Однимъ словомъ, всякое легальное распоряженіе, создающее полную или относительную несмѣняемость, имѣетъ въ виду публичный интересъ, а не интересъ чиновника. А если субъективное право есть власть хотѣть, то оно есть только власть хотѣть реализаціи интереса носителя субъективнаго права [1]). Слѣдовательно, нельзя говорить о субъективномъ правѣ несмѣняемаго чиновника, потому что его несмѣняемость имѣетъ совершенно другую причину внѣ его интереса.

Отсюда вытекаетъ то очень важное послѣдствіе, что положеніе несмѣняемаго чиновника можетъ быть во всякую минуту измѣнено закономъ, при чемъ послѣдній не получаетъ обратной силы.

По единогласному мнѣнію несмѣняемость чиновниковъ подвергается всѣмъ измѣненіямъ, которыя будетъ угодно законодателю внести въ нее. Модификаціи правилъ о несмѣняемости магистратуры, введенныя закономъ 30 августа 1883 года, прилагались ко всѣмъ магистратамъ независимо отъ обратнаго дѣйствія закона, ко всѣмъ магистратамъ, находившимся на службѣ во время обнародованія этого закона. Мы оставляемъ въ сторонѣ вопросъ, является ли во Франціи конституціоннымъ правило о несмѣняемости магистратуры [2]).

Другимъ выводомъ изъ положенія, что несмѣняемость не образуетъ субъективнаго права въ пользу чиновника, является то обстоятельство, что послѣдній въ случаѣ неправильнаго устраненія, смѣщенія или увольненія не имѣетъ другихъ средствъ обжалованія, какъ помощью объективнаго права,

---

[1]) Ср. § 1.

[2]) Ср. *выше* §§ 54 и 55.

т.-е. обжалованія въ виду превышенія власти, помощью котораго онъ можетъ только добиться уничтоженія оспариваемаго акта. Право чиновника предъявить при этихъ условіяхъ обжалованіе за превышеніе власти представляется безспорнымъ и въ многочисленныхъ случаяхъ было признано государственнымъ совѣтомъ.

Очень точный анализъ юриспруденціи по этому вопросу, указанія и важнѣйшія распоряженія новѣйшихъ рѣшеній по этому пункту можно найти въ статьѣ Жеза [1]). Онъ совершенно справедливо пишетъ: «Въ особенности слѣдуетъ выдвинуть то обстоятельство, что это—защита организована не какъ *индивидуальное право* чиновника; эта регламентація публичной функціи. Обжалованіе чиновника направлено не на то, чтобы заставить уважать индивидуальное право чиновника, но обезпечить соблюденіе закона функцій [2]).

Чиновникъ, ставшій объектомъ неправильнаго рѣшенія объ отстраненіи, смѣщеніи или увольненіи, конечно, допускается къ подачѣ обжалованія этого рѣшенія за превышеніе власти, потому что онъ, очевидно, имѣетъ спеціальный интересъ въ уничтоженіи оспариваемаго акта. Въ дѣлахъ, разсматривавшихся государственнымъ совѣтомъ, всегда обжалуетъ рѣшеніе самъ чиновникъ, ставшій его объектомъ, и жалоба его признается допустимой. Но не онъ одинъ можетъ тутъ дѣйствовать. Это право слѣдуетъ признать за всякимъ лицомъ, имѣющимъ спеціальный интересъ, хотя бы чисто нравственный въ уничтоженіи акта, а именно за всѣми чиновниками, принадлежащими къ той же корпораціи, какъ и чиновникъ, ставшій объектомъ неправильнаго рѣшенія. Это логически совершенно согласуется съ понятіемъ обжалованія въ виду превышенія власти, судебнаго объективнаго обжалованія, основаннаго на нарушеніи закона и въ очень широкой степени признаваемаго за всякимъ заинтересованнымъ лицомъ, пока оно не станетъ настоящимъ популярнымъ искомъ.

Разъ уничтоженъ актъ увольненія, все должно быть возстановлено въ прежнее состояніе. Чиновникъ оказывается въ положеніи, въ которомъ онъ находился бы, какъ если бы

---

[1]) Jèze, *Revue du droit public*, 1904 г., стр. 780 и слѣд.

[2]) Стр. 781 и 782.

его никогда не увольняли; слѣдовательно, государство обязано выплачивать ему содержаніе, пенсію въ отставкѣ и оказывать другія преимущества, связанныя съ его функціей. Но это вовсе не результатъ предполагаемаго права, происходящій отъ несмѣняемости. Эти денежныя преимущества принадлежатъ всякому чиновнику какъ несмѣняемому, такъ и смѣняемому; разъ увольненіе чиновника считается уничтоженнымъ, то и онъ никогда не переставалъ быть чиновникомъ и сохранилъ всѣ выгоды, связанныя съ этимъ качествомъ.

Слѣдуетъ отмѣтить, что обжалованіе за превышеніе власти можетъ вести только къ уничтоженію увольненія или отставки, а вовсе не къ присужденію государства. Если послѣ уничтоженія увольненія или отставки, государство отказывается платить чиновнику его содержаніе, то послѣдній долженъ заявить противъ государства новое требованіе,— требованіе полной юрисдикціи или субъективное требованіе, чтобы добиться присужденія государства [1]).

Имѣетъ ли неправильно уволенный безъ или съ отставкой чиновникъ право на возмѣщеніе? Здѣсь слѣдуетъ приложить общую теорію, принятую относительно отвѣтственности государства и отвѣтственности чиновника [2]). Если дѣйствительно можно видѣть въ отмѣненномъ увольненіи или отставкѣ или даже въ простомъ смѣщеніи, признанномъ неправильнымъ, вину публичной службы, то денежная отвѣтственность государства передъ чиновникомъ будетъ установлена. Съ другой стороны, высшій чиновникъ, совершавшій ничтож-

---

[1]) См. очень ясный анализъ этой юриспруденціи въ статьѣ Jéze, *Revue du droit public*, 1904 г., стр. 797, рѣшеніе государственнаго совѣта по дѣлу *Viaud* (*Pierre Loti*), 24 февраля 1899 г. (*Recueil*, стр. 153) и 30 ноября 1900 г. (*Recueil*, стр. 683; S., 1903, III, 23) и рѣшеніе *Tontari*, 2 декабря 1898 г. (*Recueil*, стр. 576), 9 іюня 1899 г. (*Recueil*, 1899 г., стр. 421; S., 1900 г., III, 38).—Ср. заключеніе правительственнаго комиссара Тейсье по дѣлу Вильнава, 11 декабря 1903 г., *Recueil*, 1903 г., стр. 768; и *Année administrative*, 1903 г., *De la conversion de l'instance en excès de pouvoir*, стр. 126 и слѣд.

[2]) Ср. § 67 и 96.

ный актъ увольненія, отстраненія, отставки или смѣщенія, преслѣдуя цѣль, чуждую исполненія своей функціи, можетъ быть объявленъ отвѣтственнымъ предъ низшимъ чиновникомъ, ставшимъ объектомъ этого неправильнаго рѣшенія.

Государственный совѣтъ, повидимому, признаетъ еще принципъ отвѣтственности государства, когда увольненіе чиновника можетъ быть разсматриваемо какъ вина публичной службы. Принципъ отвѣтственности былъ признанъ въ дѣлѣ *Le Berre*, 29 мая 1903 года. Правительственный комиссаръ Тейсье, напомнивъ рѣшеніе *Adda*, 15 декабря 1899 года (*Recueil, стр. 737*), повидимому, принципіально устранявшаго всякую отвѣтственность, энергично защищалъ тезисъ отвѣтственности: «...Если пренебрегаются покровительственныя правила, установленныя закономъ для функціонированія административныхъ властей; если нарушаются внутреннія условія, установленныя для осуществленія *imperium'a*, то тутъ заключается *вина публичной службы*, которая дѣйствовала ошибочно... и, слѣдовательно, въ случаѣ ущерба вина должна разсматриваться какъ установленная». Совѣтъ въ своемъ рѣшеніи, очевидно, призналъ принципъ отвѣтственности; въ одномъ изъ соображеній мы читаемъ: «Принимая во вниманіе, что указанныя выше возмѣщенія суть единственныя, на которыя господинъ Le Berre *былъ въ правѣ* претендовать...» [1]).

---

[1]) 29 мая 1903 г., *Recueil*, 1903 г., стр. 415; S., 1904, III, 123 съ нотой Оріу.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Право и государство.

69. **Общія понятія.** — Нѣтъ права безъ общества; нѣтъ общества безъ права. Такъ какъ государство является лишь человѣческимъ обществомъ, организованнымъ въ правительство, то не можетъ быть и государства безъ права. Современное государство живетъ нѣкоторымъ образомъ въ юридической средѣ; оно можетъ жить лишь въ такой средѣ. Оно, по нѣмецкому выраженію, есть *правовое государство*, *Rechtsstaat*,—государство, цѣль и единственный raison d'être котораго есть реализація права. Оно обязано, въ силу права, предшествующаго ему, осуществлять право, иначе оно не было бы болѣе государствомъ (ср. §§ 14—16).

Мы уже показали (§§ 33—47), что для осуществленія права государство дѣйствуетъ тремя способами: 1) создавая законъ, т.-е. констатируя нормы права и формулируя общія нормы, предназначенныя для обезпеченія этихъ правовыхъ нормъ (нормативное и конструктивное законодательство) (ср. §§ 34—37); 2) производя юридическія дѣйствія въ собственномъ смыслѣ, такъ называемые административные акты (ср. § 42); 3) наконецъ, производя

юрисдикціонные акты (ср. §§ 44—46). Въ общей эволюціи политическихъ обществъ мы пришли нынѣ къ тому, что можно назвать *законодательнымъ періодомъ*, т.-е. въ цивилизованныхъ странахъ большая часть правовыхъ нормъ констатируется путемъ положительныхъ законовъ, и существуютъ многочисленные конструктивные законы для обезпеченія реализаціи юридическихъ нормъ. Можно сказать, что право современныхъ цивилизованныхъ обществъ совпадаетъ въ общихъ чертахъ съ законодательнымъ правомъ этихъ обществъ. Несомнѣнно, обычай продолжаетъ играть роль; но эта роль, хотя и славная, не настолько значительна, чтобы нельзя было ею пренебречь въ общей теоріи правового государства. Итакъ, можно сказать, что современное государство, поскольку оно управляетъ и судитъ, можетъ дѣйствовать лишь согласно съ закономъ: оно связано закономъ въ томъ смыслѣ, что его административные и юрисдикціонные агенты не могутъ произвести ни одного акта, который не былъ бы дозволенъ или приказанъ закономъ; что всякій актъ, произведенный съ нарушеніемъ закона, ничтоженъ; что всякій актъ, произведенный съ цѣлью создать обязательство для государства, обладаетъ обязательной силой для послѣдняго; что, наконецъ, государство можетъ быть стороной передъ своими собственными юрисдикціонными учрежденіями и связано, подобно всякому простому гражданину, ихъ рѣшеніемъ.

Но если государство, какъ администраторъ и судья, связано созданнымъ имъ закономъ, вольно ли оно создавать такой законъ, какой ему угодно? Связано ли правомъ такъ же и государство, какъ зако-

нодатель? Существуютъ ли нѣкоторые законы, которыхъ оно юридически не можетъ издать? Существуютъ ли, наоборотъ, другіе законы, издать которые оно юридически обязано? Мы уже сказали, что надо, чтобы государство, какъ законодатель, было связано правомъ; что право предшествуетъ государству и возвышается надъ нимъ и поэтому обязательно для него (ср. § 18). Теперь мы должны въ частности показать, какое мѣсто занимаетъ въ современномъ правѣ это воззрѣніе, и опредѣлить, въ какой мѣрѣ государство, какъ законодатель, *отрицательно* и *положительно* связано закономъ.

70. **Право и законъ.** — Въ §§ 5—7 и 16 мы попытались показать, что основаніемъ права является соціальная солидарность, что всѣ члены общества обязаны въ силу нормы права ничего не дѣлать, что противорѣчило бы соціальной солидарности, и дѣлать все, что въ ихъ власти, для обезпеченія ея реализаціи; что субъективныя права проистекаютъ изъ той нормы поведенія, что всякій человѣкъ имѣетъ право выполнить свой общественный долгъ и воспротивиться тому, чтобы кто-нибудь помѣшалъ ему выполнить его. Мы попытались также показать, что право, основываясь на соціальной солидарности, обязательно для обладателей политической власти, для государства, что изъ этого вытекаетъ для него обязанность не создавать ни одного закона, могущаго нанести ущербъ свободному развитію индивидуальной дѣятельности, ибо свободное развитіе индивидуальной дѣятельности необходимо для того, чтобы соціальная солидарность могла осуществляться и развиваться. Однако государство можетъ ограничить свободное развитіе индивидуальныхъ дѣятельностей,

но лишь въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо, чтобы эти индивидуальныя дѣятельности не мѣшали другъ другу; оно можетъ ограничить свободу каждаго въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для охраны свободы всѣхъ.

Доктрина солидарности приводитъ еще и къ тому послѣдствію, что государство обязано издавать извѣстные законы. Оно обязано употреблять власть, которою оно располагаетъ, на служеніе соціальной солидарности, слѣдовательно, оно обязано самимъ правомъ издавать всѣ тѣ законы, которые обезпечатъ каждому матеріальную и моральную возможность содѣйствовать соціальной солидарности, напримѣръ, законы, обезпечивающіе каждому безплатный minimum обученія, обезпечивающіе средства для существованія всякому лицу, не способному добыть ихъ своимъ трудомъ, и, наконецъ, законы, позволяющіе всякому человѣку, могущему и желающему работать, найти трудъ. Мы полагаемъ даже, что въ силу права, основаннаго на соціальной солидарности, на государствѣ лежитъ долгъ издавать законы, дѣлающіе для всѣхъ трудъ обязательнымъ,—не трудъ въ какой-нибудь опредѣленной формѣ, а какъ таковой. Недопустимо, чтобы членъ общественнаго цѣлаго ничего не дѣлалъ, и недопустимо, чтобы государство не обязало его дѣлать что-либо.

Мы глубоко убѣждены, что современныя общества, и прежде всего французское общество, эволюціонируютъ въ данное время къ этому *соціалистическому* или скорѣе къ *солидаристическому* воззрѣнію. Наше публичное право и наше частное право съ каждымъ днемъ все болѣе проникаютъ другъ друга. Законъ 14 іюля 1905 г. о вспоможеніи старикамъ и

неизлѣчимымъ, законопроектъ о рабочихъ пенсіяхъ, уже вотированный палатой депутатовъ, непосредственно примыкаютъ къ этой эволюціи. Но основатели современнаго французскаго публичнаго права, понимавшіе очень отчетливо, что государство, какъ законодатель, должно быть ограничено правомъ, обосновывали это ограниченіе государства на индивидуалистической доктринѣ (ср. §§ 3, 4, 16). Законодатели революціи не только выработали цѣлую теорію государства, но и создали цѣлую доктрину относительно обоснованія права и ограниченія государства, какъ законодателя. Эта доктрина заключается въ декларацiяхъ правъ 1789, 1793 и III гг., особенно въ декларацiи 1789 г., а также въ конституціонныхъ положеніяхъ, помѣщаемыхъ вообще подъ рубрикой *о гарантіи правъ* и называемыхъ поэтому *гарантіями правъ*. Вся эта доктрина строго индивидуалистична, и декларація правъ 1789 г. является наиболѣе точнымъ и наиболѣе полнымъ ея выраженіемъ.

Она занимаетъ чрезвычайно важное мѣсто въ исторіи идей и до сихъ поръ составляетъ основу нашихъ кодексовъ, хотя наше право съ каждымъ днемъ все болѣе проникается соціализмомъ, безъ вѣдома даже тѣхъ, кто его вырабатываетъ и примѣняетъ. Ошибка творцовъ нашихъ конституцій и деклараций правъ революціонной эпохи и многихъ публицистовъ заключается въ томъ, что они видѣли и видятъ въ индивидуалистической доктринѣ неприкосновенную и окончательную догму, вѣрную для всѣхъ временъ и странъ, тогда какъ это лишь моментъ въ вѣчно измѣнчивой исторіи учрежденій и идей. Мы живемъ въ настоящее время въ переходную эпоху: *индиви-*

дуалистическое основаніе для ограниченія власти государства, какъ законодателя, быстро уступаетъ мѣсто соціалистическому или солидаристическому основанію. Но наши деклараціи правъ занимаютъ еще слишкомъ значительное мѣсто во французскомъ публичномъ правѣ, чтобы мы не приняли ихъ за отправный пунктъ въ нашемъ изученіи ограниченія государства, какъ законодателя, правомъ.

Мы охотно соглашаемся съ тѣмъ, что съ точки зрѣнія отрицательныхъ обязанностей государства можно притти почти къ одинаковымъ практическимъ выводамъ, какъ съ индивидуалистической доктриной деклараціи правъ, такъ и съ доктриной солидарности. Но теоретическія рѣшенія, разумѣется, очень различаются. По индивидуалистической доктринѣ, если государство не можетъ издать нѣкоторыхъ законовъ, то потому, что индивидъ имѣетъ субъективныя права по отношенію къ государству, и когда законы ограничиваютъ права каждаго, чтобы охранить права всѣхъ, то каждый сохраняетъ свои субъективныя права по отношенію къ государству, ихъ признающему. Такимъ образомъ, свобода, собственность, признанныя и регламентированныя положительнымъ закономъ, являются и остаются субъективными правами индивида, противополагаемыми всѣмъ и самому государству. Наоборотъ, по солидаристической доктринѣ, индивидъ не имѣетъ никакого права, онъ имѣетъ лишь соціальныя обязанности; на государствѣ лежитъ долгъ ничего не дѣлать, что помѣшало бы индивиду выполнять свои соціальныя обязанности и особенно свободно развивать свою дѣятельность; государство создаетъ законы, чтобы регламентировать проявленіе этой дѣятельности, ограничивая дѣятельность каждаго съ цѣлью обезпечить свободное развитіе дѣятельности всѣхъ. Изъ этого вмѣшательства государства не рождается, однако, субъективное право индивида по отношенію къ государству. Свобода и собственность, по солидаристической доктринѣ, не являются субъективными правами индивида по отношенію къ государству. Быть-можетъ, онѣ могутъ быть основаніемъ субъективныхъ правъ индивида по отношенію къ другимъ индивидамъ, и то мы охотно утверждали бы, что нѣтъ. Но по от-

ношенію къ государству, разумѣется, свобода и собственность не составляютъ субъективныхъ правъ. Изъ этой очень важной теоретической разницы вытекаютъ, очевидно, практическія послѣдствія, разсматривать которыя еще не время и которыя будутъ изложены въ дальнѣйшемъ. Однако можно замѣтить здѣсь, что по индивидуалистической доктринѣ индивидъ воленъ не трудиться, тогда какъ по солидаристической доктринѣ, наоборотъ, онъ не имѣетъ этой свободы, и законъ, возлагающій на всѣхъ обязанность труда, этой доктриной не разсматривается, какъ нарушеніе свободы.

Если въ одномъ смыслѣ, съ точки зрѣнія отрицательныхъ обязанностей государства, приходятъ къ рѣшеніямъ, въ значительной степени аналогичнымъ, какъ при индивидуалистической доктринѣ, такъ и при теоріи солидарности, то совсѣмъ иное дѣло съ положительными обязанностями государства. Мы глубоко убѣждены, что государство юридически обязано издавать извѣстные законы и въ частности организовать и обезпечить своими законами обученіе, вспоможеніе и трудъ. Выше уже было сказано объ этомъ: эта обязанность логически и естественно вытекаетъ изъ теоріи соціальной солидарности. Наоборотъ, совершенно невозможно обосновать этихъ положительныхъ обязанностей государства на индивидуалистическихъ принципахъ. Правда, индивидуализмъ попытался это сдѣлать; но онъ потерпѣлъ при этомъ полное крушеніе. Въ этомъ заключается могучій аргументъ противъ индивидуалистическихъ доктринъ и доказывается недостаточность декларацій правъ, провозглашающихъ эти доктрины.

71. **Декларації правъ.**—Декларації правъ 1789, 1793 и III гг., и особенно служившая имъ образцомъ декларація 1789 г. являются очень опредѣленнымъ и точнымъ выраженіемъ индивидуалистической доктрины. Являясь въ міръ, человѣкъ приноситъ съ собою нѣкоторыя прерогативы, вытекающія изъ его природы, изъ его качества, какъ человѣка; слѣдуя картезіанскому воззрѣнію, суть человѣка есть мысль, и такимъ образомъ всякій человѣкъ имѣетъ естественное и неприкосновенное право думать и выражать

во внѣ свою мысль, т.-е. развивать свою физическую, умственную и моральную дѣятельность. Съ другой стороны, такъ какъ всѣ люди обладаютъ мыслью и дѣятельностью, то они всѣ имѣютъ равное право на развитіе своей дѣятельности. Всѣ люди не только свободны, но и равно свободны; и такимъ образомъ принципъ равенства и принципъ свободы лежатъ въ основѣ всякаго права.

Въ Декларацiи правъ 1789 г. мы читаемъ: «Люди рождаются и остаются свободными и равными въ правахъ. Соціальныя различія могутъ основываться лишь на общей пользѣ.—Цѣль всякаго политическаго общества есть охрана естественныхъ и вѣчныхъ правъ человѣка. Этими правами являются свобода, собственность, безопасность и сопротивленіе угнетенію.—Свобода состоитъ въ возможности дѣлать все, что не наноситъ вреда другому: такимъ образомъ, пользованіе естественными правами каждаго человѣка не имѣетъ другихъ границъ, кромѣ тѣхъ, которыя обезпечиваютъ другимъ членамъ общества пользованіе тѣми же самыми правами. Эти границы могутъ быть опредѣлены лишь закономъ» (стт. 1, 2 и 4). Въ тит. I конституціи 1791 г., подъ рубрикою *основныя положенія, гарантированныя конституціей*, вновь перечисляются и точнѣе формулируются индивидуальныя права, принципъ которыхъ былъ высказанъ въ Декларацiи правъ, и въ § 3 говорится: «*законодательная власть не можетъ издать ни одного закона, который нанесъ бы ущербъ или поставилъ препятствіе естественнымъ и гражданскимъ правамъ, перечисленнымъ въ настоящемъ титулѣ и гарантированнымъ конституціей;* но такъ какъ свобода состоитъ лишь во власти дѣлать все, что не вредитъ ни правамъ другого, ни общественной безопасности, законъ можетъ установить наказаніе противъ дѣйствій, которыя, нарушая общественную безопасность или права другого, были бы вредны обществу». Нигдѣ въ другомъ мѣстѣ не была формулирована болѣе точно норма, которая, основываясь на признаніи индивидуальныхъ правъ, ограничивала бы юридически власть государства, какъ законодателя.—Декларацiи 1793 и III гг. были

составлены по образцу Декларации 1789 г. Однако были и нѣкоторыя различія.

Всѣ наши послѣдующія конституціи, за исключеніемъ конституціонныхъ законовъ 1875 г., говорили объ индивидуальныхъ и естественныхъ правахъ человѣка, которыя были провозглашены въ Декларации 1789 г.

Въ 1848 году одно время былъ вопросъ о томъ, чтобы вотировать новую Декларацію правъ; но отъ этого отказались и удовольствовались тѣмъ, что помѣстили во главѣ конституціоннаго акта введеніе, въ которомъ напомнили о великихъ принципахъ 1789 г. Въ немъ говорилось: «Республика признаетъ права и обязанности, предшествующія и возвышающіяся надъ положительными законами. Взаимный долгъ обязываетъ гражданъ по отношенію къ республикѣ и республику по отношенію къ гражданамъ» (Стг. III и VI).

Часто утверждалось, что Декларація правъ 1789 г. цѣликомъ была извлечена изъ «Общественнаго договора». Такъ, Бутми говоритъ, что Декларація своимъ источникомъ имѣетъ французскую философію XVIII вѣка [1]). Черновъ въ своей статьѣ о Монтескьё и Руссо считаетъ, что самое содержаніе Декларации правъ человѣка, въ своихъ философскихъ частяхъ, взято у Руссо [2]). — Эти положенія отчасти не точны. Неоспоримо, конечно, что многія идеи, выраженныя въ Декларации, въ частности идея естественнаго человѣка, имѣющаго права, предшествующія государству и самому обществу, въ силу того, что онъ человѣкъ, были достояніемъ большинства умовъ во Франціи XVIII вѣка. Но онѣ пришли болѣе издалека. Съ другой стороны, вѣрно, что политическіе принципы, вписанные въ Декларацію правъ, въ частности принципъ національнаго суверенитета и его недѣлимости (ст. 3), опредѣленіе закона, «какъ выраженія общей воли» (ст. 6), почерпнуты непосредственно изъ «Общественнаго договора». Но существенный элементъ Декларации, — торжественное утвержденіе, что существуетъ граница верховной власти

---

1) *Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1902, стр. 414.

2) *Revue du droit public.*, 1903, II, стр. 96.

государства, совершенно чуждъ «Общественному договору». Руссо есть отецъ секгантскаго и тираническаго якобинства. Декларація же правъ вполнѣ проникнута духомъ либерализма и терпимости. Поль Жане напрасно говоритъ [1]), что мысль Руссо постоянно колеблется между правомъ государства и правомъ индивида; Руссо не колеблется подчинить право индивида праву государства и признать за послѣднимъ неограниченную власть.

Вотъ нѣсколько мѣстъ изъ *Общественнаго договора*, которыя не оставляютъ сомнѣній на этотъ счетъ: «Нѣтъ и не можетъ быть никакого основного закона, обязательнаго для народа въ цѣломъ; для него не обязателенъ даже общественный договоръ»; «такъ какъ суверенъ образуется изъ частныхъ лицъ, его составляющихъ, то у него нѣтъ и не можетъ быть интереса, противоположнаго ихъ интересу; поэтому подданные не нуждаются въ гарантіяхъ по отношенію къ своей суверенной власти» (кн. 1, гл. 7). Это чистѣйшій софизмъ, такъ какъ суверенъ въ дѣйствительности образуется большинствомъ, и формула Руссо сводится къ тому, что большинство имѣетъ право безгранично угнетать меньшинство,—подъ какимъ положеніемъ мы никогда не сможемъ подписаться. Руссо говоритъ также: «Такъ какъ отчужденіе дѣлается безъ оговорокъ, то союзъ настолько совершененъ, насколько онъ можетъ имъ быть, и никто изъ участниковъ не можетъ ничего требовать; ибо, *если бы оставались нѣкоторыя права у частныхъ лицъ*, то въ силу того, что не было бы общаго верховнаго лица для разрѣшенія столкновеній между частными лицами и публикой, каждый, будучи нѣкоторымъ образомъ своимъ собственнымъ судьей, скоро сталъ бы претендовать быть имъ во всемъ; естественное состояніе продолжалось бы, и ассоціація сдѣлалась бы неизбѣжно тиранической или безполезной» (кн. I, гл. 6). Однако гл. 4 кн. II *Общественнаго договора* озаглавлена: «Границы суверенной власти», и въ ней мы читаемъ: «Разумѣется, изъ всего, что каждый отчуждаетъ по общественному договору изъ своей власти, изъ своего имущества, изъ своей свободы, только часть нужна общинѣ».. Авторъ какъ бы признаетъ, что естественныя права индивида сохраняются по образованіи политическаго цѣлаго. Но

[1]) *Histoire des doctrines politiques*, 2 изд., II, стр. 583.

это лишь иллюзія, такъ какъ Руссо торопится прибавить: «Но слѣдуетъ признать также, что одинъ суверенъ является судьей того, какая часть нужна общинѣ». Этимъ признается *безграничная* власть государства надъ индивидомъ. И непосредственно вслѣдъ за этимъ, слѣдуя обычному методу Руссо,— софизмъ, чтобы оправдать его утвержденіе; онъ говоритъ: «Всѣ услуги, которыя гражданинъ можетъ оказать государству, онъ долженъ ихъ государству, какъ только суверенъ ихъ потребуетъ; но, съ своей стороны, суверенъ не можетъ возложить на подданныхъ никакихъ цѣпей, безполезныхъ для общины; *онъ даже не можетъ пожелать этого, ибо при законѣ разума ничто не дѣлается безъ причины, точно такъ же, какъ и при законѣ природы*» (кн. III, гл. 4). Здѣсь софизмъ превосходитъ всякую мѣру. Странно, что послѣ этого и послѣ всего того, что онъ самъ написалъ, П. Жане могъ сказать по поводу Декларацiи правъ: «Этотъ актъ происходитъ не отъ Монтескье, а отъ Руссо» [1].

Въ своей брошюрѣ *О Декларацiи правъ* Еллинекъ поддерживаетъ ту мысль, что Декларація правъ 1789 г. непосредственно вдохновлялась *Декларацiей американской независимости* 1776 г. и декларацiями правъ (*Bills of Rights*), помѣщавшимися во главѣ большинства конституцій, которыя вырабатывали для себя англійскія колоніи, сдѣлавшіяся независимыми государствами. Дѣйствительно, Декларація американской независимости 1776 г., редактированная Джефферсономъ, начинается слѣдующими словами: «Мы считаемъ за истины, очевидныя сами по себѣ, что всѣ люди созданы равными и надѣлены Творцомъ нѣкоторыми неотчуждаемыми правами, среди которыхъ находятся жизнь, свобода и стремленіе къ счастью... Правительства установлены между людьми, чтобы обезпечить эти права, и они владѣютъ своей справедливою властью въ силу согласія управляемыхъ» [2]. Декларацiи въ томъ же духѣ находятся во главѣ большинства конституцій, которыми надѣлили себя колоніи послѣ

---

[1]) P. Janet, *Histoire des doctrines politiques*, 2 изд., стр. 612. Ср. критику этой идеи Jellinek, *La Déclaration des droits* trad. Fardis, 1902, стр. 9.

[2]) Цитировано по Chambrun, *Droits et libertés aux Etats Unis*, стр. 56.

объявленія независимости. 12 іюня 1776 г. Виргинскій конвентъ принялъ декларацію, которая должна была послужить образцомъ для другихъ колоній, сдѣлавшихся независимыми государствами. Въ ст. I говорится: «Всѣ люди по природѣ одинаково свободны и независимы и имѣютъ нѣкоторыя врожденныя права, которыхъ, когда между ними существуетъ общественное состояніе, они не могутъ никакимъ договоромъ лишить своего потомства, именно: пользованіе жизнью и свободою съ властью пріобрѣтать и владѣть собственностью и стремиться и достигать счастья и безопасности».

Неоспоримо, что эти идеи тожественны съ тѣми, которыя были формулированы въ Декларациіи правъ 1789 г. Очень вѣроятно, что именно примѣръ Америки далъ людямъ 1789 г. идею предпослать вырабатываемой ими конституціи декларацію правъ. Извѣстно, какимъ престижемъ пользовалось во Франціи съ 1783 г. все американское. Правда, идея декларациіи правъ была выражена уже въ нѣкоторыхъ cahiers, именно отъ Немурскаго округа, гдѣ находится глава, озаглавленная: «О необходимости установить, каковы права человѣка и гражданина», и проектъ въ 30 статей. Имѣется также проектъ декларациіи правъ въ cahiers города Парижа [1]). Но первымъ предложившимъ собранію предпослать конституціи Декларацію правъ человѣка и гражданина и представившимъ ея проектъ былъ Лафайетъ [2]).

Если мысль составить Декларацію правъ была вдохновлена примѣромъ Америки, то откуда произошли сами идеи? Очевидно, онѣ не родились въ Америкѣ; онѣ были привезены въ Америку изъ Европы; и авторы французской Декларациіи черпали изъ тѣхъ же источниковъ, что и американскіе законодатели-учредители.

Этими источниками не являются, какъ это иногда говорятъ, разные акты англійскаго публичнаго права, въ родѣ *Великой хартіи*, *Петиціи правъ 1627 г.*, *Habeas corpus 1679 г.*, *Билля о правахъ 1689 г.* Эти знаменитые акты, разумѣется, не остались неизвѣстными ни для американскихъ учредителей, ни для членовъ Національнаго Собранія. Но, какъ вполнѣ правильно говоритъ Еллинекъ, «цѣлая пропасть

---

[1]) *Archives parlem.*, 1 серія, IV, стр. 161 и V, стр. 281.

[2]) *Archives parlem.*, 1 серія, VIII, стр. 221.

отдѣляетъ американскія декларацiи (онъ могъ бы добавить и французскую декларацію) отъ цитированныхъ выше англійскихъ законовъ» [1]). Послѣдніе нисколько не вдохновлены вѣрою въ существованіе естественныхъ и вѣчныхъ правъ человѣка, ограничивающихъ власть государства, какъ таковую. Они имѣютъ единственной цѣлью ограничить власть короля, охранить индивида отъ королевскаго произвола и признаютъ всемогущество парламента. Американскія же и французскія декларацiи имѣютъ цѣлью ограничить юридически власть государства, какъ законодателя; англійскія декларацiи «не имѣютъ ни возможности, ни намѣренія ограничить законодательные факторы и установить принципы для будущаго законодательства», а только ограничиваютъ власть короля и его агентовъ, оставивши парламентъ всемогущимъ [2]).

Американскіе учредители и авторы Декларацiи 1789 г. черпали формулируемые ими принципы, главнымъ образомъ, въ писаніяхъ Пуфендорфа, Локка и Монтескье. Пуфендорфъ былъ извѣстенъ въ Америкѣ благодаря трактату американскаго публициста Джона Уайзе (Бостонъ, 1772), который самъ заявляетъ, что онъ за основаніе своихъ разсужденій взялъ доктрину Пуфендорфа [3]). У Монтескье заимствованы были понятіе свободы и идея, что правительство прежде всего должно быть организовано съ цѣлью охраны свободы. «Свобода нисколько не состоитъ въ томъ, чтобы дѣлать, что угодно. Въ государствѣ, т.-е. въ обществѣ, въ которомъ есть законы, свобода можетъ состоять лишь въ возможности дѣлать то, что слѣдуетъ желать, и не быть принужденнымъ дѣлать то, чего не слѣдуетъ желать» [4]).

Точнѣе всего, какъ намъ кажется, доктрина, выраженная въ Декларацiи 1789 г., формулирована была Локкомъ. Онъ допускаетъ существованіе естественнаго состоянія, въ которомъ жили люди, и заявляетъ, что если люди покинули

---

[1]) *Op. cit.*, стр. 48.

[2]) Ср. Jellinek, *op. cit.*, стр. 49; Dicey, *Introduction*, франц. изд. 1902, стр. 35 и сл.

[3]) См. особенно кн. VII, гл. I, „*Des motifs qui ont porté les hommes à former des sociétés civiles*“ въ *Le droit de la nature et des gens*, перев. Barbeyrac, Амстердамъ, 1712, II, стр. 211.

[4]) *Esprit des lois*, кн. XI, гл. 3-я.

естественное состояніе и образовали общества, то «они сдѣлали это для взаимнаго сохраненія ихъ жизни, свободы и имущества, всего, что я называю общимъ именемъ *собственностей*» [1]). Въ этомъ организованномъ обществѣ высшая власть есть власть законодательная [2]). Но хотя законодательная власть есть верховная власть государства, она, по мнѣнію Локка, не можетъ осуществляться произвольно надъ жизнью и имуществомъ народа; такъ какъ власть есть не что иное, какъ власть каждаго члена общества, переданная лицу или собранію, являющемуся законодателемъ, то она не можетъ быть болѣе той, которую всѣ эти различныя лица имѣли при естественномъ состояніи, ибо никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ онъ имѣетъ самъ. Такъ какъ въ естественномъ состояніи человѣкъ не имѣлъ произвольной власти надъ жизнью, свободою и собственностью другого, а власть его простиралась лишь до той степени, въ какой допускалъ это законъ природы для сохраненія его личности и для сохраненія остального человѣческаго рода, то это есть все, что человѣкъ даетъ, и что онъ можетъ дать обществу и, слѣдовательно, законодательной власти [3]). Такимъ образомъ, говоритъ Локкъ, законодательная власть, верховная сила не имѣетъ *права* завладѣть никакой частью всего принадлежащаго частному лицу, безъ его согласія; несомнѣнно, налоги необходимы, но они могутъ быть взимаемы лишь съ согласія наибольшаго числа членовъ общества или тѣхъ, кто представляетъ этихъ послѣднихъ, или кто былъ выбранъ ими. Кромѣ того, законодательная власть можетъ создавать лишь законы, равные для всѣхъ: «одни и тѣ же правила будутъ для богатаго и бѣднаго, для фаворита и куртизана, для провинціала и земледѣльца» [4]).

Подъ словомъ *собственности*, Локкъ, какъ мы видѣли, разумѣетъ жизнь, свободу и имущество индивидовъ; слѣдовательно, вся его доктрина резюмируется такимъ образомъ: законодательная власть не можетъ создавать ни одного закона, который наноситъ ущербъ жизни, свободѣ или иму-

---

[1]) *Gouvernement civil*, гл. VIII, § 1.

[2]) *Op. cit.*, гл. X, § 1.

[3]) *Op. cit.*, гл. X, § 2.

[4]) *Op. cit.*, гл. X, § 9.

ществу индивидовъ. Гарантія этой обязанности заключается въ хорошей организаціи публичныхъ властей. Но это недостаточно, и если законодатель нарушаетъ свои обязанности, Локкъ не колеблется признать революцію законной: «Когда законодательная власть посягаетъ на лицъ и на собственности, народъ освобождается отъ всякаго по отношенію къ ней повиновенія; онъ имѣетъ право снова получить свою первоначальную свободу и учрежденіемъ новой законодательной власти, какой ему будетъ угодно, позаботиться о своемъ сохраненіи и о своей собственной безопасности» [1]). Безполезно настаивать на тожествѣ этой доктрины Локка съ главными идеями Декларацiи правъ.

Однако Еллинекъ считаетъ, что «хотя Локкъ и утверждаетъ, что собственность (обнимающая также свободу и жизнь) есть право, предшествующее обществу... онъ не приписываетъ людямъ, живущимъ въ обществѣ, основныхъ правъ строго ограниченныхъ, и устанавливаетъ для законодательной власти скорѣе моральныя границы, вытекающія изъ самой цѣли государства». Еллинекъ считаетъ, что только Блэкстонъ сумѣлъ создать теорію абсолютнаго права лицъ по отношенію къ государству, какъ законодателю [2]). Идеи, выраженныя въ анонимномъ сочиненіи Блэкстона, были развиты въ Америкѣ Джемсомъ Отисомъ въ его книгѣ *Les droits des colonies anglaises* (1764), который, по словамъ Еллинека, «утвердилъ трансформацію объективнаго права въ право субъективное» [3]). Мы полагаемъ, что замѣчанія Еллинека по этому пункту не вполнѣ точны. Намъ кажется, что Локкъ имѣлъ очень отчетливое понятіе о субъективныхъ правахъ, принадлежащихъ индивиду до образованія общества, и сохраняющихся и послѣ этого образованія и ограничивающихъ, какъ таковыя, власть государства. Только Локкъ не былъ юристомъ и не сдѣлалъ конструкціи по правиламъ искусства; это было задачею юриста, въ родѣ Блэкстона,

---

[1]) *Op. cit.*, гл. XVIII, § 14.

[2]) Сочиненіе Блэкстона, появившееся подъ заглавіемъ: *A analysis of the Law England*, 1754 и *Commentaires*, 1765.

[3]) Jellinek, *La déclaration des droits*, trad. Fardis, 1902, стр. 56, 85 и 86.

который лишь построилъ идеи Локка по юридической техникѣ [1]).

72. **Содержаніе и характеръ деклараціи правъ.**—Когда Національное Собраніе собралось въ 1789 г., громадное большинство его членовъ, если не всѣ, считало индивидуалистическіе принципы неоспоримыми догматами и полагало, что новая политическая конституція, которую предстояло создать, должна основываться на нихъ. Лишь нѣкоторыя сомнѣнія возникали относительно того, должно ли предпослать конституціи торжественную декларацію этихъ принциповъ. Многіе cahiers требовали этого, и 4 августа Собраніе рѣшило, что конституціи должна предшествовать декларація правъ. Самый текстъ былъ окончательно вотированъ 18 и 26 августа 1789, за исключеніемъ легкаго измѣненія въ ст. 4, вотированнаго 2 октября [2]).

Заглавіе, подъ которымъ его обыкновенно цитируютъ, *Декларація правъ человѣка*—не точно. Его официальное и полное заглавіе есть *Декларація правъ человѣка и гражданина*. Каковъ смыслъ и значеніе этого заглавія? Очевидно, права человѣка суть

---

[1]) О Деклараціи правъ, кромѣ уже цитированныхъ авторовъ, см. Th. Ferneuil, *Les principes de 1789 et la sociologie*, 1889; Walch, *La Déclaration des droits de l'homme de 1789*, thèse, Парижъ, 1903.—Въ лекціи, прочитанной въ Парижѣ 23 января 1906 г., Думергъ, профессоръ богословскаго факультета въ Монтобанѣ, поддерживалъ ту мысль, что великіе принципы Деклараціи правъ 1789 г.—кальвинистскаго происхожденія и были пропагандированы въ современномъ мірѣ кальвинистами (*Le petit Temps*, 25 янв. 1906). Ср. Doumergue, *Les grands principes de 1789*, рѣчь на богословскомъ факультетѣ въ Монтобанѣ, 16 ноября 1905.

[2]) Ср. Duguit et Monnier, *Les constitutions, notices historiques*, стр. VIII и сл.

тѣ права, которыя принадлежатъ ему, какъ человѣку, ранѣе даже, чѣмъ онъ составляетъ часть политическаго общества, и которыя продолжали бы принадлежать ему, если бы онъ пересталъ составлять часть этого политическаго общества. Права гражданина, напротивъ, суть права, которыя принадлежатъ индивиду, поскольку онъ составляетъ часть политическаго общества, и которыя перестали бы принадлежать ему, если бы онъ пересталъ составлять часть этого политическаго общества. Но можно задать вопросъ, какимъ образомъ права гражданина фигурируютъ въ декларацiи, имѣющей цѣлью ограничить власть законодателя. Въ самомъ дѣлѣ, если индивидъ владѣетъ правами гражданина лишь потому, что онъ составляетъ часть политическаго общества, то кажется яснымъ, что эти права являются лишь концессiей политическаго общества, и что это послѣднее, уступивши ихъ черезъ своего законодателя, можетъ ихъ по своей волѣ взять обратно или ограничить. Воззрѣнiя 1789 г. были иными. Считалось, что права гражданина не составляютъ въ дѣйствительности правъ, отличныхъ отъ правъ человѣка, а сами являются естественными правами, поскольку они признаны и гарантированы политическимъ обществомъ. Въ Декларацiи перечисляются и опредѣляются права индивида, и какъ человѣка и какъ гражданина, т.-е. не только права, принадлежащiя человѣку теоретически, но и права, признанныя и дѣйствительно гарантированныя обществомъ. Права гражданина не отличаются отъ правъ человѣка; они являются этими послѣдними, получившими охрану и гарантiю.

Такъ, напр., въ ст. 2 Декларацiи 1789 г. обозначены, какъ права человѣка, свобода, собственность и безопасность. Свобода и собственность суть права человѣка; безопасность есть право гражданина. Но безопасность въ дѣйствительности не представляетъ собою особаго права, отличнаго отъ свободы и собственности; безопасность не что иное, какъ свобода и собственность соцiально признанныя и гарантированныя. Человѣкъ вступаетъ въ общество со своими правами свободы и собственности, онъ дѣлается гражданиномъ; права, которыми онъ владѣетъ, какъ человѣкъ, дѣлаются правами гражданина; они заключаютъ въ себѣ право требовать отъ общественнаго цѣлаго, чтобы оно ихъ признало, уважало и охраняло; это право и есть безопасность, которая, такимъ образомъ, есть не что иное, какъ права свободы и собственности, охраняемыя общественнымъ цѣлымъ, при помощи политической, административной и судебной организацiи, которую оно устанавливаетъ, и которую оно должно установить. Опредѣленiе безопасности очень опредѣленно было дано Декларацiями 1793 г. и III г.: «Безопасность состоитъ въ защитѣ, даваемой обществомъ каждому изъ своихъ членовъ для охраны его личности, его правъ и его собственности» [1]). «Безопасность есть послѣдствiе сотрудничества всѣхъ для обезпеченiя правъ каждаго» [2]).

Декларацiя 1789 г. ничего не говоритъ о политическихъ правахъ, т.-е. о признанныхъ за индивидомъ правахъ на осуществленiе политической власти. Очень вѣроятно, что въ сознанiи громаднаго большинства членовъ Собранiя это были не права, а лишь осуществленiе функцiи. Во всякомъ случаѣ, если бы политическiя права и были настоящими правами, они представляли бы уступленныя права, а не врожденныя самой природѣ человѣка, каковыя права публичная власть можетъ уступать, какъ ей угодно, на условiяхъ и съ оговорками, какiя ей заблагоразсудится установить; эти права, слѣдовательно, не должны перечисливаться въ актѣ, устанавливающемъ границы государственной власти. Поэтому, права гражданина не являются тѣми, которыя мы

---

[1]) Декл. 1793, ст. 8.

[2]) Декл. III г., ст. 4.

теперь называемъ политическими правами, а скорѣе тѣми, которыя иногда называютъ цивическими правами. Конституція 1791 г. называла ихъ *гражданскими правами* (тит. 1). Это—естественныя права индивида, поскольку они признаны и гарантированы государствомъ.

Конституція 1875 г. — единственная, въ которой нѣтъ никакого упоминанія и никакого указанія на права, вписанныя въ Декларацію 1789 г. Вслѣдствіе этого, можно спросить, не перестали ли нормы Декларацiи правъ 1789 г. имѣть положительную законную силу, и не можетъ ли парламентъ въ настоящее время посягнуть на естественныя индивидуальныя права человѣка, не нарушивши основныхъ положеній нашего публичнаго права. Мы отвѣчаемъ, не колеблясь, что нѣтъ, и мы глубоко убѣждены, что всякій законъ, противорѣчащій Декларацiи правъ 1789 г., былъ бы неконституціоннымъ закономъ.

Эсменъ [1]) учитъ, что Декларацiи правъ имѣли лишь догматическое значеніе; это были, говоритъ онъ, декларацiи принциповъ, сдѣланныя законодателемъ-философомъ, безъ положительнаго законодательнаго значенія; наоборотъ, *гарантіи правъ* были настоящими положительными конституціонными законами, имѣющими обязательную силу для обыкновеннаго законодателя. Такимъ образомъ по этой доктринѣ, такъ какъ современная конституція 1875 г. не содержитъ ни гарантіи правъ, ни упоминанія принциповъ 1789 г., власть законодателя ничѣмъ не ограничена, и законъ, прямо нарушающій права индивида, нисколько не былъ бы неконституціоннымъ закономъ. Эсменъ старается ослабить важность этого послѣдствія, во-первыхъ, тѣмъ, что это мало измѣняетъ въ положеніи вещей, такъ какъ, даже если бы подобный законъ былъ и неконституціоннымъ, судьи не могли бы отказать въ его примѣненіи, ибо французскіе суды въ отличіе отъ американскихъ судовъ не имѣютъ права оцѣнивать консти-

[1]) *Op. cit.* стр. 460.

туціонности законовъ, и, во-вторыхъ, указаніемъ на примѣръ Англіи, гдѣ, по его словамъ, индивидуальныя права кажутся лучше обезпеченными, чѣмъ въ какой бы то ни было странѣ въ мірѣ, и гдѣ, однако, парламентъ абсолютно суверененъ. «Лучшая гарантія въ этомъ отношеніи заключается въ нравахъ, въ національномъ духѣ». Это вѣрно, и именно потому, что нравы во Франціи иные, чѣмъ въ Англіи, примѣръ послѣдней не долженъ быть приводимъ.

Положенія, вписанныя въ большинство нашихъ конституцій подъ рубрикою *права гражданъ, гарантированныя конституціей*, или *публичное право французовъ*, безусловно являются положительными конституціонными нормами въ собственномъ смыслѣ слова, цѣнность и значеніе которыхъ опредѣляются сообразно съ теоріей неподвижныхъ конституцій. Когда были въ силѣ конституціи, содержавшія эти положенія, обозначаемыя общимъ именемъ *гарантій правъ*, не было сомнѣній, что законодатель былъ обязанъ положительнымъ закономъ, стоящимъ надъ нимъ, не нарушать индивидуальныхъ правъ. Но не было ли бы то же самое, если бы существовали лишь декларації правъ, и гарантіи правъ не были бы внесены въ конституцію. Не то же ли самое теперь, когда дѣйствующая конституція не дѣлаетъ никакого упоминанія объ индивидуальныхъ правахъ?

По нашему мнѣнію, декларації правъ не были простыми догматическими формулами или простыми теоретическими заявленіями, формулированными законодателемъ - философомъ; онѣ были настоящими положительными законами, обязывающими не только обыкновеннаго законодателя, но даже и законодателя учредителя. Въ частности Декларація правъ 1789 г. сохранила еще и до нашихъ дней свою положительную законную силу. Мы убѣждены, что если бы

законодатель издалъ законъ, нарушающій одинъ изъ принциповъ, формулированныхъ въ Декларації правъ 1789, то этотъ законъ былъ бы неконституціоннымъ. Мы убѣждены даже, что Декларація правъ 1789 г. обязательна до сихъ поръ не только для обыкновеннаго законодателя, но и для законодателя-учредителя, и что Національное Собраніе, образованное согласно ст. 8 закона 25 февраля 1875 г., не могло бы юридически издать законъ, противорѣчащій Декларації 1789 г.

Чтобы установить эти положенія, достаточно вспомнить, что по мысли Національнаго Собранія 1789 г. Декларація была общественнымъ договоромъ новаго общества, только что родившагося изъ Революціи. Собраніе, назначенное, чтобы возродить Францію, хочетъ изгладить все прошлое, и для этого оно прежде всего вырабатываетъ общественный договоръ, какъ это дѣлали американцы-учредители, служившіе Собранію образцомъ. Понятая такимъ образомъ Декларація правъ есть настоящій законъ, стоящій выше обыкновенныхъ законовъ, выше даже конституціоннаго закона и вполнѣ отличный отъ послѣдняго.

Эта идея была нѣсколько разъ очень отчетливо выражена выдающимися членами Собранія въ моментъ обсужденія и вотированія Декларації. Напримѣръ, Лолли-Толлендаль сказалъ: «Пусть будетъ провозглашена декларація, которая явится декларацією правъ всѣхъ... которая составитъ, такъ сказать, *общественный контрактъ, универсальный договоръ*» [1]. И Демёнье: «Надо выработать декларацію правъ, предшествующую французской конституціи, т.-е. декларацію принципа, *примѣнимаго ко всѣмъ правительствамъ*» [2].

---

[1] *Archives parl.*, 1 серія, VIII, стр. 222.

[2] *Ibid.*, стр. 334.

Какимъ образомъ можно утверждать, что Декларація правъ имѣетъ лишь доктринальную цѣну и не имѣетъ законодательной силы, когда, по индивидуалистическому воззрѣнію, все положительное законодательство имѣетъ лишь постольку цѣну и силу, поскольку оно является осуществленіемъ юридическихъ принциповъ, формулированныхъ въ Декларації? Какимъ образомъ текстъ, содержащій возвѣщеніе этихъ принциповъ, не является закономъ? По индивидуалистической доктринѣ, еще лежащей въ основаніи нашего положительнаго права, обязательная сила закона проистекаетъ гораздо больше изъ его соотвѣтствія индивидуальнымъ правамъ, чѣмъ изъ національной воли, какъ таковой. Слѣдовательно, закономъ по преимуществу, тѣмъ закономъ, который сильнѣе всѣхъ другихъ конституціонныхъ или обыкновенныхъ законовъ, лишь вытекающихъ изъ него, цѣнныхъ лишь постольку, поскольку они сообразуются съ возвѣщенными имъ принципами, — такимъ закономъ является законъ, содержащій перечисленіе этихъ индивидуальныхъ правъ, т.-е. декларація правъ (ср. § 36).

Этимъ объясняется, почему авторы большинства конституцій считали необходимымъ вписать въ самое конституцію *гарантіи правъ*, которыя не составляютъ одного излишняго повторенія декларації въ собственномъ смыслѣ слова. Декларація есть основной законъ, обязательный какъ для законодателя-учредителя, такъ и для обыкновеннаго законодателя, при чемъ первый лишь выполняетъ возложенную на него высшимъ закономъ обязанность, запрещая второму нарушать принципы этого высшаго закона. По системѣ 1789 г. есть три категоріи законовъ, нахо-

дящихся въ іерархическомъ отношеніи другъ къ другу,—декларацiи правъ, конституціонные и обыкновенные законы. Законодатель-учредитель подчиненъ декларацiямъ, а законодатель обыкновенный—законодателю-учредителю. Не связанъ ли *a fortiori* обыкновенный законодатель декларацiями правъ, и если даже и нѣтъ въ конституціи положеній, напоминающихъ о правахъ, вписанныхъ въ Декларацію, или гарантирующихъ ихъ, обыкновенный законодатель, тѣмъ не менѣе, связанъ Декларацiей, и ему запрещается нарушать ихъ, если онъ не желаетъ издать закона, противнаго праву.

Но, допуская, что Декларація правъ 1789 г. имѣла, дѣйствительно, положительную законодательную силу въ моментъ, когда она была создана, можно сказать, что она составляла интегральную часть конституціи 1791 г.; слѣдовательно, она потеряла всякую законную цѣну съ того момента, какъ былъ ниспровергнутъ установившій ее политическій строй. Настолько были убѣждены, что Декларація правъ раздѣляетъ судьбу конституціи, что въ 1793 г. и въ III г. выработали новыя Декларацiи, которыя, въ свою очередь, раздѣлили судьбу конституцій, часть которыхъ онѣ составляли, и которыя уже давно мертвы. Къ этому добавляютъ: если можно защищать, что положенія конституціи, не носящія чисто политическаго характера, но имѣющія общее значеніе и могущія примѣняться независимо отъ формы правленія, установленной конституціей, продолжаютъ примѣняться даже послѣ паденія этого правленія, то эти положенія имѣютъ значеніе лишь обыкновенныхъ законовъ всегда могущихъ быть отмѣненными или измѣненными обыкновеннымъ законодателемъ, какъ, напр., положеніе 75 ст. конституціи VIII г., примѣнявшееся до своей отмѣны декретомъ 19 сентября 1870 г., положеніе 76 ст. конституціи VIII г. о неприкосновенности жилища, и 5 ст. конституціи 1848 г., уничтожившая смертную казнь за политическія преступленія, постоянно примѣнявшіяся, но какъ обыкновенные законы. Слѣдовательно, если положенія Декларацiи правъ 1789 г.

имѣли силу основного закона, если и нынѣ они еще сохраняютъ законную силу, то они являются лишь обыкновенными законами и нисколько не связываютъ законодателя.

Отвѣтъ на такой способъ разсуждать самъ собою вытекаетъ. Несомнѣнно, положенія прежнихъ конституцій, имѣвшихъ общее значеніе и нынѣ еще разсматриваемыхъ, какъ имѣющія силу, сохраняютъ силу лишь обыкновеннаго закона. Но Декларація правъ 1789 г. не составляла, собственно говоря, части конституціи. Она была отдѣльно и окончательно вотирована въ 1789 г., и было рѣшено, что она не будетъ инкорпорирована въ конституцію, а лишь помѣщена въ началѣ конституціи.

4 августа 1789 г. Собраніе, почти единогласно, декретируетъ, что *„конституціи будетъ предшествовать Декларація правъ человѣка и гражданина“* [1]. Настолько были убѣждены, что Декларація отдѣлена отъ конституціи, что въ моментъ общаго пересмотра этой послѣдней, докладчикъ Туре, заявилъ: «Было бы нехорошо сдѣлать въ ней какое-нибудь измѣненіе, ибо эта Декларація пріобрѣла нѣкоторымъ образомъ священный и религіозный характеръ и сдѣлалась, за послѣдніе два года, символомъ всѣхъ французовъ» [2]. Собраніе одобрило предложеніе своего докладчика и ограничилось тѣмъ, что приказало исправить опечатку въ 17 ст., гдѣ было напечатано *„собственности“* вмѣсто *собственность*. Все это прекрасно показываетъ, что Декларація была отдѣлена отъ конституціи, что она, по выраженію Дюпонъ де-Немура, была, въ мысли своихъ авторовъ, «основнымъ закономъ законовъ нашей націи и законовъ другихъ націй, который долженъ существовать въ теченіе вѣковъ» [3].

73. **Принципъ равенства.** — Законодатель не можетъ издать ни одного закона, который посягаетъ на равенство индивидовъ. Въ 1789 г. ограничились заявленіемъ [4], что люди рождаются и остаются сво-

---

[1] *Archives parl.*, 1 серія, VIII, стр. 341.

[2] *Archives parlem.*, 1 серія, XXIX, стр. 266.

[3] *Archives parl.*, 1 серія, XXIX, стр. 268.

[4] Декларація, ст. 1.

бодными и равными по праву; равенство не вносится въ число естественныхъ индивидуальныхъ правъ. Въ 1793 г. при перечисленіи естественныхъ индивидуальныхъ правъ право на равенство помѣщается на первомъ мѣстѣ и добавляется: «Всѣ люди равны по природѣ и предъ закономъ» [1]). Въ III г. еще помѣщаютъ равенство въ числѣ правъ человѣка, но на второмъ мѣстѣ послѣ свободы [2]). Формула Конвента, конечно, менѣе точна, чѣмъ формула Національнаго Собранія. Дѣйствительно, трудно понимать равенство, какъ право, или, по крайней мѣрѣ, какъ право, отличное отъ другихъ правъ; оно есть послѣдствіе того, что люди имѣютъ права, которыя происходятъ отъ ихъ свойства людей, которыя, слѣдовательно, должны быть равными. Законодатель не можетъ издать закона, наносящаго ущербъ равенству людей, такъ какъ этимъ онъ безусловно нанесъ бы ущербъ естественнымъ правамъ нѣкоторыхъ. Но эти различія, нѣсколько натянутыя, не важны. Надо лишь указать и запомнить, что, дѣлая изъ равенства право и помѣщая его на первомъ мѣстѣ среди правъ человѣка, Конвентъ 1793 г. ясно обозначилъ свое намѣреніе дать равенству преимущество передъ свободой. Принципъ равенства былъ въ полной гармоніи съ диктаторскими тенденціями Конвента; нѣтъ такого тираническаго правительства, которое не имѣло бы цѣлью свести всѣхъ индивидовъ къ одному уровню. Ссылаясь на ложный принципъ естественнаго и абсолютнаго равенства людей, находили мнимое оправданіе для тяжелой тираніи, которой угнетали страну. Наоборотъ, свободное развитіе инди-

[1]) Деклар. 1793 г., ст. 2 и 3.

[2]) Деклар. III г., ст. 1.

видуальныхъ силъ и либеральная терпимость правительства благопріятствуютъ неравенствамъ, умственнымъ и физическимъ различіямъ между людьми, и обязанность государства создавать законы въ гармоніи съ этими естественными или пріобрѣтенными различіями.

Это, впрочемъ, не исключаетъ, а утверждаетъ настоящее равенство, состоящее, по старинной формулѣ, въ томъ, чтобы равно относиться къ равнымъ вещамъ и не равно къ вещамъ не равнымъ. Абсолютное, математическое равенство людей, понятое на манеръ 1793 г., является, какъ было вполнѣ справедливо сказано, парадоксомъ равенства; оно, въ дѣйствительности, приводитъ къ неравенству. Во всякомъ случаѣ, не такое равенство имѣло въ виду Собраніе 1789 г.

Прежде всего, объявляя, что люди рождаются и остаются свободными и равными въ правахъ, никогда въ 1789 г. не думали утверждать принципа политическаго равенства, т.-е. равнаго участія всѣхъ въ публичной власти (ср. выше, § 23). Наоборотъ, Конвентъ 1793 г., выдвигая на первый планъ естественное и соціальное равенство людей, установилъ всеобщее и равное избирательное право [1]). Точно такъ же именно во имя принципа равенства въ 1848 г. провозглашено было всеобщее прямое и равное избирательное право; и нынѣ еще цѣлая партія видитъ во всеобщемъ избирательномъ правѣ, какъ оно осуществляется у насъ, необходимое примѣненіе принципа равенства. Однако, въ дѣйствительности, такъ называемая уравнительная система всеобщаго избирательнаго права есть нарушеніе истиннаго

[1]) Деклар. 1793 г., ст. 3.

принципа равенства. Справедливо, чтобы всѣмъ было дано участіе въ публичной власти, такъ какъ всѣ заинтересованы въ томъ, чтобы публичныя дѣла велись хорошо, и чтобы всѣ несли публичныя повинности. Но если желаютъ всѣмъ дать равное участіе въ публичной власти подъ предлогомъ, что всѣ суть члены соціальнаго цѣлаго, то это является чистымъ софизмомъ, ибо, хотя всѣ индивиды—члены соціальнаго цѣлаго, но они оказываютъ обществу различныя услуги и имѣютъ различныя способности. Слѣдовательно, для того, чтобы соблюдать принципъ равенства, нужно было бы каждому дать равное участіе въ политической власти, сообразно его способностямъ и услугамъ, которыя онъ способенъ оказать или дѣйствительно оказываетъ обществу. Это гораздо менѣе просто, чѣмъ сказать: всякій гражданинъ имѣетъ одинъ голосъ и только одинъ; но это было бы болѣе справедливо и болѣе соотвѣтствовало бы истинному положенію вещей.

Въ 1789 г., когда провозглашали принципъ равенства, хотѣли особенно подтвердить лишь то, что личность и собственность всѣхъ гражданъ должны быть охраняемы закономъ одинаковымъ образомъ и съ одинаковой силой, а не то, будто всѣ граждане имѣютъ одинаковыя соціальныя прерогативы; но прерогативы, которыми они располагаютъ, должны получать отъ закона совершенно одинаковую охрану, безъ различія лицъ и классовъ. «Законъ долженъ быть одинаковымъ для всѣхъ, кого бы онъ ни охранялъ» [1]). Такимъ образомъ всякій человѣкъ имѣетъ право сдѣлаться собственникомъ; но всѣ люди не имѣютъ права обла-

---

[1]) Деклар. правъ 1789 г., ст. 6.

дать одинаковымъ количествомъ богатства, ибо, если пріобрѣтеніе богатства есть результатъ труда, то не всѣ люди имѣютъ одинаковую способность, одинаковую ловкость и не производятъ одинаковаго количества богатства. Но всѣ собственники, мелкіе и крупные, должны быть охраняемы закономъ совершенно одинаковымъ образомъ и съ одинаковой энергіей.

Какъ законъ долженъ всѣмъ обезпечить одинаковую охрану, такъ онъ долженъ за одинаковыя нарушенія налагать одинаковыя наказанія. «Онъ долженъ быть одинаковымъ для всѣхъ, охраняетъ ли онъ, или наказываетъ» [1]). Законъ долженъ установить одинаковыя наказанія безъ различія соціальныхъ классовъ. Однако, если бы законодатель не далъ судьѣ никакой свободы оцѣнки, то онъ довелъ бы равенство до такого пункта, гдѣ оно сдѣлалось бы неравенствомъ. Примѣненіе наказанія должно видоизмѣняться сообразно личному положенію преступника. Индивидуализація наказанія есть условіе равенства въ примѣненіи уголовнаго закона.

Принципъ равенства запрещаетъ законодателю устанавливать ограниченія по отношенію къ доступу всѣхъ къ почестямъ, мѣстамъ и должностямъ. Норма была прекрасно формулирована въ ст. 6: «всѣ граждане, будучи равными передъ его (закона) лицомъ, имѣютъ одинаковый доступъ ко всѣмъ почестямъ, мѣстамъ и должностямъ, сообразно ихъ способности, и безъ другого различія, кромѣ различія по своимъ добродѣтелямъ и своимъ талантамъ» [1]). Никто, слѣ-

---

[1]) Деклар. 1789 г., ст. 6.

[2]) Ср. Деклар. 1793 г., ст. 5.

довательно, не можетъ быть исключенъ отъ той или другой должности, лишенъ той или другой прерогативы, ради своего происхожденія, своихъ философскихъ или религіозныхъ вѣрованій, своихъ политическихъ убѣжденій. Всякій законъ, который установилъ бы подобное исключеніе, нарушилъ бы принципы Декларації права.

Ст. 14 § 1 закона 1 іюля 1901, которая постановляетъ, что «никому, принадлежащему къ не авторизированной религіозной конгрегаціи, не дозволено управлять, прямо ли или черезъ посредствующее лицо, учебнымъ заведеніемъ, какого бы то ни было рода, ни заниматься обученіемъ», есть вопіющее нарушеніе принциповъ Декларації правъ. Въ самомъ дѣлѣ, присоединеніе къ религіозной конгрегаціи есть результатъ внутренняго присоединенія къ правиламъ этой конгрегаціи и принесенія благочестиваго обѣта, что̀ не выходитъ изъ области личной совѣсти и, слѣдовательно, не подлежитъ дѣйствію закона. Указанное постановленіе запрещаетъ гражданамъ доступъ къ нѣкоторымъ занятіямъ по основаніямъ, чуждымъ ихъ способностямъ, ихъ добродѣтелямъ, ихъ талантамъ, именно, въ дѣйствительности, изъ-за ихъ внутреннихъ вѣрованій и чисто нравственныхъ обѣщаній, данныхъ ими.

Подобно прерогативамъ, повинности, и прежде всего налоги, должны быть равны для всѣхъ. Въ ст. 13 Декларації 1789 г. говорится: «Для содержанія общественной власти и для издержекъ на администрацію необходимо общее обложеніе; оно должно быть равно распредѣлено между гражданами, сообразно ихъ средствамъ» [1]). Указывалось, что Декларації 1789 и III г. и Конституція III г. говорили объ обложеніи гражданъ *сообразно* (*en raison*) ихъ средствамъ, Хартіи же и Конституція 1848 г. говорили о налогѣ на каждаго *пропорціонально* (*en proportion*) его имуществу, и что формула Деклараций допускала установленіе *прогрессивнаго налога*, безъ нарушенія принципа равенства. Мы не придаемъ много значенія этому различію формулъ. Вполнѣ спра-

---

[1]) Ср. Декларація III г., ст. 16; Конст. III г., ст. 306; Хартіи 1814 и 1830 г., ст. 2; Конст. 1848 г., введ., VII и ст. 15.

ведливая мысль Декларацiи 1789 г. неоспоримо состоитъ въ томъ, что налогъ не долженъ болѣе тяжело давить на одинъ классъ гражданъ, чѣмъ на другой. Экономическому искусству надлежитъ установить ту налоговую систему, которая сможетъ лучше обезпечить справедливое распредѣленiе общественныхъ повинностей; и если политическая экономiя установитъ, что прогрессивный налогъ болѣе приближается къ этому результату, чѣмъ пропорцiональный налогъ, то налоговой системой, дѣйствительно соотвѣтствующей принципу равенства, будетъ прогрессивный налогъ.

Законодатель долженъ, однако, остерегаться установить, подъ формой прогрессивнаго налога, налогъ экспропрiацiи или уравненiя имущества. Этимъ онъ нанесъ бы принципу равенства ударъ столь же важный, хотя въ обратномъ смыслѣ, какъ если бы онъ заставилъ налогъ болѣе тяжело падать на мелкiя имущества, чѣмъ на крупныя. Было бы также глубокой ошибкой полагать, что прогрессивность должна или быть введена повсюду или вполнѣ отсутствовать. Нѣкоторые налоги должны быть прогрессивными, тогда какъ другiе не должны ими быть. Въ конечномъ выводѣ, нѣтъ абсолютнаго правила. Дѣло законодателя регулировать вопросъ соотвѣтственно обстоятельствамъ, слѣдуя даннымъ финансовой науки и истинному понятiю равенства, только что установленному нами.

Во Францiи принципъ прогрессивности былъ, по нашему мнѣнiю, вполнѣ справедливо введенъ въ налогъ на передачи вслѣдствiе смерти (mutations par décès) [1].

Но мы считаемъ противорѣчащимъ истинному принципу равенства налоговой законъ, который вполнѣ освободилъ бы отъ уплаты налога всѣхъ гражданъ, доходъ которыхъ не превосходилъ бы извѣстнаго размѣра, установленнаго законодателемъ. Что не всѣ плательщики налоговъ уплачиваютъ налогъ, ариѳметически пропорцiональный ихъ доходу, это понятно и можетъ являться условiемъ истиннаго равенства; но когда нѣкоторые граждане совсѣмъ не платятъ налога, въ этомъ заключается извѣстное нарушенiе закона равенства. Всѣ члены соцiальнаго тѣла пользуются услугами обще-

---

[1]) Законъ 5 февр. 1901, ст. 2; 30 марта 1902, ст. 10.

ства; поэтому совершенно законно, чтобы они несли повинности сообразно своимъ средствамъ.

Вопросы о прогрессивномъ и пропорціональномъ налогахъ и о полномъ освобожденіи отъ уплаты налоговъ мелкихъ плательщиковъ, повидимому, не ставились передъ Собраніемъ 1789 г. Но въ Конвентѣ эти вопросы обсуждались нѣсколько разъ. Проектъ жирондистской конституціи (тит. XII, ст. 4) формулировалъ принципъ пропорціональности налога; но въ ст. 5 того же титула было сказано: «Тѣмъ не менѣе, та доля продукта производства и труда, которая будетъ признана необходимой каждому гражданину для его существованія, не можетъ подлежать никакому обложенію». Съ другой стороны, въ тотъ же день (17 марта 1793 г.), когда Конвентъ по предложенію Баррера издалъ слѣдующій декретъ: «Кто предложитъ или попытается установить аграрные законы или какіе-нибудь другіе законы или мѣры, направленные противъ земельной, торговой и промышленной собственности, будетъ наказанъ смертью», онъ рѣшилъ: «Принципъ *прогрессивнаго* налога декретированъ». Въ тотъ же день, по предложенію Рамель Ногаретъ, Конвентъ вотировалъ слѣдующій декретъ: «Чтобы достигнуть болѣе точной пропорціи въ распредѣленіи повинностей, которыя каждый гражданинъ долженъ нести сообразно своимъ способностямъ, будетъ установленъ постепенный и прогрессивный налогъ на роскошь и богатства, какъ земельныя, такъ и движимыя» [1]). Вопросъ снова возникъ при обсужденіи монтаньярской конституціи (17 іюня 1793). Геро де Сешель, отъ имени комитета, предложилъ такую статью: «Ни одинъ гражданинъ не избавленъ отъ почетной обязанности содѣйствовать несенію общественныхъ повинностей» [2]). Этотъ текстъ вызвалъ очень живые протесты. Нѣкоторые депутаты предложили замѣнить его слѣдующей формулой: 1) обложеніе *прогрессивно*, сообразно богатству, 2) нельзя требовать никакого обложенія того, у котораго имѣется лишь абсолютно необходимое». Дюкосъ энергично поддержалъ предложеніе освободить отъ уплаты налоговъ мелкихъ плательщиковъ; Камбонъ, Фабръ

---

[1]) Засѣданіе 17 марта 1793, *Moniteur*, réimpression, XV, стр. 740 и 741.

[2]) Конст. 1793 г., ст. 101.

д'Эглантинъ и Робеспьеръ возражали противъ этого; Робеспьеръ закончилъ свою любопытную рѣчь слѣдующими словами: «Вмѣсто того, чтобы вносить въ конституцію позорное различіе, слѣдуетъ, наоборотъ, заявить въ ней о почетной обязанности каждаго гражданина платить падающіе на него налоги». Но, какъ противовѣсъ, Робеспьеръ предложилъ вписать въ Декларацію правъ принципъ обязательства для «общества доставлять необходимое всѣмъ тѣмъ своимъ членамъ, которые не могутъ добыть его трудомъ» (ср. § 93). Статья была вотирована въ томъ видѣ, въ какомъ ее предложилъ комитетъ; она сдѣлалась ст. 101 конституціи 1793 г. [1]).

Принципъ равенства подразумѣваетъ также равное для всѣхъ установленіе другихъ повинностей, кромѣ налога, и въ частности военной повинности, очень тяжелой при общемъ состояніи вооруженнаго мира, къ несчастью, вотъ уже 37 лѣтъ гнетущемъ всѣ цивилизованныя страны. Законъ неоспоримо долженъ *равно* распредѣлить военныя тягости между всѣми членами націи.

Но мы полагаемъ, что законодатель ошибается, если считаетъ возможнымъ достигнуть этого результата путемъ простого рѣшенія, что всѣ французы должны дать странѣ математически равное время дѣйствительной службы. Мы полагаемъ, напримѣръ, что послѣдній военный законъ (21 марта 1905), который возлагаетъ на всѣхъ молодыхъ французовъ, безъ различія, двухлѣтнюю дѣйствительную службу, есть лишь по видимости законъ равенства, а въ дѣйствительности приводитъ къ крупнымъ неравенствамъ. Двухлѣтняя дѣйствительная служба для однихъ является болѣе тяжелой повинностью, чѣмъ для другихъ. Не говоря о тѣхъ, которымъ двухлѣтняя служба можетъ вполнѣ помѣшать въ ихъ карьерѣ, двухлѣтнее пребываніе подъ знаменами чрезвычайно тяжело для всѣхъ, являющихся поддержкою семьи, и это увеличеніе тяжести недостаточно компенсируется назначеніемъ помощи, которая можетъ быть оказана нуждающимся семьямъ. Это неравенство тѣмъ менѣе оправдывается, что,

---

[1]) 17 іюня 1793 г. *Moniteur*, réimpression, XVI, стр. 678 и 679. Извѣстно, что, несмотря на вотированіе принципа прогрессивнаго налога, Конвентъ разошелся, не организовавши его.

какъ установлено, для многихъ молодыхъ солдатъ дѣйствительной службы въ теченіе одного года вполнѣ достаточно для ихъ военнаго воспитанія.

Въ окончательномъ выводѣ, принципъ равенства есть норма нашего положительнаго публичнаго права, обязательная для законодателя, и всякій законъ, нарушающій его, является неконституціоннымъ. Но въ то же время это равенство надо понимать въ томъ смыслѣ, что всѣ люди должны быть равно охраняемы закономъ, что повинности должны быть не ариѳметически, а пропорціонально равными. Никогда не слѣдуетъ забывать, что, желая осуществить математическое равенство людей, сильно рискуютъ создать неравенство.

74. **Свобода вообще**.—Свобода есть принадлежащая каждому индивиду власть осуществлять и развивать свою физическую, умственную и моральную дѣятельность, при чемъ законодатель не можетъ создать ей другихъ ограниченій, кромѣ тѣхъ, которыя необходимы для охраны свободы всѣхъ. Декларація правъ 1789 г. содержитъ опредѣленіе свободы, въ которомъ нельзя ничего убавить: «Свобода состоитъ во власти дѣлать все, что не вредитъ другому; такимъ образомъ осуществленіе естественныхъ правъ каждаго человѣка не имѣетъ другихъ границъ, кромѣ тѣхъ, которыя обезпечиваютъ другимъ членамъ общества пользованіе тѣми же правами. Эти границы могутъ быть установлены лишь закономъ». Ст. 6 Декларацiи 1793 г. напыщеннымъ и менѣе яснымъ языкомъ выражаетъ ту же идею: «Свобода есть принадлежащая человѣку власть дѣлать все, что не вредитъ правамъ другого. Она имѣетъ принципомъ природу, нормой—справедливость, охраной—законъ;

ея моральная граница въ слѣдующей максимѣ: не дѣлай другому того, чего ты не хочешь, чтобъ тебѣ дѣлали» [1]).

Эти границы индивидуальной свободы, которыя должны быть проведены, чтобы соціальная жизнь была возможна, могутъ быть опредѣлены только закономъ [2]). Это значитъ, прежде всего, что онѣ могутъ быть опредѣлены лишь органомъ, спеціально предназначеннымъ для изданія законовъ, и далѣе, что эти границы могутъ быть установлены лишь рѣшеніемъ, принятымъ въ общей и абстрактной формѣ, безъ вниманія къ отдѣльнымъ лицамъ, а не индивидуальнымъ и конкретнымъ рѣшеніемъ, изданнымъ по отношенію къ опредѣленнымъ лицамъ (ср. § 35). Наконецъ всѣ ограниченія, созданныя въ интересѣ всѣхъ для индивидуальной свободы каждаго, должны быть одинаковыми для всѣхъ. Это прямое послѣдствіе принципа равенства (ср. § 73).

Одинъ лишь законъ можетъ создать ограниченія для индивидуальной свободы, подъ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы эти ограниченія были одинаковыми для всѣхъ, и чтобы они были необходимы для обезпеченія свободнаго развитія дѣятельности каждаго. Всякій законъ, который создалъ бы для индивидуальной свободы ограниченія, переходящія эту границу, нарушилъ бы право, какъ вообще всякій законъ, который ограничивалъ бы свободу нѣкоторыхъ на болѣе суровыхъ условіяхъ, чѣмъ свободу другихъ.

---

1) Ср. Деклар. III г., ст. 2; Констит. 1848 г., введ., IV и ст. 8.

2) Деклар. 1789 г., ст. 4.

Но этотъ легальный режимъ свободы можетъ быть правовымъ или полицейскимъ режимомъ, или, лучше сказать, въ принципѣ долженъ быть правовой режимъ; какъ исключеніе, можетъ быть и полицейскій режимъ.

Правовой режимъ. — Это тотъ режимъ, при которомъ индивидуальная физическая, умственная, моральная и религіозная дѣятельность можетъ, въ принципѣ, свободно проявляться безъ какого-нибудь предварительнаго ограниченія, безъ какой-нибудь предварительной авторизаціи. И только тогда, когда индивидуальная дѣятельность проявляется противно праву, законодатель уполномачиваетъ публичную власть выступить, чтобы наказать, принудить къ возмѣщенію или отмѣнить.

Напримѣръ, я могу проявлять мою физическую дѣятельность, какъ мнѣ угодно, но если я убиваю или ворую, то я буду арестованъ, судимъ и осужденъ. Я могу свободно передвигаться по общественнымъ путямъ пѣшкомъ, въ экипажѣ, на велосипедѣ, въ автомобилѣ, но если я причиняю какой-нибудь ущербъ моей неосторожностью или небрежностью, я долженъ возмѣстить за него. Я могу обнародовать устно или письменно всякое мнѣніе, но если выраженіе этого мнѣнія сопровождается обидой, диффамаціей, возбужденіемъ къ дѣяніямъ, квалифицируемымъ, какъ преступныя, власть будетъ компетентна, въ силу закона, предпринять противъ меня репрессивныя мѣры, потребовать возмѣщеніе или сдѣлать то и другое вмѣстѣ. Я могу заключить такой контрактъ, какой я считаю нужнымъ, составить такое общество, какое мнѣ нравится, но если, поступая такъ, я преслѣдовалъ цѣль, противную закону,

компетентная, въ силу закона, власть признаетъ этотъ контрактъ недѣйствительнымъ или закроетъ это общество.

Эти примѣры прекрасно уясняютъ, что такое *правовой режимъ*, являющійся общимъ правомъ въ современномъ мірѣ и составляющій существенное условіе всякой свободы. Но если правовой режимъ есть правило, то оно допускаетъ и исключенія, и извѣстная доля можетъ и должна быть предоставлена тому, что мы называемъ полицейскимъ режимомъ.

Полицейскій режимъ. — Законъ, ограничивающій свободу каждаго въ интересѣ свободы всѣхъ, позволяетъ публичной власти выступить раньше, чѣмъ какое-нибудь нарушеніе правъ было произведено, съ цѣлью предупредить, по мѣрѣ возможности, фактъ или актъ, противный праву. Лишь законъ ограничиваетъ индивидуальную свободу и притомъ въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для охраны права всѣхъ. Но законъ даетъ власти особыя полномочія, которыя называются полицейскими полномочіями, и въ силу которыхъ она можетъ заранѣе принять нѣкоторыя мѣры, чтобы воспрепятствовать произойти тому или иному факту, противному праву.

Напримѣръ, запрещено убивать и воровать, и законъ, позволяющій арестовать и осудить убійцу или вора, нисколько не является полицейскимъ закономъ. Но, наоборотъ, полицейскимъ является законъ, позволяющій компетентнымъ властямъ принимать всякаго рода предупредительныя мѣры (облавы, патрули, разъѣзды жандармовъ), дабы воспрепятствовать, насколько возможно, совершенію воровства и убійства. Я могу свободно передвигаться пѣшкомъ или какимъ-нибудь другимъ способомъ сообщенія, съ усло-

віемъ, что я вознаграждаю за все, причиненное мною по ошибкѣ или небрежности. Но въ то же время это передвиженіе подчинено полицейскому режиму, такъ какъ законы установили или дозволили компетентнымъ властямъ издавать постановленія, запрещающія употребленіе извѣстнаго способа сообщенія, переходить опредѣленную быстроту движенія и т. д. Я могу обитать въ какомъ угодно домѣ и вести въ немъ тотъ образъ жизни, какой мнѣ нравится. Но если законъ дозволяетъ публичной власти приказать мнѣ произвести въ моемъ домѣ, считаемомъ опаснымъ для общественнаго здравія, такія исправленія, какія эта власть найдетъ подходящими, то я подчиненъ полицейскому режиму. Точно такъ же имѣется налицо полицейскій режимъ, если я не могу предпринять извѣстнаго труда, заниматься извѣстнымъ производствомъ или торговлею, подписывать нѣкоторые договоры или образовывать нѣкоторыя общества безъ разрѣшенія начальства.

Этихъ примѣровъ достаточно, чтобы сдѣлать ясной разницу между полицейскимъ и правовымъ режимомъ и показать, что въ настоящемъ видѣ свобода имѣется лишь тамъ, гдѣ существуетъ правовой режимъ. Во Франціи, въ силу самой Декларацiи правъ, правовой режимъ есть и долженъ быть нормой. Однако нельзя было не дать нѣкотораго мѣста и полицейскому режиму. Слѣдующія общія идеи, по нашему мнѣнію, должны при этомъ руководить законодателемъ. Когда свобода осуществляется на публичномъ пути или вообще въ мѣстахъ, доступныхъ публикѣ, въ особенности въ мѣстахъ, гдѣ (согласно выраженію закона 5 апрѣля 1884 г., ст. 97, № 3) происходятъ большія скопленія людей,

справедливо и необходимо, чтобы свобода эта была подчинена строгому полицейскому режиму, и нельзя говорить, что законодатель, устанавливающій этотъ режимъ, нарушаетъ индивидуальную свободу. Такимъ образомъ оправдываются всѣ полицейскіе законы, предназначенные обезпечить порядокъ, спокойствіе и безопасность на общественномъ пути. Съ другой стороны, законодатель долженъ установить полицейскій режимъ всякій разъ, когда правовой режимъ, основанный на системѣ репрессіи и возмѣщенія, оказывается безсильнымъ вознаградить соціальный или индивидуальный ущербъ. Въ этомъ случаѣ, очевидно, законно, чтобы законодатель установилъ полицейскій режимъ, стремящійся предупредить, если возможно, соціальное зло или индивидуальный ущербъ, которыхъ нельзя было бы возмѣстить, если бы былъ сохраненъ чисто правовой режимъ. Свобода ограничена; но никто не можетъ на это жаловаться, ибо она ограничена въ интересѣ всѣхъ. Она ограничена съ цѣлью предупрежденія; никто не можетъ жаловаться, ибо, если бы она не была предварительно ограничена, то репрессія или возмѣщеніе были бы безсильны сгладить причиненное зло. Нигдѣ лучше, какъ въ сферѣ общественной гигіены, не обнаруживается необходимость законовъ, подчиняющихъ свободу полицейскому режиму. Но полицейскій режимъ всегда долженъ быть исключеніемъ, и онъ, дѣйствительно, исключеніе.

Нынѣ полицейскій режимъ особенно примѣняется для обезпеченія безопасности и спокойствія въ публичныхъ мѣстахъ и съ точки зрѣнія общественной гигіены. Важный законъ 15 февраля 1902 г. объ охранѣ публичнаго здравія произвелъ многочисленныя предварительныя ограниченія въ осуществленіи свободы въ гигіеническихъ цѣляхъ и въ то

же время съ этою цѣлью далъ очень обширныя полномочія административнымъ властямъ. Наоборотъ, свобода мнѣнія, свобода собранія, свобода прессы, религіозная свобода, свобода ассоціацій поставлена подъ настоящій правовой режимъ, за нѣкоторыми очень рѣдкими исключеніями, какъ это будетъ показано въ §§ 86—90.

Съ другой стороны, если существованіе полицейскаго режима на ряду съ правовымъ есть вполнѣ законная вещь, надо, во избѣжаніе важныхъ неудобствъ, чтобы законодатель принялъ серьезныя предосторожности противъ произвола, и не слѣдуетъ при этомъ забывать, что и полицейскій режимъ долженъ быть въ то же время и законнымъ режимомъ. Административная власть всегда должна выступать въ полицейской сферѣ, какъ и во всякой другой, лишь въ случаяхъ и при условіяхъ, опредѣленныхъ закономъ (ср. § 95).

Писатели-публицисты предлагали чрезвычайно разнообразныя опредѣленія полиціи. Вообще, намъ кажется, ей даютъ слишкомъ широкія опредѣленія. Оріу, напримѣръ, говоритъ, что «полиція есть регламентъ общины, т.-е. поддержаніе общественнаго порядка, обезпеченное регламентаціей, опирающейся на общественную силу и на публичныя организаціи» [1]). Подобное опредѣленіе охватываетъ всю законодательную систему цѣликомъ, и нѣтъ ни одного изъ нашихъ гражданскихъ, политическихъ, административныхъ или уголовныхъ законовъ, который не имѣлъ бы цѣлью обезпечить общественный порядокъ и не покоился бы на общественной силѣ или публичныхъ организаціяхъ; это можно сказать даже о законахъ, которые, повидимому, не имѣютъ другой цѣли, кромѣ охраны частныхъ правъ, ибо если законодатель охраняетъ частныя права, то дѣлаетъ это потому, что онъ считаетъ общественный порядокъ заинтересованнымъ въ ихъ сохраненіи, и регламентація, которую онъ устанавливаетъ съ этою цѣлью, опирается на общественную силу и публичную организацію

---

[1]) *Droit administr.*, 5 изд., 1903, стр. 505.

(судебную организацію). Такую же критику мы обращаемъ и противъ опредѣленія, даннаго Отто Майеромъ: «Полиція есть дѣятельность государства съ цѣлью защитить, средствами общественной власти, добрый порядокъ въ общественныхъ дѣлахъ противъ смуты, которую могутъ внести въ него отдѣльные индивиды» [1]).

75. **Индивидуальная свобода.**—Индивидуальной свободой называютъ обыкновенно свободу, которую, быть-можетъ, было бы точнѣе назвать *физической*, и которую законодатель 1791 г. опредѣлилъ слѣдующимъ образомъ: «Конституція гарантируетъ... всякому человѣку свободу итти, оставаться, отправляться, подвергаясь опасности быть арестованнымъ или задержаннымъ лишь согласно формамъ, опредѣленнымъ конституціей» [2]). Съ этимъ слѣдуетъ сопоставить 7 статью Декларациі правъ: «Ни одинъ человѣкъ не можетъ быть обвиненъ, арестованъ или подвергнутъ заключенію, какъ лишь въ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ, и сообразно предписаннымъ имъ формамъ. Всѣ, кто добивается, издаетъ, выполняетъ или заставляетъ выполнять произвольные приказы, должны быть наказаны; но всякій гражданинъ, призванный и арестованный въ силу закона, долженъ немедленно повиноваться; сопротивляясь, онъ дѣлается виновнымъ» [3]).

---

[1]) *Droit administ.*, франц. изд., 1904, II, стр. 7.

[2]) Констит. 1791 г., тит. I, § 2.

[3]) Ср. Конст. 1791 г., тит. III, гл. 5, ст. 10—16; Деклар. правъ 1793 г., ст. 10; Деклар. правъ III г., ст. 8, и Констит. III г., ст. 222—232; Конст. VIII г., ст. 77—82; Сенатусконсультъ 28 флореаля XII г., ст. 60—63, 101, 112, 119; Хартія 1814 г., ст. 4; Конст. 1848 г., ст. 2; Конст. 1852 г., ст. 26. Изъ этихъ ссылокъ видно, что мало другихъ принциповъ нашего публичнаго права, которые чаще и торжественнѣе подтверждались бы.

Изъ этихъ текстовъ слѣдуетъ, что для того, чтобы индивидуальная свобода дѣйствительно была признана и защищена закономъ, необходимо соединеніе трехъ условій: 1) необходимо, чтобъ индивидъ могъ быть арестованъ и подвергнутъ заключенію лишь въ случаяхъ, нарочито указанныхъ закономъ; 2) необходимо, чтобы арестъ и заключеніе индивида могли произойти лишь по приказу чиновниковъ, представляющихъ особыя гарантіи независимости, каковыя гарантіи во французской и въ другихъ подобныхъ государственныхъ организаціяхъ, повидимому, представляютъ лишь судебныя должностныя лица; 3) необходимо, чтобы чиновники, допускающіе, приказывающіе или утверждающіе незаконные аресты, подвергались дѣйствительной отвѣтственности. Такимъ образомъ индивидуальная свобода была понята авторами нашихъ декларацій и нашихъ конституцій, какъ тѣсно связанная съ охраняющими ее соціальными учрежденіями.

Отсюда слѣдуетъ, что современное государство обязано не только не издавать никакого закона, который наноситъ ущербъ самой индивидуальной свободѣ, но обязано установить и сохранить въ своихъ законахъ три только что указанные элемента, являющихся охраной индивидуальной свободы. Охраненная такимъ образомъ индивидуальная свобода есть *безопасность*. Слѣдовательно, такъ какъ въ силу самаго текста 2 ст. Декларації 1789 г. безопасность есть индивидуальное право, законодатель не можетъ посягать на безопасность, т.-е. ни на одинъ изъ трехъ элементовъ, образующихъ охрану индивидуальной свободы.

Если нѣтъ принципа болѣе торжественно, категорически и часто утверждаемаго, чѣмъ принципъ индивидуальной свободы, то нѣтъ также принципа болѣе часто и грубо нарушаемаго. Ни одно правительство, впрочемъ, не посягнуло на него болѣе Конвента. Достаточно процитировать законъ 17 сентября 1793 г., изданный по докладу Мерлена и Дуэ, и постановлявшій, «что непосредственно послѣ опубликованія настоящаго декрета, всѣ подозрительныя лица, находящіяся на территоріи республики и до сихъ поръ пребывающія на свободѣ, будутъ арестованы», и обязавшаго «*Комитеты надзора...* составить, каждый въ своемъ округѣ, листы подозрительныхъ лицъ и издать противъ нихъ приказы объ арестѣ»... Ст. 7 гласила, что задержанные *будутъ находиться въ заключеніи до мира.* Наконецъ, ст. 10 дозволяла гражданскимъ и уголовнымъ судамъ удерживать подъ арестомъ, какъ подозрительныхъ лицъ, «*подсудимыхъ, по отношенію къ которымъ было бы ясно, что нельзя формулировать обвиненія, или которые были бы оправданы*». Законъ 19 фруктидора V года, на другой день послѣ фруктидорскаго государственнаго переворота, постановляетъ, что 65 французскихъ гражданъ немедленно, безъ суда будутъ сосланы въ мѣсто, которое опредѣлитъ Директорія, и что всѣ индивиды, внесенные въ эмиграціонные списки и окончательно не вычеркнутые изъ нихъ, обязаны покинуть территорію республики въ 24 часа или въ 2 недѣли...; кто останется далѣе этого срока, тотъ будетъ преданъ суду военной комиссіи» (Ст. 13, 15 и 16).

На ряду съ этими постановленіями, нарушенія индивидуальной свободы, совершонныя другими правительствами, очень легки. Отъ насъ далека мысль ихъ извинять. Но при перечисленіи законовъ, нарушавшихъ индивидуальную свободу, не помѣстить на первомъ мѣстѣ законовъ Конвента и Директоріи, значитъ извращать исторію [1]).

Наполеоновское законодательство, разумѣется, цѣликомъ вдохновляется абсолютистскимъ духомъ и желаніемъ энергично вооружить представителей власти. Ясно, что, не говоря объ

---

[1]) Ср. особенно изложеніе мотивовъ къ предложенію Клемансо, *Jour. offic., doc. parl.*, Sénat, sess. extraord., 1904, стр. 50.

исключительныхъ мѣрахъ и спеціально о декретѣ 3 марта 1810 г., консульское и императорское законодательство, многія постановленія котораго до сихъ поръ сохраняютъ силу, не устанавливало достаточныхъ гарантій индивидуальной свободы. Ст. 46 Конст. VIII года гласила: «Если правительство получитъ свѣдѣніе, что замышляется какой-нибудь заговоръ противъ государства, оно можетъ издавать приказы объ арестѣ и приказы о приводѣ лицъ...; но если въ теченіе 10 дней послѣ своего ареста они не будутъ отпущены на свободу или преданы въ руки правосудія, министромъ, издавшемъ приказъ объ арестѣ, совершается преступленіе произвольнаго задержанія». Чтобы обезпечить, по крайней мѣрѣ, съ внѣшней стороны, примѣненіе этого текста, сенатусконсультъ 28 флореала XII года (ст. 60 — 63) создалъ *сенаторскую комиссію индивидуальной свободы*. Эта комиссія вѣрно слѣдовала приказамъ императорскаго правительства [2]).

Въ кодексъ уголовнаго судопроизводства были внесены очень точныя постановленія въ пользу индивидуальной свободы. Въ принципѣ, аресты могутъ производиться лишь по приказу должностныхъ лицъ судебнаго сословія; а съ другой стороны, ст. 93, § 3, донынѣ дѣйствующая, гласитъ: «Всякій обвиняемый, арестованный въ силу приказа о приводѣ, если будетъ задержанъ болѣе 24 часовъ въ мѣстѣ задержанія или ареста, не будучи допрошенъ судебнымъ слѣдователемъ или доставленъ... прокурору, будетъ разсматриваться, какъ задержанный произвольно. Всѣ тюремщики, начальники домовъ задержанія или ареста, всѣ прокуроры, которые не будутъ сообразоваться съ предшествующимъ параграфомъ, будутъ преслѣдуемы, какъ виновные въ покушеніи на свободу».

Но хотя принципъ отвѣтственности агентовъ, виновныхъ въ покушеніи на индивидуальную свободу, былъ формально признанъ, неоспоримо, что его было очень трудно осуществить. Прежде всего, хотя покушеніе на индивидуальную свободу квалифицируется, какъ преступленіе [2]), одинъ лишь государственный прокуроръ, находящійся въ прямой зависимости отъ правительства, можетъ привести въ движеніе

---

1) Ср. Aulard, *La liberté individuelle sous Napoléon I-er.*

2) *Code pénal*, ст. 114.

дѣло, направленное противъ виновнаго должностного лица. Съ другой стороны, ст. 75 Конст. VIII года не была отмѣнена кодексомъ уголовнаго судопроизводства; это сдѣлано было лишь декретомъ 19 сентября 1870 г., и никакое уголовное или гражданское преслѣдованіе не можетъ быть возбуждено противъ административныхъ агентовъ безъ дозволенія правительства, даннаго черезъ государственный совѣтъ. Противъ должностныхъ лицъ судебнаго сословія преслѣдованіе можетъ быть начато лишь съ соблюденіемъ спеціальныхъ и сложныхъ формальностей, опредѣленныхъ въ ст. 483—503 кодекса уголовнаго судопроизводства. Наконецъ, гражданское дѣло можетъ быть начато противъ судебнаго должностного лица согласно опасной и запутанной процедурѣ *prise à partie* [1]), каковая процедура настолько узко и придирчиво ограничена, что не было еще примѣра, чтобы обиженная сторона могла съ успѣхомъ изъ нея выпутаться [2]). Надо добавить, что лица судебнаго сословія, въ частности судебные слѣдователи, фактически неотвѣтственные, были вооружены чрезвычайно обширными полномочіями [3]). Одинъ судебный слѣдователь самъ назвалъ эти полномочія «грозными, почти ужасающими» [4]).

Это, однако, не все: кодексъ уголовнаго судопроизводства содержитъ ст. 10, которая является прямымъ нарушеніемъ принципа индивидуальной свободы, какъ онъ былъ освященъ Декларацiей и Конституцiей 1789—1791 г. Эта статья, до сихъ поръ еще не отмѣненная и представляющая, къ сожалѣнію, пятно въ нашемъ законодательствѣ, гласитъ: «Префекты департаментовъ и префектъ полиціи въ Парижѣ могутъ совершать сами или требовать отъ агентовъ судебной полиціи совершенія всѣхъ дѣйствій, необходимыхъ для констатированія преступленій, проступковъ и правонарушеній и предавать виновниковъ ихъ суду, обязанному ихъ наказывать, въ силу ст. 8». Такимъ образомъ кодексъ уголовнаго судопроизводства даетъ чисто административному чиновнику,

[1]) *Code inst. crim.*, ст. 112, и *C. proc. civ.*, ст. 505—516.

[2]) P. Lacroit, *Revue pénitentiaire*, 1901, стр. 11.

[3]) *Code inst. crim.*, ст. 54 и сл.

[4]) Albanel, *Devant le juge d'instruction, Grande revue*, 1 авг. 1901.

правительственному агенту, зависящему исключительно и прямо отъ правительства, власть совершать аресты и притомъ въ очевидное нарушеніе принциповъ индивидуальной свободы и безопасности, какъ они были опредѣлены Декларацiей правъ.

Императорское правительство, однако, не считало себя достаточно вооруженнымъ. Декретомъ 3 марта 1810 г. относительно государственныхъ тюремъ было произведено очевидное нарушеніе индивидуальной свободы: достаточно простого рѣшенія Тайнаго Совѣта, чтобы предписать или продолжить заключеніе государственныхъ преступниковъ на годъ, и это заключеніе можетъ возобновляться каждый годъ неограниченное число разъ (ст. 1—8). Ни *сенаторская комиссія индивидуальной свободы*, ни сенатъ и не подумали въ это время протестовать, и сенатъ замѣтилъ неконституціонность декрета лишь тогда, когда повелитель былъ низверженъ [1]).

При Реставраціи, несмотря на ст. 4 Хартіи, законъ 29 октября 1815 г. *относительно мѣръ общей безопасности* постановилъ (ст. 1), «что всякій индивидъ, который будетъ арестованъ, какъ обвиненный въ преступленіи или проступкѣ противъ личности или власти короля, противъ лицъ королевской семьи или противъ безопасности государства, можетъ быть удержанъ въ заключеніи до прекращенія этого закона, если ранѣе этого срока онъ не предстанетъ передъ судомъ». Правда, ст. 4 закона гласила, что если настоящій законъ не будетъ возобновленъ въ предстоящую сессію палатъ, то онъ потеряетъ свою силу. Законъ 12 февраля 1817 г. постановилъ новую мѣру общей безопасности, рѣшивши, что до 1 января 1818 г. всякій индивидъ, обвиненный въ заговорѣ или злоумышленіяхъ противъ личности короля, безопасности государства или лицъ королевской фамиліи, можетъ... не будучи представленъ суду, быть арестованъ и удержанъ въ заключеніи въ силу приказа президента совѣта министровъ или министра общей полиціи. Наконецъ, законъ 26 марта 1820 г., изданный послѣ убійства герцога Беррійскаго, воспроизводилъ то же постановленіе, которое, въ силу 5 ст., должно было прекратить свое дѣйствіе, въ случаѣ своего невозобновленія въ будущую сессію палатъ.

---

1) См. Acte de déchéance 3 апрѣля 1814 г.

Іюльское правительство уважало принципъ индивидуальной свободы и не прибѣгало къ мѣрамъ общей безопасности. Далѣе будетъ видно, что оно не уважало въ равной мѣрѣ свободы прессы (ср. законъ 9 сентября 1835 г.). Республика 1848 г. не сдѣлала ничего особеннаго ни за, ни противъ индивидуальной свободы.

Хотя ст. 1 Конституціи 1852 г. «признаетъ, подтверждаетъ и гарантируетъ великіе принципы, провозглашенные въ 1789 г.», однако циркуляръ министровъ юстиціи, военнаго и внутреннихъ дѣлъ отъ 3 февраля 1852 г. создалъ *смѣшанныя комиссіи*. Въ каждомъ департаментѣ была учреждена комиссія, состоявшая изъ префекта, командующаго войсками, генеральнаго прокурора въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ есть апелляціонный судъ, и прокурора республики въ другихъ мѣстахъ департамента; всѣ судебныя, административныя и военныя власти, на которыхъ было возложено разбирательство фактовъ, относящихся къ событіямъ декабря 1851 г., должны были прекратить производство, и *смѣшанныя комиссіи* должны были постановлять относительно судьбы лицъ, еще находившихся въ тюрьмѣ изъ-за этихъ событій. Онѣ получили полномочія передавать дѣла военному суду, ссылать въ Кайенну и въ Алжиръ, изгонять изъ Франціи, временно удалять съ территоріи государства, заключать въ тюрьму, передавать дѣла исправительной полиціи, отдавать подъ надзоръ общей полиціи, освобождать. Такимъ образомъ простой министерскій циркуляръ уничтожалъ для гражданъ, обвиненныхъ по поводу декабрьскихъ событій, всѣ элементарныя гарантіи индивидуальной свободы. Это было болѣе, чѣмъ «нѣсколько суровая полицейская операція», по выраженію Мэльхіора де-Вогюэ, это былъ прежде всего диктаторскій и тираническій актъ. Постановленія циркуляра 4 февраля были дополнены рядомъ декретовъ 5, 26 марта, 26 апрѣля 1852 г.

Въ силу 26 ст. конституціи 1852 г., сенатъ получилъ, между другими, и право отказывать въ обнародываніи законовъ, которые противорѣчили бы или посягали на индивидуальную свободу (ср. 25 ст.). Но подобно сенату первой имперіи, сенатъ 1852 г. не подумалъ выступить противъ актовъ и законовъ, нарушающихъ индивидуальную свободу въ интересѣ правительства. Первый законъ 9 іюля 1852 г. допускалъ запрещеніе, административнымъ путемъ, права

жительства въ департаментѣ Сены и въ Ліонскомъ округѣ. Законъ объ общей безопасности отъ 27 февраля 1858 г. (нашедшій въ сенатѣ лишь одного противника) постановилъ, что индивиды, осужденные за одинъ изъ проступковъ, предусмотрѣнныхъ этимъ закономъ, и за нѣкоторые другіе преступленія и проступки, могутъ быть, въ порядкѣ общей безопасности, заключены подъ стражу въ одномъ изъ департаментовъ имперіи или Алжира или быть изгнаны съ французской территоріи (ст. 5 и 6). Въ силу ст. 7 могъ быть предметомъ этихъ мѣръ всякій индивидъ, который былъ осужденъ, заключенъ въ тюрьму, изгнанъ или сосланъ въ порядкѣ общей безопасности по случаю событій въ маѣ и іюнѣ 1848 г., въ іюнѣ 1849 г. и въ декабрѣ 1851 г., и на котораго важные факты снова указывали, какъ на опаснаго для общественной безопасности. Мѣры общей безопасности, допущенныя этимъ закономъ, должны быть приняты министромъ внутреннихъ дѣлъ по указанію префекта департамента, командующаго войсками, генеральнаго прокурора или имперскаго прокурора въ мѣстахъ, гдѣ нѣтъ апелляціоннаго суда. Эти диктаторскія полномочія должны были прекратиться 31 марта 1865 г., въ случаѣ если бы они не были къ этому времени возобновлены. Однако имперское правительство не потребовало возобновленія. Законъ 1858 г. былъ послѣднимъ закономъ объ общей безопасности, и въ тотъ самый годъ, въ который прекратилось его примѣненіе, императорское правительство провело законъ 14 іюля 1865 г. *о временной свободѣ*.

Республиканское правительство, начиная съ 1870 г., не издало,— и въ этомъ честь ему, — ни одного закона, противнаго принципу индивидуальной свободы. Но съ другой стороны, наше общее законодательство не улучшилось чувствительнымъ образомъ, и до сихъ поръ оно очень несовершенно охраняетъ индивидуальную свободу. Однимъ изъ первыхъ, правда, актовъ правительства національной обороны была отмѣна, декретомъ 19 сентября 1870 г., ст. 75 конституціи VIII года. По практикѣ суда для разбора конфликтовъ, начавшейся съ рѣшенія по дѣлу *Pelletier* 26 іюля 1873 г. [1]), когда искъ объ отвѣтственности направленъ противъ чиновника, кон-

[1]) S., 74. 11. 28.

фликтъ можетъ всегда возникнуть, даже въ случаѣ, если частное лицо жалуется о незаконномъ арестѣ, и судъ для разбора конфликтовъ компетентенъ рѣшить, имѣется ли налицо должностная или личная вина, — судебныя учрежденія компетентны лишь для этого послѣдняго случая (ср. § 67). Ст. 10 кодекса уголовнаго судопроизводства все еще остается въ силѣ и хотя судебная практика и юридическая наука пытались ограничить ея значеніе, тѣмъ не менѣе, de jure она попрежнему даетъ префекту и политическимъ агентамъ грозныя полномочія. Въ циркулярѣ къ префектамъ отъ 4 августа 1906 г. министръ внутреннихъ дѣлъ Клемансо напоминаетъ, что республиканская доктрина постоянно возставала противъ исключительныхъ полномочій, даваемыхъ префекту 10 ст., и приказываетъ имъ «никогда не пользоваться этими полномочіями, не снесшись предварительно съ министромъ внутреннихъ дѣлъ» (*Temps*, 5 августа 1906). Законъ 8 декабря 1897 г. внесъ лишь очень легкія улучшенія въ законъ 14 іюля 1865 г. о временномъ освобожденіи. Но слѣдуетъ сказать, что этотъ самый законъ 1897 г. ввелъ нѣкоторыя удачныя нововведенія въ стадію допроса обвиняемаго и въ гарантіи слѣдствія, установивши для обвиняемаго право имѣть защитника во время всѣхъ слѣдственныхъ актовъ. Ст. 4 и 5 этого закона предвидятъ случай, когда обвиняемый находится внѣ округа, въ которомъ издается приказъ объ арестѣ; въ этомъ случаѣ онъ приводится къ прокурору республики округа, въ которомъ онъ находился, и законъ указываетъ рядъ мѣръ, предназначенныхъ помѣшать тому, чтобы арестъ безполезно затянулся. Ср. законъ 15 іюня 1899 г., простирающій на производство въ военныхъ судахъ постановленія закона 1897 года.

«Всякій располагающій общественною силою и даже вообще всякое лицо обязано схватить подсудимаго, захваченнаго на мѣстѣ преступленія или преслѣдуемаго или криками народа или въ случаяхъ, уподобляемыхъ уличенію на мѣстѣ преступленія, и доставить его прокурору республики, при чемъ нѣтъ нужды въ приказѣ о приводѣ, если преступленіе или проступокъ влечетъ за собою опорочивающее или обезчещивающее наказаніе» (Код. угол. судопр., ст. 106). Это постановленіе оправдывается само собою. По закону 20 мая 1863 г. всякій обвиняемый, арестованный на мѣстѣ преступленія,

когда послѣднее влечетъ исправительное наказаніе, немедленно доставляется прокурору республики, который производитъ допросъ, и если случай того требуетъ, немедленно же отсылаетъ его въ судебное засѣданіе; въ этомъ случаѣ прокуроръ республики можетъ подвергнуть обвиняемаго предварительному заключенію (ст. 1).

Клемансо, въ изложеніи мотивовъ уже цитированнаго законопроекта, считаетъ, что первоначальная гарантія индивидуальной свободы должна заключаться въ строгой и сильно организованной отвѣтственности судебныхъ должностныхъ лицъ [1]). Тою же идеею вдохновлялся и законопроектъ Круппи о гарантіяхъ индивидуальной свободы и объ отвѣтственности магистратовъ [2]). Клемансо и Круппи были правы. Но, по нашему мнѣнію, лучшая гарантія индивидуальной свободы заключается въ благоразумной и глубокой реформѣ магистратуры, въ образованіи судебнаго персонала, состоящаго изъ благоразумныхъ, образованныхъ и независимыхъ судей. Въ ожиданіи этого, министерство юстиціи должно было бы отказаться отъ достойной сожалѣнія практики, состоящей въ томъ, чтобы поручать слѣдствіе молодымъ людямъ, готовящимся къ судебной карьерѣ, безъ опыта и безъ серьезности, и производить болѣе дѣйствительный надзоръ за дѣйствіями прокуратуры. Ст. 36 бюджетнаго закона 17 апрѣля 1906 г. обязываетъ правительство составить въ трехмѣсячный срокъ регламентъ, «который создастъ спеціальныя гарантіи профессіональной способности для кандидатовъ на судебныя должности и установитъ для должностныхъ лицъ судебнаго сословія таблицу повышенія по службѣ». Этотъ регламентъ былъ выработанъ къ 18 августа 1906 г. Кромѣ таблицы повышенія по службѣ судебныхъ должностныхъ лицъ, онъ устанавливаетъ конкурсъ для вступленія въ судебное сословіе.

Отмѣна ст. 10 кодекса уголовнаго судопроизводства стоитъ на очереди. Она предусмотрѣна различными предложеніями, относящимися къ индивидуальной свободѣ. Кромѣ предложеній Клемансо и Круппи, ср. предложеніе Леонсъ де-Кас-

---

1) *Jour. offic., doc. parl.*, sénat, sess. extraord., 1904, стр. 59.

2) *Jour. offic., doc. parl.*, shambre, sess. ordin., 1905, стр. 50.

тельно [1]). Во второмъ засѣданіи 12 іюля 1906 г. палата депутатовъ объявила неотложнымъ предложеніе де-Рамеля о гарантіи индивидуальной свободы.

Индивидуальная свобода въ Англіи. — Сдѣлалось модой противополагать недостаточность французскаго законодательства объ индивидуальной свободѣ чрезвычайно охранительнымъ въ этомъ отношеніи постановленіямъ англійскаго законодательства. Въ данномъ случаѣ имѣется общее мѣсто, которое неблагоразумно повторять безъ ограниченій. Мы не оспариваемъ, что индивидуальная свобода англійскаго гражданина менѣе подвергается опасности, чѣмъ свобода французскаго гражданина. Но мы полагаемъ, что въ Англіи гарантіи индивидуальной свободы менѣе заключаются въ текстахъ законовъ, чѣмъ въ общественномъ настроеніи, въ традиціяхъ, которыми вдохновляются публичныя власти, и особенно въ независимости, мудрости и опытности англійскаго судебнаго персонала.

Со времени *Великой Хартіи* 1215 г. принципъ индивидуальной свободы разсматривается, какъ существенная норма англійскаго публичнаго права. Этотъ принципъ очень опредѣленно былъ формулированъ еще въ *Петиціи о правахъ*, представленной парламентомъ Карлу I въ 1627 г. Въ ней требовалось:... 2) чтобы ни одинъ свободный человѣкъ не подвергался ни аресту, ни заключенію, безъ предварительныхъ судебныхъ формальностей. Въ Декларації въ Бреда Карлъ II сдѣлалъ лишь очень неопредѣленныя заявленія. Принципъ индивидуальной свободы не представляетъ сомнѣнія; теоретически онъ неоспоримъ и не оспаривается; недостатокъ чувствуется лишь въ практической организаціи, гарантирующей несомнѣннымъ образомъ индивидуальную свободу. Однако уже издавна существовало учрежденіе, предназначенное охранять эту свободу, именно *Writt Habeas corpus*, актъ, выдаваемый компетентнымъ судебнымъ лицомъ и предлагающій тому, кто держитъ кого-нибудь въ заключеніи, объявить, въ какой день и по какой причинѣ этотъ послѣдній былъ арестованъ и подвергнутъ заключенію.

---

[1]) *Jour. offic. doc. parl.*, chambre, Sess. extraord., 1903, стр. 133. Ср. также Donay, *Les garanties de la liberté individuelle*, thèse, Парижъ, 1905.

Этотъ актъ назывался *Writt Habeas corpus* потому, что онъ начинался словами: „*Habeas corpus ad subjiciendum*“. Онъ былъ освященъ многочисленными и древними статутами Эдуарда III и даже Карла I. Но этихъ гарантій оказывалось недостаточно противъ возродившагося деспотизма Стюартовъ, такъ какъ судьи часто дѣлались ихъ соучастниками. Противъ этого былъ направленъ билль *Habeas corpus* 1679 г., который создалъ организацію гарантій индивидуальной свободы.

Всякое арестованное и подвергнутое задержанію лицо должно получить отъ лорда-канцлера или по его предписанію отъ одного изъ компетентныхъ судей *Writt Habeas corpus*. Въ силу этого акта, обвиняемый приводится къ судебному должностному лицу, выдавшему *Writt* или къ другому компетентному судьѣ. Это должностное лицо обязано немедленно же распорядиться объ освобожденіи обвиняемаго, если онъ можетъ обезпечить свою явку въ судъ. Это освобожденіе составляетъ право англійскаго гражданина. Въ этомъ пунктѣ, несомнѣнно, англійское законодательство превосходитъ французское. Законъ 14 іюля 1865 г. лишь при рѣдкихъ обстоятельствахъ даетъ для обвиняемаго право получить временную свободу; правда, въ этомъ случаѣ обвиняемый освобождается безъ обязательства внести обезпеченіе.

Билль 1679 г. заключалъ очень энергическую санкцію своихъ постановленій. Всякій разъ, какъ компетентному должностному лицу представленъ приказъ объ арестѣ, и онъ отказалъ въ *Writt Habeas corpus*, его отказъ влечетъ за собою штрафъ въ 500 фунтовъ стерлинговъ въ пользу пострадавшей стороны. Билль предписываетъ, кромѣ того, штрафъ въ 100 фунтовъ въ первый разъ и двойной штрафъ и устраненіе отъ должности въ случаѣ рецидива по отношенію къ полицейскому чиновнику и тюремщику, если они упустятъ сдѣлать точное донесеніе объ арестѣ, если они не выдадутъ заключенному или его уполномоченному копію съ акта объ арестѣ въ теченіе шести часовъ послѣ заявленнаго объ этомъ требованія, если они перевезутъ заключеннаго изъ одной тюрьмы въ другую безъ достаточнаго основанія или разрѣшенія. Ни одно лицо, выпущенное на свободу въ силу *Writt Habeas corpus*, не можетъ быть арестовано снова за то же преступленіе, подъ страхомъ штрафа въ 500 фун-

товъ. Наконецъ, билль о *Habeas corpus* содержитъ рядъ постановленій относительно поимки съ поличнымъ. Въ этомъ случаѣ немедленный арестъ можетъ быть произведенъ констэблемъ; и всякое присутствующее частное лицо обязано сдѣлать все, что можетъ, чтобы схватить виновнаго, застигнутаго на мѣстѣ преступленія; оно, въ свою очередь, подвергается наказанію, если оно дастъ ему ускользнуть.

Постановленія билля *Habeas corpus* 1679 г. составляютъ основу англійскаго права относительно охраны индивидуальной свободы. Билль считается основнымъ текстомъ англійскаго публичнаго права. Но такъ какъ англичане не признаютъ различія между неподвижными конституціонными законами и законами обыкновенными и такъ какъ парламентъ имѣетъ неограниченную законодательную власть, то онъ, конечно, de jure можетъ отмѣнить, измѣнить или пріостановить этотъ билль. Дѣйствительно, парламентъ нѣсколько разъ касался билля о *Habeas corpus*. Съ одной стороны, актомъ 1816 г. [1]) онъ улучшилъ процедуру *Habeas corpus'a*, примѣнивши и къ случаямъ не уголовнымъ производство *Habeas corpus;* благодаря этому, пишетъ Дайси «индивидуальная свобода нынѣ настолько гарантирована въ Англіи, насколько это могутъ сдѣлать законы» [2]). Но, съ другой стороны, парламентъ не колебался въ нѣкоторыхъ случаяхъ пріостановить примѣненіе билля о *Habeas corpus*, въ силу политическихъ соображеній, напримѣръ, актомъ 1793 г. [3]). Но по поводу этого *Suspension act* и другихъ аналогичныхъ ему, Дайси пишетъ: «Нельзя сомнѣваться, что это представляетъ серьезное нарушеніе гарантій индивидуальной свободы, санкціонированныхъ актами *Habeas corpus*; но надо много, чтобы была общая пріостановка права на *Writt Habeas corpus*; это нисколько не касается привилегій лицъ, заключенныхъ не по обвиненію въ государственной измѣнѣ. Отсюда единственное, прямое и непосредственное послѣдствіе пріостановки акта *Habeas corpus* есть слѣдующее: правительственная власть можетъ, во время дѣйствія акта о

---

[1]) 56, Георгъ III, С. 100.

[2]) Dicey, *Introduction au droit constitutionnel*, франц. изд. 1902, стр. 196.

[3]) 34, Georges III, c. 54.

пріостановкѣ, замедлить судъ надъ лицами, заключенными по обвиненію въ измѣнѣ; это увеличеніе исполнительной власти не бездѣлка; однако мы далеки отъ того, чтобы прибѣгать къ пріему, извѣстному въ нѣкоторыхъ другихъ странахъ подъ именемъ «устраненіе конституціонныхъ гарантій», а во Франціи подъ именемъ «объявленія осаднаго положенія» [1].

Несмотря на все свое уваженіе къ индивидуальной свободѣ, англичане не колебались установить иногда подъ именемъ *Coercion acts* настоящихъ законовъ общественной безопасности. Однимъ изъ наиболѣе извѣстныхъ, конечно, былъ актъ 1881 г. [2], примѣненный къ Ирландіи. Въ силу этого акта администрація Ирландіи получала абсолютную власть произвести всякій произвольный и предупредительный арестъ; она могла, не нарушая закона, удержать въ тюрьмѣ всякое лицо, арестованное по подозрѣнію, въ теченіе всего періода дѣйствія акта. Дайси замѣчаетъ, что, несомнѣнно, лордъ-намѣстникъ могъ арестовать только лицъ, подозрѣваемыхъ въ измѣнѣ или въ дѣйствіяхъ, стремящихся поколебать порядокъ или законъ, но такъ какъ актъ дѣлалъ изъ приказа, изданнаго лордомъ-намѣстникомъ, рѣшительное доказательство содержащихся въ немъ обвиненій, то лордъ-намѣстникъ могъ арестовать всякое лицо, которое онъ считалъ необходимымъ лишить свободы, съ единственнымъ условіемъ, чтобы приказъ упоминалъ обвиненія, требуемыя актомъ. *Prevention of crime Ireland act* 1882 г. [3] далъ ирландской администраціи еще болѣе чрезвычайныя полномочія, напримѣръ, отмѣну права для нѣкоторыхъ преступленій на судъ присяжныхъ, арестъ пришлыхъ лицъ, найденныхъ наружи ночью при подозрительныхъ обстоятельствахъ, конфискацію газетъ и т. д. Это чрезвычайное законодательство болѣе не дѣйствуетъ въ Ирландіи.

76. **Случаи, при которыхъ индивидуальная свобода подчинена полицейскому режиму.**— Что бы ни думали о не достаточности законовъ, охраняющихъ во Франціи

---

[1] Dicey, *op. cit.*, стр. 204 и 205.

[2] 44, Victoria, c. 4.

[3] 45 и 46 Victoria, c. 25.

индивидуальную свободу, нѣтъ, однако, сомнѣнія, что, въ принципѣ, Франція подчинена правовому режиму. Но есть случаи, и очень многочисленные, когда индивидуальная свобода до сихъ поръ подчиняется во Франціи полицейскому режиму. Не безполезно указать на главнѣйшіе.

Осадное положеніе.—Не слѣдуетъ смѣшивать фиктивнаго осаднаго положенія, примѣняемаго къ открытому городу или территоріи въ мирное время, съ дѣйствительно осаднымъ положеніемъ,— съ положеніемъ, создаваемымъ для военнаго пункта или поста. Въ военныхъ мѣстностяхъ объявленіе осаднаго положенія можетъ быть сдѣлано командующимъ войсками въ случаѣ обложенія, аттаки, внутренняго мятежа или вооруженныхъ собраній въ районѣ 10 километровъ [1]). Въ случаѣ дѣйствительной осады полномочія, которыми надѣлена гражданская власть для поддержанія порядка и для управленія, цѣликомъ переходятъ къ военной власти. Гражданская власть, тѣмъ не менѣе, продолжаетъ отправлять тѣ изъ своихъ полномочій, которыхъ не перенесла на себя военная власть, и губернаторъ данной мѣстности передаетъ, слѣдовательно, гражданскимъ должностнымъ лицамъ ту часть своихъ полномочій, какую онъ считаетъ цѣлесообразной.

Осадное положеніе можетъ быть объявлено для открытыхъ городовъ и территорій. Въ этомъ случаѣ— фиктивное осадное положеніе; къ этому пріему прибѣгаютъ лишь въ исключительныхъ обстоятельствахъ (законъ 3 апрѣля 1878 г.).

---

[1]) Декретъ 23 октября 1883 г., ст. 202, и декретъ 14 октября 1891 г.

Ни Національное собраніе 1789 г., ни Конвентъ не думали примѣнять послѣдствій осаднаго положенія къ открытымъ городамъ и территоріямъ. Осадное положеніе для военныхъ мѣстностей было фактическимъ и необходимымъ ограниченіемъ индивидуальной свободы, не предвидѣннымъ и не разрѣшеннымъ конституціонными законами, но оправдываемымъ обстоятельствами vis major. Иное дѣло съ осаднымъ положеніемъ, примѣняемымъ къ открытымъ городамъ или территоріямъ. Составляя нарушеніе конституціоннаго принципа индивидуальной свободы, оно должно быть предусмотрѣно и разрѣшено конституціей, дабы законъ о немъ могъ быть провозглашенъ. Однако законъ 10 фруктидора V года дозволяетъ законодательному корпусу объявлять по указаннымъ этимъ закономъ причинамъ осадное положеніе въ открытыхъ городахъ. Законъ 19 фруктидора того же года далъ эту власть исполнительной директоріи. Послѣдствія были тѣ же, что и дѣйствительнаго осаднаго положенія. Такъ, военные совѣты имѣли тогда компетенцію судить преступленія и проступки, посягающіе на общественную безопасность (декр. 24 сент. 1811 года).

Послѣ 1814 года восторжествовало мнѣніе, что, такъ какъ принципъ индивидуальной свободы снова освященъ Хартіей (ст. 4), эти различные тексты и въ частности декретъ 24 сентября 1811 г. отмѣнены, какъ посягающіе на индивидуальную свободу. Кассаціонный судъ рѣшилъ это въ 1832 году, кассировавши обвинительные приговоры, произнесенные военными совѣтами, въ виду того, что Хартія молчаливо отмѣнила постановленія декрета 1811 года.

Въ іюльскіе дни 1848 г. учредительное собраніе объявило Парижъ на осадномъ положеніи; оно, несомнѣнно, имѣло на это право, такъ какъ оно имѣло учредительную власть. Тѣмъ не менѣе, именно эти событія заставили его предусмотрѣть особо въ конституціи фиктивное осадное положеніе: «Законъ опредѣляетъ случаи, при которыхъ можетъ быть объявлено осадное положеніе, и регулируетъ формы и послѣдствія этой мѣры» [1]). Объявленіе фиктивнаго осаднаго положенія сдѣлалось такимъ образомъ конституціоннымъ актомъ. Помянутый законъ есть законъ 9 августа 1849 г., который дол-

---

[1]) Конст. 1848 г., ст. 100.

женъ опредѣлять послѣдствія осаднаго положенія, каковое можетъ быть объявлено лишь законодательнымъ собраніемъ. Конституція 1852 г. (ст. 18) дала главѣ государства (сначала президенту республики, а потомъ императору) право объявлять осадное положеніе подъ условіемъ донести объ этомъ сенату.

Послѣ событій 1870—71 года стали прибѣгать къ осадному положенію въ размѣрахъ, неизвѣстныхъ дотолѣ. Одно время болѣе 42 департаментовъ было объявлено на осадномъ положеніи. Въ такъ называемый періодъ 16 мая 1877 г. правительство злоупотребляло объявленіемъ осаднаго положенія. Чтобы избѣжать возвращенія подобнаго злоупотребленія, былъ вотированъ законъ 3 апрѣля 1878 г., въ силу котораго, въ принципѣ, осадное положеніе можетъ быть объявлено только палатами и на опредѣленное время; оно прекращаетъ de jure свое дѣйствіе по истеченіи этого времени [1]).

Что касается до послѣдствій осаднаго положенія, они попрежнему опредѣляются закономъ 9 августа 1849 г. (законъ 3 апрѣля 1878 г., ст. 6). Главное послѣдствіе заключается въ томъ, что военная власть заступаетъ мѣсто гражданской власти: «Какъ только объявлено осадное положеніе, полномочія, которыми была облечена гражданская власть для поддержанія порядка и для полиціи, переходятъ цѣликомъ къ военной власти. Гражданская власть продолжаетъ, тѣмъ не менѣе, отправлять тѣ изъ этихъ полномочій, которыхъ не приняла на себя военная власть» (законъ 9 августа 1849 г., ст. 7).—Тѣмъ самымъ устраняются нормальныя гарантіи индивидуальной свободы. Надо добавить, что ст. 8 закона 1849 г. даетъ военнымъ судамъ компетенцію судить всѣ преступленія и проступки противъ безопасности республики, противъ конституціи, противъ порядка и противъ общественнаго мира, каково бы ни было положеніе

---

[1]) Законъ 3 апрѣля 1878 г., ст. 1; ср. § 130.

главныхъ виновниковъ и соучастниковъ. Наконецъ ст. 9 даетъ военной власти право: 1) дѣлать днемъ и ночью обыски на дому; 2) удалять лицъ, подвергавшихся уже суду, и индивидовъ, не имѣющихъ своего жительства въ мѣстѣ, объявленномъ въ осадномъ положеніи; 3) приказывать выдачу оружія и боевыхъ припасовъ и производить ихъ розыскъ и ихъ захватъ; 4) запрещать публикаціи и собранія, которыя она считаетъ способными возбудить, или поддержать безпорядокъ. Ст. 11 указываетъ спеціально, что граждане продолжаютъ, несмотря на осадное положеніе, пользоваться всѣми тѣми, гарантированными конституціей, правами, пользованіе которыми не пріостановлено закономъ. Важно также отмѣтить, что хотя военная власть имѣетъ въ теченіе осаднаго положенія чрезмѣрныя полномочія, они всегда остаются ограниченными закономъ, и если военная власть совершаетъ актъ, на который законъ не даетъ ей права, то въ этомъ заключается превышеніе или злоупотребленіе власти со всѣми своими послѣдствіями, именно съ правомъ жалобы на превышеніе власти и съ отвѣтственностью чиновника, согласно общему праву.

Цитированное рѣшеніе суда конфликтовъ 1873 г. въ дѣлѣ *Пеллетье,* вынесенное по случаю дѣйствія военной власти въ департаментѣ Уазы, состоявшемъ на осадномъ положеніи, не только не устранило, а скорѣе подтвердило принципъ этой отвѣтственности, но только установило, что со времени декрета 19 сент. 1870 г. обычныя судебныя мѣста не сдѣлались компетентными оцѣнивать всѣ элементы административнаго акта въ случаѣ иска объ отвѣтственности противъ административнаго чиновника [1]).

---

[1]) S. 74, II, 28; ср. § 67.

Положеніе иностранцевъ, живущихъ на французской территоріи.—Иностранцы, какъ и французы, имѣютъ право на уваженіе со стороны государства и на охрану ихъ индивидуальной свободы. Это естественное право человѣка и, слѣдовательно, всѣ тѣ французы или иностранцы, которые находятся на французской территоріи, имъ надѣлены. Всѣ указанные ранѣе законы, гарантирующіе уваженіе къ индивидуальной свободѣ, примѣняются одинаково къ иностранцамъ и къ французамъ. Впрочемъ, иностранцы подчинены «полицейскимъ законамъ и законамъ безопасности, которые обязательны для всѣхъ живущихъ на территоріи» [1]), обратно, вполнѣ справедливо, чтобы они пользовались гарантіями, которыя обезпечиваются законами для индивидуальной свободы [2]).

Однако, съ извѣстной точки зрѣнія, положеніе иностранцевъ во Франціи подчинено полицейскому режиму. Впрочемъ, во всѣхъ странахъ, за исключеніемъ Англіи, признана норма, по которой правительство можетъ, въ качествѣ полицейской мѣры и независимо отъ всякаго осужденія, высылать съ территоріи живущихъ на ней иностранцевъ. Это право высылки освящено ст. 7 и 8 закона 3 декабря 1849 г. Министръ внутреннихъ дѣлъ можетъ, въ качествѣ полицейской мѣры, и путемъ простого распоряженія, которое можетъ быть и не мотивировано, предложить всякому иностранцу, путешествующему или живущему во Франціи, немедленно очистить территорію и можетъ даже доставить его въ сопровожде-

---

[1]) Code civil, ст. 3, § 1.

[2]) Ср. Despagnet, *Droit international privé*, 4 изд., 1904, стр. 88.

ніи полицейскихъ агентовъ до границы. Это право принадлежитъ министру даже по отношенію къ иностранцамъ, которые получили отъ правительства разрѣшеніе на право жительства во Франціи; но правило о высылкѣ теряетъ силу, если въ теченіе двухъ мѣсяцевъ разрѣшеніе на право жительства не будетъ взято обратно. Въ пограничныхъ департаментахъ префектъ можетъ предписывать высылку иностранцевъ, но только тѣхъ, кто не живетъ постоянно, и во всякомъ случаѣ онъ долженъ тотчасъ же донести объ этомъ министру внутреннихъ дѣлъ [1]). Ст. 8 закона 3 декабря 1849 г. устанавливаетъ санкцію въ случаѣ нарушенія распоряженія о высылкѣ.

Иногда понимали распоряженіе о высылкѣ иностранца, какъ правительственный актъ, и заключали изъ этого, что оно, слѣдовательно, не подлежитъ обжалованію въ судебно-административномъ порядкѣ. Это мнѣніе, очевидно, не точно. Несомнѣнно, въ данномъ случаѣ имѣется налицо дискреціонный актъ въ томъ смыслѣ, что онъ не нуждается въ мотивировкѣ, и что лицо, совершающее этотъ актъ, суверенно оцѣниваетъ мотивы, диктующіе его рѣшеніе. Но обжалованіе было бы вполнѣ допустимо, если бы, напримѣръ, рѣшеніе было принято некомпетентнымъ чиновникомъ, положимъ, хотя и министромъ, но не министромъ внутреннихъ дѣлъ, или префектомъ не пограничнаго департамента, или если бы оно было принято противъ лица, утверждающаго свою принадлежность къ французскимъ гражданамъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, Государственный Совѣтъ не могъ бы рѣшать по вопросу о національности и долженъ былъ бы отложить свое рѣшеніе о дѣйствительности распоряженія о высылкѣ до того момента, когда судъ постановилъ бы по вопросу о національности [2]).

---

1) Ср. Code pénale, ст. 272.

2) Ср. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2 изд., 1896, I, стр. 516.

Часто эта власть высылки ограничена международными конвенціями; такъ, требуютъ, чтобы высылка примѣнялась лишь за важные факты; чтобы иностранное правительство было объ этомъ предупреждено, и чтобы обвиняемый имѣлъ время оправдаться. Такова конвенція съ Испаніей 7 января 1862 г., съ Баваріей 30 мая 1868 г. По мнѣнію Депанье, на эти трактаты могутъ ссылаться государства, которыя выговорили себѣ статью о наиболѣе благопріятствуемой націи, какъ общее условіе для своихъ соотечественниковъ, во Франціи, напримѣръ, Германія въ силу Франкфуртскаго договора отъ 10 мая 1871 г. и Англія въ силу договора отъ 28 февраля 1882 г. [1]).

Положеніе членовъ царствовавшихъ во Франціи семей. — Различныя правительства, смѣнявшія другъ друга во Франціи въ теченіе XIX вѣка, всѣ принимали спеціальныя мѣры по отношенію къ членамъ династій, предшествовавшихъ имъ. Такимъ образомъ они беззастѣнчиво нарушали по отношенію къ принцамъ, къ членамъ семей, царствовавшихъ во Франціи, принципъ равенства и индивидуальной свободы, который, однако, они торжественно провозглашали.

Законъ 12 іюля 1816 г. предписывалъ изгнаніе съ французской территоріи всѣхъ членовъ семьи Бонапарта; имъ предписывалось подъ страхомъ смерти очистить французскую территорію въ теченіе мѣсячнаго срока. Этотъ законъ запрещалъ имъ пользоваться во Франціи какимъ-нибудь гражданскимъ правомъ, владѣть въ ней какимъ-нибудь имуществомъ на основаніи безмезднаго титула и предписывалъ имъ продать въ шестимѣсячный срокъ имущества, которыми они обладали на основаніи какого-нибудь не безмезднаго титула. Законъ 10 апрѣля 1832 г. содержалъ совершенно аналогичныя постановленія по отношенію къ Карлу X, его нисходящимъ, супругамъ его нисходящихъ и добавлялъ (ст. 6), что эти постановленія будутъ приложены къ восходящимъ и нисходящимъ Наполеона Бонапарта. Законъ 26 мая 1848 г. расши-

---

[1]) *Droit internat. privé*, 4 изд., 1904, стр. 89.

рялъ примѣненія закона 10 апрѣля 1832 г. на Людовика-Филиппа и его семейство; съ другой стороны, законъ 14 октября 1848 г. отмѣнилъ ст. 6 закона 1832 г. и дозволилъ такимъ образомъ принцамъ изъ семейства Бонапарта вступить во Францію. Законъ 1848 г. ограничился изгнаніемъ съ французской территоріи, не добавляя, подобно законамъ 1816 г. и 1832 г., потери гражданскихъ правъ. Закономъ 8 іюня 1871 г. Національное Собраніе объявило отмѣненными законы 10 апрѣля 1832 г. и 26 мая 1848 г. относительно принцевъ Бурбонскаго дома. Такъ какъ законъ 1848 г. никогда не былъ отмѣненъ, то принцы изъ семейства Бонапарта и Бурбонскаго дома съ 1871 г. были подчинены общему французскому праву, съ правомъ жить во Франціи и пользоваться всѣми гарантіями, даваемыми общимъ правомъ индивидуальной свободѣ. Однако распоряженіе министра внутреннихъ дѣлъ отъ 10 октября 1872 г., изданное по приказу президента республики Тьера послѣ обсужденія въ совѣтѣ министровъ, предписывало высылку изъ Франціи принца Жерома Наполеона. Это былъ, безусловно, диктаторскій актъ, явное нарушеніе законовъ объ индивидуальной свободѣ. Однако Сенскій судъ (19 февраля 1873) и Парижская палата (29 января 1876 г.) [1]) объявили жалобу принца Наполеона непріемлемой подъ тѣмъ предлогомъ, что въ данномъ случаѣ былъ правительственный актъ (Ср. § 41).

Резолюція, вотированная палатой депутатовъ 4 марта 1885 г., предложила «бдительности правительства принять противъ нихъ (принцевъ) мѣры, которыя могутъ оказаться необходимыми въ высшемъ интересѣ республики». Наконецъ, одинъ инцидентъ, который въ свое время надѣлалъ много шуму, именно праздникъ, данный въ іюнѣ 1886 г. въ отелѣ Галліера парижскимъ графомъ по случаю брака своей дочери принцессы Амеліи съ герцогомъ Браганцскимъ, сдѣлавшимся Португальскимъ королемъ, вызвалъ принятіе закона 22 іюня 1886 г., который донынѣ регулируетъ положеніе членовъ семействъ, царствовавшихъ во Франціи, и который безусловно посягаетъ на принципъ равенства и индивидуальной свободы.

---

[1]) S. 76, II, 240.

Ст. 1 закона 22 іюня 1886 г. объявляетъ, что доступъ на территорію французской республики запрещается главамъ семействъ, царствовавшихъ во Франціи и ихъ прямымъ наслѣдникамъ въ порядкѣ первородства. Что касается до другихъ членовъ семействъ, царствовавшихъ во Франціи, правительство можетъ имъ запретить, во всякій моментъ и на неопредѣленное время, жительство на французской территоріи. Это запрещеніе совершается декретомъ президента республики, выданномъ въ совѣтѣ министровъ (законъ 22 іюня 1886, ст. 2). Это рѣшеніе есть, очевидно, явное нарушеніе индивидуальной свободы французскихъ гражданъ. Нарушеніе запрещенія наказывается тюремнымъ заключеніемъ отъ 2 до 5 лѣтъ; по отбытіи наказанія, принцы должны быть доставлены до границы (ст. 3).

Ст. 4 гласитъ: «Члены царствовавшихъ во Франціи семействъ не могутъ ни вступать въ сухопутную армію или во флотъ, ни занимать никакой общественной должности, ни осуществлять выборнаго мандата». Авторы этого закона, очевидно, забыли ст. 6 Декларації правъ человѣка: «всѣ граждане, будучи равными..., имѣютъ одинаковый доступъ ко всѣмъ почестямъ, мѣстамъ и общественнымъ должностямъ, сообразно ихъ способности и безъ другого различія, кромѣ своихъ добродѣтелей и талантовъ».

Правительство одно время претендовало, что всѣ мѣры, принятыя имъ въ силу этого закона противъ членовъ преждецарствовавшихъ семействъ, являются политическими актами, ускользающими отъ всякой жалобы въ судебно-административномъ порядкѣ. Но Государственный совѣтъ вполнѣ справедливо отказался слѣдовать за нимъ по тому пути. Когда военный министръ двумя рѣшеніями на основаніи 4 ст. закона 22 іюня 1882 г. вычеркнулъ изъ списковъ арміи герцога д'Омаль, герцога

Шартрскаго и принца Мюрата, они выступили съ жалобой на это рѣшеніе, ссылаясь на превышеніе власти. Военный министръ отстаивалъ то мнѣніе, что его рѣшеніе, будучи принято въ примѣненіе закона 1886 г., имѣвшаго существенно политическій характеръ, составляло правительственный актъ, и что жалобы на него непріемлемы. Наоборотъ, двумя постановленіями отъ 20 мая 1887 г. Государственный совѣтъ, устранивши теорію правительственнаго акта, объявилъ жалобы пріемлемыми и призналъ по существу правильной жалобу принца Мюрата.

Положеніе сумасшедшихъ. — Положеніе сумасшедшихъ регулируется до сихъ поръ закономъ 30 іюня 1838 г., который, несомнѣнно, противорѣчитъ принципу индивидуальной свободы. Онъ различаетъ между добровольнымъ помѣщеніемъ въ домѣ для умалишенныхъ и помѣщеніемъ, предписаннымъ публичною властью. Добровольное помѣщеніе можетъ быть сдѣлано по просьбѣ какого-нибудь родственника, или опекуна, или лица, близкаго сошедшему съ ума, если медицинское свидѣтельство констатируетъ умственное состояніе помѣщаемаго лица (законъ 30 іюня 1838 г., ст. 8). Законъ принимаетъ, кромѣ того, мѣры, имѣющія цѣлью помѣшать тому, чтобы лицо, помѣщенное въ учрежденіе для сумасшедшихъ, было тамъ удерживаемо, если оно, въ дѣйствительности, не страдаетъ умственнымъ разстройствомъ, или если оно излѣчилось. Обязательное помѣщеніе можетъ быть предписано въ Парижѣ префектомъ полиціи, а въ департаментахъ — префектомъ. Умственное разстройство должно компреметировать общественный порядокъ или безопасность лицъ, чтобы сумасшедшему былъ запрещенъ свободный выходъ. Предписанія префекта должны быть мотивированы и указывать на обстоятельства, которыя ихъ дѣлаютъ необходи-

мыми (ст. 18; ср. ст. 19). Надо указать также ст. 24, § 3, гласящую, что ни въ коемъ случаѣ сумасшедшіе не могутъ быть ни отправляемы вмѣстѣ съ осужденными или обвиняемыми, ни помѣщаемы въ тюрьмѣ. Эти постановленія имѣютъ цѣлью помѣшать, чтобы лица, въ дѣйствительности не пораженныя умственнымъ разстройствомъ или излѣчившіяся, не были удержаны въ учрежденіи для сумасшедшихъ (ст. 9—17 и ст. 20). Префектъ можетъ всегда предписать немедленно выпустить лицъ, помѣщенныхъ въ учрежденіи для сумасшедшихъ. Кромѣ того, ст. 29 закона 1838 г. организовала то, что можно было бы назвать *искъ объ освобожденіи,* предъявляемый къ гражданскому суду. Наконецъ, ст. 30 предписываетъ наказанія тюремнымъ заключеніемъ и штрафъ по отношенію къ тѣмъ начальникамъ, директорамъ, которые были бы отвѣтственны за неправильное удержаніе лица, помѣщеннаго въ домѣ для сумасшедшихъ.

Ясно, въ чемъ этотъ законъ нарушаетъ истинные принципы, охраняющіе индивидуальную свободу. Прежде всего, онъ недостаточно охраняетъ сумасшедшаго отъ его семьи, которая, по простому медицинскому свидѣтельству и безъ всякаго вмѣшательства власти, можетъ заключить его въ убѣжище для умалишенныхъ. Разумѣется, законодатель принялъ предосторожности, чтобы заинтересованное лицо не было удержано въ немъ безполезно. Но и того уже слишкомъ много, что оно съ чрезвычайной легкостью можетъ быть въ немъ заключено. Случаи произвольнаго заключенія, безусловно, часты. Съ другой стороны, такъ какъ индивидуальная свобода, по принципамъ нашего публичнаго права, находится подъ охраной

судебной власти, то въ постановленіи этого закона, дающемъ префекту, административной власти право предписывать заключеніе сумасшедшаго, заключается несомнѣнное нарушеніе этихъ принциповъ.

Поэтому законъ 1838 г. подвергался вполнѣ справедливой критикѣ, и въ палату уже много лѣтъ вносятся предложенія и проекты законовъ, дающіе въ дѣлѣ заключенія сумасшедшихъ главную роль судебной власти. Въ ожиданіи принятія этого закона, министръ внутреннихъ дѣлъ Клемансо обратился 18 іюня 1906 къ префектамъ съ циркуляромъ, въ которомъ онъ приглашаетъ ихъ особенно наблюдать за добровольнымъ помѣщеніемъ умалишенныхъ, и назначить комиссію, обязанную собрать всѣ свѣдѣнія относительно умалишенныхъ, добровольно помѣщенныхъ въ частныя или общественныя учрежденія [1]).

Измѣненіе этого закона необходимо не только благодаря недостаточности установленныхъ закономъ 1837 г. гарантій, но и благодаря общему, проникающему его духу, въ силу тѣхъ идей, которыя мы имѣемъ теперь относительно роли государства въ области общественнаго вспоможенія, и которыя были почти неизвѣстны людямъ 1838 г., благодаря также прогрессу науки о душевныхъ болѣзняхъ. Въ 1838 г. хотѣли прежде всего создать «законъ безопасности, законъ полиціи». Наоборотъ, всѣ нынѣшніе проекты проникнуты идеей вспоможенія, приносимаго несчастнымъ, пораженнымъ ужасной болѣзнью безумія.

Съ 1884 г. сенатъ занимался предложеніями, имѣвшими въ виду пересмотръ закона 1838 г. [2]). По этимъ проектамъ,

---

[1]) *Journ. off.*, 19 іюня 1906. Ср. циркуляръ 29 іюня 1906, съ которымъ обратился въ тѣхъ же видахъ къ первымъ предсѣдателямъ судовъ и генеральнымъ прокурорамъ министръ юстиціи Саррьенъ (*Temps*, 29 іюня 1906).

[2]) См. большой *докладъ* Русселя, сенатъ, сессія, 1884, № 157, 2 томъ. Ср. текстъ, вотированный сенатомъ 14 декабря 1886 г. и 11 марта 1887 г. Перваго апрѣля 1903 г. въ палату депутатовъ было внесено очень основательное предложеніе Дубьефа. См. докладъ Дубьефа, снова представленный въ па-

окончательное заключеніе можетъ быть предписано лишь судебною властью, предсѣдателемъ суда, въ округѣ котораго находится убѣжище для умалишенныхъ [1]). Ларнодъ высказался за образованіе *комиссіи объ умалишенныхъ*, находящейся подъ предсѣдательствомъ *судьи умалишенныхъ*, спеціализировавшагося въ контролѣ заключенія умалишенныхъ; относительно удержанія сумасшедшихъ въ убѣжищѣ будетъ постановлять этотъ судья, пользуясь свѣдѣніями комиссіи [2]).

Положеніе лицъ, занимающихся проституціей. — Лица, занимающіяся проституціей, подчинены въ большихъ городахъ полицейскому режиму, самому произвольному, какой только существуетъ. Можно сказать, что для нихъ индивидуальная свобода совершенно уничтожена. Наше законодательство не содержитъ никакой нормы по этому поводу, и все часто предоставлено капризной волѣ администраціи.

Проституція опредѣляется, какъ избраніе женщиною ремесла отдаваться всякому встрѣчному и безъ

лату 1906. *Jour. offic., doc. parl.*, палата, обычная сессія, 1906, стр. 507. См. также текстъ проектовъ сената и комиссіи палатъ *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, стр. 393 и слѣд.

[1]) Ср. о пересмотрѣ законодательства объ умалишенныхъ, Compte rendu de la commission d'étude de la Société d'études législatives, *Bulletin*, 1903, стр. 445; *Rapports*, представленные тому же обществу Larnaude, *Bulletin*, 1904, стр. 25 и 1905, стр. 105 и 185; Saleilles, *Bulletin*, 1904, стр. 262, 318 и 410 и 1905, стр. 135; отчетъ преній въ Обществѣ, *Bulletin*, 1904, стр. 111, 129, 428 и 1905, стр. 193; *Rapport* de Lepoitevin по вопросу о сумасшедшихъ преступникахъ, *Bulletin*, 1905, стр. 261.

[2]) Относительно иностранныхъ законодательствъ, см., кромѣ цитированныхъ докладовъ, *Recueil des procès-verbaux* комиссіи, обязанной изучать измѣненія, которыя слѣдуетъ внести въ законъ 30 іюня 1838 г., которому предшествуетъ изслѣдованіе о различныхъ законодательствахъ относительно умалишенныхъ, сдѣланное Bertrand, Парижъ, 1872.

разбора, за денежное вознагражденіе, будетъ ли это въ публичномъ заведеніи, въ другомъ ли публичномъ мѣстѣ или въ частномъ помѣщеніи [1]). Фактъ проституціи возлагаетъ на государство рѣшеніе проблемы, представляющей для большихъ городовъ чрезвычайныя трудности. Съ одной стороны, государство обязано уважать принципъ индивидуальной свободы и принципъ равенства, а съ другой стороны, оно обязано принимать мѣры, чтобы помѣшать распространенію заразительныхъ болѣзней, которыя влечетъ за собою проституція, и которыя тѣмъ болѣе страшны, что поражаютъ самые источники жизни.

Во Франціи господствующей до нашихъ дней мыслью была охрана прежде всего общественнаго здравія, и съ этою цѣлью лица, обычно предающіяся проституціи, были подчинены полицейскому режиму. Болѣе того, этотъ полицейскій режимъ былъ установленъ не закономъ, а административными регламентами.

Повидимому, законодатель полагалъ, что не соотвѣтствуетъ его достоинству издавать законы по такимъ деликатнымъ матеріямъ. Недавно министръ юстиціи Валле осмѣлился сказать въ сенатѣ: «До настоящаго времени законодатель и судьи всегда заявляли, что они добровольно игнорируютъ публичные дома и проституцію; лучше освободить судебныхъ должностныхъ лицъ, имѣющихъ и безъ того тяжелую задачу, отъ заботъ, исключительно свойственныхъ полиціи» [2]).

Въ Парижѣ основнымъ текстомъ продолжаетъ оставаться ордонансъ отъ 6 ноября 1778 г. [3]), который, какъ видно изъ

---

[1]) Gigot, *Rapport à la société des prisons*, 23 декабря 1903, *Revue pénitentiaire*, 1904, стр. 44.

[2]) Засѣданіе 20 февраля 1903 г. въ моментъ обсужденія закона 3 апрѣля 1903 г.

[3]) Isambert, XXV, стр. 448.

ст. 484 уголовнаго кодекса, не отмѣненъ уголовнымъ кодексомъ. Въ исполненіе этого ордонанса, два постановленія префекта полиціи, одно отъ 1843 г., другое отъ 1878 г., регулируютъ полицію проституціи. Въ провинціи проституція регулируется муниципальными регламентами, издаваемыми мерами, ссылающимися на полицейскія полномочія, данныя имъ ст. 91 и 97 муниципальнаго закона 5 апрѣля 1884 года. Впрочемъ, эти тексты, понятые буквально, не даютъ мерамъ полномочій, которыми дѣйствительно они пользуются въ этой сферѣ. Во Франціи насчитывается 445 муниципальныхъ регламента относительно проституціи, лишь въ одномъ городѣ съ нѣкоторымъ значеніемъ, именно въ Туркуенѣ, нѣтъ такого регламента [1]). Этимъ различнымъ регламентамъ предшествуетъ обыкновенно изложеніе мотивовъ, редакція которыхъ по формѣ разнится, но по существу почти всегда такова: проституція есть опасное ремесло, проститутки представляютъ постоянную опасность для безопасности и добраго порядка общинъ и для общественнаго здравія; отсюда необходимость вмѣшательства полицейской префектуры въ Парижѣ, муниципальной власти въ провинціи.

Юриспруденція нѣсколько разъ признавала законность этой регламентаціи. Однако нельзя отрицать, что не безъ насилія надъ смысломъ и значеніемъ цитированныхъ текстовъ приписываютъ префекту полиціи и мерамъ эту регламентирующую власть. Ст. 6 ордонанса 1778 г. гласитъ лишь слѣдующее: «Приглашаемъ полицейскихъ офицеровъ озаботиться выполненіемъ настоящаго ордонанса». Слово проституція ни разу не встрѣчается въ законѣ 5 апрѣля 1884 г., и ясно, что формула ст. 97: «Муниципальная полиція имѣетъ цѣлью обезпечивать добрый порядокъ, безопасность и общественное спокойствіе», очень неопредѣленна, чтобы можно было утверждать, будто она даетъ мерамъ тѣ диктаторскія полномочія, которыя они присвоили себѣ въ области проституціи.

Режимъ, которому, въ силу указанныхъ регламентовъ, подчинены въ Парижѣ и въ большихъ городахъ лица, предающіяся проституціи, есть квинтъ-эссенція

---

[1]) Gigot, *op. cit.*, стр. 49.

БИБЛІОТЕКА

произвола. Во Франціи, въ 1906 году, болѣе вѣка спустя Декларація правъ человѣка, цѣлый классъ населенія находится внѣ закона и подчиненъ режиму чистаго усмотрѣнія. Этотъ режимъ заключаетъ въ себѣ три элемента, которые тотчасъ же обнаруживаютъ все, что въ немъ есть произвольнаго. Это— внесеніе въ списки, санитарные визиты и дисциплинарныя наказанія. Внесеніе въ полицейскій регистръ можетъ быть сдѣлано или по просьбѣ заинтересованной или ex officio, администраціей. Всякая женщина, внесенная въ проституціонные регистры, обязана въ сроки, опредѣленные регламентами, подвергаться медицинскимъ визитамъ. Всякая зарегистрированная женщина, признанная зараженною, послѣ такого визита отсылается въ больницу, откуда она можетъ выйти лишь послѣ полнаго излѣченія. Наконецъ, во многихъ большихъ городахъ, и особенно въ Парижѣ, зарегистрированныя женщины подчинены дисциплинарному режиму и могутъ быть подвергнуты дисциплинарному заключенію по простому рѣшенію административной власти.

Жиго, бывшій префектомъ полиціи, авторъ регламента 1878 г., долженъ былъ признать полную незаконность этихъ постановленій и этой практики [1]). Въ нѣкоторыхъ городахъ, напр., въ Дижонѣ, въ Орлеанѣ, такое дисциплинарное заключеніе не разрѣшается. Въ Ліонѣ оно можетъ быть продолжено до 15 или 20 дней.

Подобный режимъ недостоинъ цивилизованной страны. Однако еще въ 1894 г. онъ защищался будущимъ президентомъ Лиги правъ человѣка, Трарье, въ то время министромъ юстиціи; онъ заявилъ въ сенатѣ: «Если бы вопросъ шелъ лишь о добрыхъ нравахъ, то, быть-можетъ, мы могли бы

---

[1]) *Op. cit.*, стр. 52.

сдѣлать опытъ законности. Но дѣло идетъ совсѣмъ о другомъ... Это... скорѣе забота объ общественномъ здравіи. Разъ лицо подозрительно, необходимо дѣлать то, что дѣлаетъ полицейская префектура... Право въ данномъ случаѣ есть прежде всего защита соціальнаго интереса, и если судебныя формы не годны для этого, надо искать ее внѣ этихъ формъ... Я даже скажу, что въ данномъ случаѣ право до нѣкоторой степени заключается въ произволѣ. Правительство не считаетъ возможнымъ предпочесть законность полицейскимъ распоряженіямъ» (засѣданіе 27 іюня 1895 г.).

Уже много лѣтъ ведется очень энергичная пропаганда, подъ именемъ *аболиціонистской*, съ цѣлью добиться уничтоженія административной и полицейской регламентаціи проституціи. Указываютъ на глубокое нарушеніе ею индивидуальныхъ правъ; утверждаются, что это — система угнетенія слабыхъ сильными, не имѣющая иной цѣли, кромѣ охраны мужчины, дѣлая изъ женщины, приносящей ему наслажденіе, настоящую рабыню [1]). Аболиціонисты требуютъ примѣненія къ проституціи чистаго правового режима, т.-е. чтобы къ лицамъ, предающимся обыкновенно проституціи, не примѣнялось никакихъ постановленій, въ порядкѣ предварительномъ, но чтобы прибѣгали лишь къ исправленію и репрессіи: всякое лицо того или иного пола, которое заразило бы другое лицо, должно было бы уплатить издержки за причиненный имъ ущербъ, и, кромѣ того, сообщеніе заразительной болѣзни должно было бы составлять проступокъ, предусматриваемый и наказываемый закономъ [2]). Нѣкоторыя законодательства наказываютъ проституцію, какъ проступокъ, напр., женевскій законъ 26 сентября 1888 г. (ст. 2, § 1) и ст. 361 нѣмецкаго уголовнаго кодекса. Это было сущностью предложенія Беранже, представленнаго сенату 28 мая 1894 г. и

---

[1]) Ср. Gide, *Introduction au rapport sur l'économie sociale*, Exposition de 1900, стр. 167.

[2]) Ср. текстъ, вотированный 10 февраля 1903 г. французскимъ обществомъ санитарной и моральной профилаксіи (*Supp. du Relévement social*, мартъ 1903); см. ст. 155 норвежскаго закона отъ 22 мая 1902 г. и ст. 181 датскаго закона отъ 10 февраля 1866 г.

принятаго сенатомъ съ измѣненіями 27 іюня 1895 г. [1]). Аболиціонисты отвергаютъ даже примѣненіе правового режима въ опредѣленіи проституціи, какъ проступка, и во вмѣшательствѣ юрисдикціи общаго права, такъ какъ, говорятъ они, всякій законъ, объявляющій проституцію проступкомъ, фатально былъ бы исключительнымъ закономъ [2]).

Должна ли проституція быть подчинена чистому режиму права или къ ней долженъ быть примѣненъ, и въ какой степени, полицейскій режимъ? Это, главнымъ образомъ, вопросъ медицинской гигіены. Если медики и гигіенисты докажутъ яснымъ образомъ, что профилаксія венерическихъ болѣзней можетъ быть осуществлена лишь подчиненіемъ проституціи предупредительному полицейскому режиму, то, по нашему мнѣнію, неоспоримо, что долженъ быть примѣненъ этотъ режимъ. Но полицейскій режимъ еще не означаетъ произвольный режимъ. Невозможно, чтобы французскій законодатель игнорировалъ долѣе проблему проституціи. Если необходимъ полицейскій режимъ, онъ долженъ быть установленъ и детально регламентированъ законодателемъ и освобожденъ отъ произвольной регламентаціи префекта полиціи и меровъ; компетенція административныхъ чиновниковъ должна быть строго ограничена закономъ.

Полицейскій режимъ, основанный на законности,—такова идея уже цитированнаго проекта Беранже, принятаго въ первомъ чтеніи сенатомъ въ 1895 г. [3]). Секціи медицины и

---

[1]) См. докладъ Беранже въ *Jour. offic., doc. parl.*, сенатъ, 1895, стр. 221.

[2]) Dolléans, *La police des moeurs*, thèse, Парижъ, 1903, стр. 74.

[3]) См. *докладъ* Беранже, *Jour. offic., doc. parl.*, сенатъ 1895 г., стр. 221, а также проектъ, предложенный палатѣ 4 іюня 1903 г. Ж. Берри, *Jour. offic., doc. parl.*, палата, обычная сессія, 1903, стр. 522.—См. особенно Hennequin, *Rapport sur*

общественнаго здравія конгресса общества для прогресса наукъ, собравшіяся въ Ліонѣ въ августѣ 1906 г., высказали пожеланіе, чтобы «надзоръ за проституціею пересталъ быть въ исключительной зависимости отъ административной власти» [1]).

Въ послѣдніе годы газеты часто сообщаютъ о произвольныхъ полицейскихъ арестахъ, напримѣръ, арестъ въ 1904 г. въ Бордо одной молодой дѣвушки агентами нравовъ, какъ предающейся проституціи и признанной медицинскимъ изслѣдованіемъ дѣвицей послѣ 6-дневнаго заключенія. Бордоскій судъ справедливо призналъ отвѣтственность главнаго врача и города Бордо (рѣшеніе 23 января 1905 г.). Бордоская палата напрасно измѣнила это рѣшеніе и освободила отъ всякой отвѣтственности городъ и врача (рѣшеніе 18 іюня 1906) [2]).

Полицейскія мѣры, имѣющія цѣлью помѣшать распространенію эпидемій.—Въ данной сферѣ также индивидуальная свобода подвергается глубокимъ нарушеніямъ и подчинена строгому режиму полиціи предупрежденія. Впрочемъ, необходимость подобнаго режима вполнѣ понятна, если принять во вниманіе значительность бѣдствій, предупрежденіе которыхъ составляетъ цѣль полиціи, и за которыя, очевидно, нельзя было бы вознаградить.

---

a réglementation sur la prostitution en France, докладъ, приготовленный большой внѣпарламентской комиссіей, образованной въ 1903 г. для изученія вопросовъ, относящихся до проституціи; Gigot, *Rapport*, сдѣланный 23 декабря 1903 г. для Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1904, стр. 37; Dolléans, *La police des moeurs*, thèse, Парижъ, 1903 съ обширной библіографіей. Въ аболиціонистскомъ смыслѣ см. Yves Guyot, *La prostitution*, 1882; D-r Fiaut, *Rapport au conseil municipal*, 1901; A. de Morsier, *La police des moeurs en France et la campagne abolitioniste*, 1901.

[1]) 4 августа 1906, *Temps*, 5 августа 1906.

[2]) *Journal der arrêts de la cour de Bordeaux*, 1906, 1 часть, стр. 326.

Заразныя болѣзни экзотическаго происхожденія — холера, чума, желтая лихорадка — постоянно внушали европейцамъ настоящій ужасъ, и такъ какъ занесеніе этихъ болѣзней могло происходить лишь морскимъ путемъ, законодательство всѣхъ морскихъ странъ дало правительствамъ чрезвычайно обширныя полномочія въ области морской санитарной полиціи и позволило имъ принимать мѣры, нарушающія индивидуальную свободу и частную собственность. Во Франціи законъ 3 марта 1822 г. (ст. 1, § 2) даетъ правительству неограниченное право опредѣлять «мѣры, которыя должны быть соблюдаемы у береговъ, въ гаваняхъ и портахъ, въ лазаретахъ и другихъ выдѣленныхъ мѣстахъ». Именно въ силу этого закона были изданы многочисленныя распоряженія, установившія съ 1822 г. морскія санитарныя мѣры. До 1896 г. эти мѣры состояли, главнымъ образомъ, въ заключеніи, предписываемомъ пассажирамъ, пріѣзжавшимъ на суднѣ, имѣющемъ свидѣтельство изъ зараженныхъ мѣстъ (patente brute). Это заключеніе, называемое карантиномъ, было настоящимъ заключеніемъ въ тюрьмѣ, и мѣсто, въ которомъ оно происходило, несмотря на громкое имя лазарета, представляло настоящую каторгу.

Прогрессъ медицинской науки и гигіеническое искусство доказали, что грубый способъ карантина, глубоко оскорбительный и часто являвшійся источникомъ большого ущерба для коммерческихъ интересовъ, очень часто былъ безполезнымъ и почти всегда недѣйствительнымъ, когда онъ примѣнялся одинъ. Послѣ санитарной конвенціи, подписанной въ Дрезденѣ 15 апрѣля 1893 г. и обнародованной во Франціи декретомъ 22 мая 1894 г., былъ изданъ большой регламентъ 4 января 1896 г., выработанный по указанію совѣщательнаго комитета гигіены во Франціи и донынѣ регулирующій морскую санитарную полицію. Онъ почти совершенно уничтожаетъ отжившую систему карантиновъ и заключеній въ лазаретахъ и ослабляетъ такимъ образомъ нарушенія индивидуальной свободы. Система карантиннаго наблюденія сохраняется лишь для пассажировъ *зараженныхъ* судовъ. Зараженнымъ считается то судно, которое имѣло одинъ или нѣсколько подтвердившихся или подозрѣваемыхъ случаевъ чумной болѣзни. Для *подозрительныхъ* судовъ регламентъ 1896 г. предписываетъ лишь врачебные визиты, дезинфекцію

и выдачу каждому пассажиру *санитарнаго паспорта*, который отдаетъ его подъ надзоръ муниципальной власти той коммуны, куда онъ направляется, и притомъ въ теченіе 5 дней послѣ прихода судна (ст. 58). Изъ этого видно, что декретъ 4 января 1896 г. по возможности уменьшаетъ нарушеніе индивидуальной свободы. Если существуетъ область, гдѣ индивидуальная свобода должна быть подчинена полицейскому режиму, то, разумѣется, это въ сферѣ народнаго здравія: здѣсь, необходимо предупреждать, было бы невозможно исправлять, напрасно было бы наказывать.

15 февраля 1902 г. былъ обнародованъ длинный законъ подъ названіемъ *закона, относящагося къ охранѣ общественнаго здравія*; онъ представляетъ настоящій кодексъ гигіены и вдохновлялся наиболѣе новыми данными медицинской науки и гигіеническаго искусства. Онъ обязываетъ мера каждой коммуны издавать, по указанію муниципальнаго совѣта и департаментскаго совѣта гигіены и съ одобренія префекта, санитарные регламенты. Эти регламенты вносятъ, разумѣется, ограниченія въ индивидуальную свободу и частную собственность, когда они предписываютъ, напримѣръ, какъ дозволяетъ это ст. 1 № 1 закона, «дезинфекцію и даже уничтоженіе вещей, которыя могли бы служить очагомъ заразы». Впрочемъ, эти ограниченія оправдываются вполнѣ.

Всякое рѣшеніе въ области полиціи гигіены, принятое префектомъ или меромъ, можетъ быть обжаловано за превышеніе власти передъ Государственнымъ совѣтомъ, и въ силу постоянной практики Государственный совѣтъ мѣняетъ всякое рѣшеніе, нарушающее постановленія закона и наносящее или индивидуальной свободѣ или собственности ущербъ, который не абсолютно необходимъ для охраны общественнаго здравія [1]).

Кромѣ власти, передаваемой мерамъ и префектамъ, законъ 15 февраля 1902 (ст. 8, § 1) въ тѣхъ случаяхъ, когда эпидемія угрожаетъ всей территоріи или части ея и разви-

---

[1]) Ср. Cons. d'Etat, 19 декабря 1902, *Rec.*, стр. 763; 6 февр. 1903, Rec., стр. 92.—Ср. Касс. 3 декабря 1904, *Gaz. Tribunaux.* 19—20 дек. 1904; 23 дек. 1904, *Revue générale d'administration*, апрѣль 1905, стр. 421; 31 дек. 1903 (въ вопросѣ о Парижской канализаціи). S. 1905, I, 425.

вается, а средства мѣстной защиты признаны недостаточными, даетъ правительству власть опредѣлить, по указанію совѣщательнаго комитета общественной гигіены во Франціи, тѣ мѣры, которыя могутъ воспрепятствовать распространенію этой эпидеміи. Въ изложеніи мотивовъ правительственнаго проекта явствуетъ, что цѣль этого постановленія дать правительству для всѣхъ заразныхъ болѣзней и для всей территоріи страны чрезвычайныя полномочія, каковыя ему давалъ законъ 3 марта 1822 г. относительно болѣзней экзотическаго происхожденія, холеры, чумы и желтой лихорадки [1]). Слѣдовательно, въ силу этого закона, въ случаѣ эпидеміи, правительство можетъ предписать всякую мѣру, даже ограничивающую индивидуальную свободу, какую оно считаетъ необходимой, напримѣръ, установленіе санитарныхъ кордоновъ, сухопутныхъ карантиновъ, изоляцію лицъ, живущихъ въ данномъ селеніи или въ кварталѣ города [2]).

77. **Неприкосновенность жилища.**—Неприкосновенность жилища есть послѣдствіе и какъ бы продолженіе индивидуальной свободы. Говоря здѣсь о жилищѣ, мы вовсе не принимаемъ это слово въ его юридическомъ смыслѣ, какъ оно опредѣлено ст. 102 и сл. гражд. кодекса, и гдѣ оно обозначаетъ юридическую связь, соединяющую лицо съ опредѣленнымъ мѣстомъ. Когда говорятъ о неприкосновенности жилища, подъ нимъ разумѣютъ домъ или квартиру, которую индивидъ правомѣрно занимаетъ въ данный моментъ, чтобы помѣщаться въ ней одному или со своею семьей.

Принципъ неприкосновенности жилища долженъ быть формулированъ въ выраженіяхъ, аналогичныхъ

---

[1]) *S.*, *Lois annotées*, 1901—1905, стр. 250, прим. 39.

[2]) См. относительно полицейскаго режима, вытекающаго изъ закона 15 февраля 1902 г. Popineau, *Les lois nouvelles*, 1902, стр. 250; Моу, *La loi du 15 février 1902*, оттискъ изъ *Révue générale d'administration*, 1902.

тѣмъ, которыя мы формулировали относительно принципа индивидуальной свободы. Никто не можетъ проникнуть въ жилище индивида, безъ согласія этого послѣдняго; даже правительственные агенты могутъ, въ принципѣ, проникнуть лишь въ силу рѣшенія судебной власти, при условіяхъ и въ формахъ, опредѣленныхъ закономъ.

Декларація правъ 1789 г. не провозгласила спеціально принципа неприкосновенности жилища; пожалуй, могутъ подумать, что онъ заключался въ самой нормѣ индивидуальной свободы. Но въ ст. 9 тит. IV конст. 1791 г. мы читаемъ: «Ни одинъ агентъ публичной власти не можетъ войти въ домъ гражданина, если только онъ не дѣлаетъ этого въ исполненіе предписаній полиціи и суда и въ случаяхъ, формально предусмотрѣнныхъ закономъ». Никакого постановленія на этотъ счетъ не содержалось ни въ Декларації, ни въ конституціи 1793 г.; само собою разумѣется, революціонное правительство не болѣе уважало жилище гражданъ, чѣмъ ихъ свободу. Но конституція III года заключала въ себѣ ст. 359, составленную въ такихъ выраженіяхъ: «Домъ каждаго гражданина есть неприкосновенное убѣжище... Никакое посѣщеніе жилища не можетъ быть произведено, иначе какъ въ силу закона, и притомъ для лица и предмета, спеціально обозначенныхъ въ актѣ, предписывающемъ посѣщеніе» [1]).

Практическая норма неприкосновенности жилища формулирована въ ст. 76 конституціи VIII года, остающейся въ силѣ до настоящаго времени. Статья различаетъ между случаями, когда проникаютъ въ частное жилище ночью и когда—днемъ. Ночью никто, даже правительственные агенты, снабженные судебнымъ мандатомъ, не имѣютъ права проникать внутрь дома, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда это дѣлается по требованію изнутри дома, или въ случаѣ vis major. Законъ предвидитъ случаи на-

[1]) Ср. ст. 76 конст. VIII г. и ст. 3 конст. 1848 г.

водненія и пожара. Ночное время опредѣляется постановленіями ст. 1037 кодекса судопроизводства. Само собой разумѣется, эта неприкосновенность жилища въ ночное время примѣняется только къ частному жилищу, а не къ домамъ, открытымъ для публики [1]). Днемъ агенты правительственной власти могутъ проникнуть въ жилище гражданина противъ его воли; но въ принципѣ они могутъ это сдѣлать лишь въ силу рѣшенія судебной власти. Подобно тому, какъ по Декларації 1789 г. индивидуальная свобода не отдѣляется отъ своей судебной гарантіи, не отдѣляется отъ нея и неприкосновенность жилища, представляющая изъ себя лишь продолженіе индивидуальной свободы [2]).

Само собою разумѣется, что пока сохранитъ силу ст. 10 кодекса уголовнаго слѣдствія, агенты правительственной власти могутъ проникать въ жилище гражданъ для выполненія рѣшеній префектовъ и префекта полиціи, дѣйствующихъ какъ офицеры судебной полиціи. Этотъ текстъ есть очевидное нарушеніе принципа неприкосновенности жилища, какъ индивидуальной свободы [3]).

Въ извѣстныхъ случаяхъ законъ далъ въ нарушеніе принципа право нѣкоторымъ административнымъ чиновникамъ проникать днемъ въ жилище индивида противъ желанія послѣдняго. Какъ примѣръ, можно указать на законъ 28 апрѣля 1816 г., 265 статья котораго дозволяетъ агентамъ косвеннаго обложенія проникать къ лицамъ, подлежащимъ взысканію. Въ силу ст. 237 того же закона, дополненной ст. 19 закона 22 апрѣля 1905 г. агенты косвеннаго обложенія могутъ, въ случаѣ подозрѣнія въ утайкѣ, проникнуть въ жилище частныхъ лицъ, не подлежащихъ взысканію. Но въ

---

[1]) Законъ 19—22 іюля 1791, тит. 1, ст. 9 и 10.

[2]) Ср. *Cod. instr. crim.*, ст. 36, 37, 50, 59, 61, 62, 87, 89; *Cod. proc.*, ст. 587.

[3]) Ср. выше § 75 и циркуляръ Клемансо отъ 4 августа 1906 г. (*Temps*, 5 августа 1906).

этомъ случаѣ фискальный агентъ можетъ сдѣлать вторженіе въ жилище лишь въ сопровожденіи мирового судьи, или мера, или полицейскаго комиссара, и по приказу высшаго чиновника, который долженъ указать на мотивы, укрѣпляющіе его подозрѣніе въ утайкѣ, и который долженъ быть раньше проникновенія въ жилище визированъ офицеромъ судебной полиціи, при чемъ послѣдній долженъ сопровождать агентовъ; кромѣ того, этотъ приказъ долженъ быть прочитанъ заинтересованному или его представителю, который и приглашается его подписать.

Само собою разумѣется, что критика, направленная противъ французской системы охраны индивидуальной свободы, находитъ свое примѣненіе въ тѣхъ же выраженіяхъ и по отношенію къ неприкосновенности жилища. Какъ и охрана индивидуальной свободы, свобода жилища будетъ дѣйствительно обезпечена лишь тогда, когда будетъ серьезно организована уголовная и гражданская отвѣтственность, отмѣнена ст. 10 кодекса уголовнаго слѣдствія и будетъ обезпечена, благодаря глубокой и разумной реформѣ судебнаго персонала, независимость и компетенція судебныхъ должностныхъ лицъ (ср. § 75).

Англійскій законъ особенно охраняетъ жилище. Блэкстонъ писалъ: «Законъ Англіи до такой степени считаетъ привилегированнымъ домъ частнаго лица, что, по выраженію закона, это—крѣпость даннаго человѣка, и законъ не дозволяетъ, чтобы когда-нибудь нарушали это убѣжище безнаказанно» [1]). Въ силу этого принципа въ Англіи считается основнымъ принципомъ, что констэбль не можетъ вторгнуться въ жилище, даже для выполненія приказа объ арестѣ, если только дѣло не идетъ о случаѣ убійства [2]).

---

[1]) Blakstone, *Commentaires*, фр. изд., 1823, VII, стр. 29.

[2]) Ср. Garrand, *Droit pénal*, 2 изд., IV, 1906, стр. 101; Grad, *De l'inviolabilité du domicile*, thèse, Парижъ, 1905.

78. **Свобода труда, торговли и промышленности.**—Свобода труда, торговли и промышленности также есть послѣдствіе принципа индивидуальной свободы. Если человѣкъ долженъ быть оставленъ закономъ свободнымъ развивать и употреблять свою физическую дѣятельность, онъ долженъ быть свободенъ трудиться, какъ онъ хочетъ, отдавать свою работу внаймы другимъ, вырабатывать такой продуктъ, какой ему нравится, вести ту торговлю, какую онъ считаетъ выгодной. Все это лишь естественное продолженіе физической свободы.

Ни Декларація правъ 1789 г., ни конституція 1791 г. не формулировали спеціально принципа свободы труда. Это считали безполезнымъ. Это было необходимое послѣдствіе индивидуальной свободы. Но въ ст. 19 жирондистской Декларації права мы читаемъ: «Никакой родъ труда, торговли и культуры не можетъ быть запрещенъ ему (человѣку)», а въ ст. 17 Декларації 1793 г.: «Никакой родъ труда, культуры, торговли не можетъ быть запрещенъ промыслу гражданина», и, наконецъ, въ ст. 13 конституціи 1848 г.: «Конституція гарантируетъ гражданамъ свободу труда и промысла».

Запрещеніе рабства.—Первое послѣдствіе принципа индивидуальной свободы, поскольку она выражается въ свободѣ труда, есть невозможность рабства, есть запрещеніе государству - законодателю признавать и санкціонировать рабство въ какой бы то ни было изъ его формъ,—какъ вынужденное, такъ и добровольное рабство. Никто не можетъ имѣть или пріобрѣтать право произвольно и на неопредѣленный періодъ располагать дѣятельностью лица даже тогда, когда оно согласно на это. Не можетъ быть разрѣшено индивиду отчужденіе цѣликомъ или отчасти своей собственной личности, и всякій законъ, позволяющій подобное отчужденіе, противорѣчитъ праву.

Однако одинъ изъ основателей индивидуалистической доктрины, Гроцій думалъ, что рабство примиримо съ естественнымъ правомъ. Въ самомъ дѣлѣ, онъ писалъ: «Когда говорятъ, что люди и народы естественно свободны, это должно пониматься—въ силу естественнаго права, предшествующаго всякому человѣческому акту, и съ изъятіемъ рабства, но не съ абсолютною непримиримостью съ рабствомъ; т.-е. никто не является по природѣ рабомъ, но *ни у кого нельзя отнять права когда-нибудь имъ сдѣлаться*... Слѣдовательно, тѣ, кто впалъ въ личное или гражданское рабство въ силу законной причины, долженъ быть доволенъ своей судьбой» [1]). Локкъ отвергалъ добровольное рабство: «Человѣкъ, не имѣя власти надъ своею собственною жизнью, не можетъ никакимъ договоромъ, ни по своему собственному согласію сдѣлаться рабомъ кого бы то ни было, ни подчиниться абсолютной и произвольной власти другого, который отнимаетъ у него жизнь, когда ему угодно». Но, повидимому, Локкъ допускалъ законность того, что Руссо называлъ рабствомъ въ наказаніе. Въ самомъ дѣлѣ, онъ писалъ: «Разумѣется, если человѣкъ своимъ дурнымъ поведеніемъ или какимъ-нибудь преступленіемъ заслужилъ, чтобы у него была отнята жизнь, тотъ, кто былъ обиженъ и сдѣлался въ этомъ случаѣ владыкою его жизни, можетъ, когда виновный находится въ его рукахъ, не отнимать у него жизни, а употребить его на работу себѣ» [2]). Руссо въ *Общественномъ договорѣ*, обсуждая спеціально идеи Гроція относительно этого пункта, осуждаетъ чрезвычайно энергичнымъ образомъ рабство: «Такимъ образомъ,—говоритъ онъ,—какъ бы ни разсматривать положеніе вещей, право рабства ничтожно, не только потому, что оно незаконно, но и потому, что оно безсмысленно и ничего не обозначаетъ. Слова *рабство* и *право* противорѣчатъ другъ другу; они взаимно исключаютъ другъ друга» [3]).

---

[1]) Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, перев. Barbeyrac, Bâle, 1768, кн. II, гл. XXII, § 11; II, стр. 142.

[2]) Locke, *Le gouvernement civil*, гл. III, § II, фр. изд., Амстердамъ, 1691, стр. 27.

[3]) *Contrat social*, кн. I, гл. 4.

Эти идеи, несомнѣнно, составляли общее достояніе всѣхъ членовъ Національнаго Собранія 1789 г. Это особенно проявилось въ ночь 4 августа 1789 г., когда Собраніе единогласно вотировало «уничтоженіе состоянія крѣпостничества и мертвой руки, подъ какимъ бы названіемъ оно не существовало». Въ ст. 1 декрета 4 августа 1789 г., въ его окончательной редакціи, были объявлены окончательно уничтоженными, безъ вознагражденія, всѣ права, проистекающія «отъ реальной или личной мертвой руки и отъ личной службы». Вскорѣ послѣ этого Собраніе вотировало Декларацію правъ. Но рабство черныхъ въ колоніяхъ не было затронуто декретами Собранія и продолжало существовать, какъ и въ прошломъ. Однако закономъ 28 сент.—16 окт. 1791 г. Собраніе объявило, «что всякій индивидъ свободенъ, какъ только онъ вступилъ во Францію, что всякій человѣкъ, какого бы цвѣта онъ ни былъ, пользуется во Франціи всѣми правами гражданина, если онъ имѣетъ качества, предписанныя конституціей для ихъ осуществленія». Разумѣется, это говорилось лишь о территоріи Франціи-метрополіи.

Конвентъ и въ жирондистской декларації (ст. 20) и въ Декларації 1793 г. торжественно провозгласилъ, что рабство противорѣчитъ естественному праву. «Всякій человѣкъ можетъ заключить обязательство по отношенію къ своимъ услугамъ, къ своему времени; но никто не можетъ продать себя, ни быть проданнымъ; его личность есть неотчуждаемая собственность. Законъ не признаетъ рабства; можетъ существовать лишь обязательство услугъ и вознагражденія между тѣмъ, кто трудится, и тѣмъ, кто пользуется его трудомъ» (Деклар. 1793 г., ст. 18). Конвентъ, несмотря на эту торжественную декларацію, не уничтожилъ рабства въ колоніяхъ. Необходимы были событія въ Санъ-Доминго, чтобы былъ изданъ декретъ 16 плювіоза II года [1]). Онъ гласилъ: «Національный Конвентъ объявляетъ, что рабство негровъ уничтожается во всѣхъ колоніяхъ; поэтому, онъ провозглашаетъ, что всѣ люди, безъ различія цвѣта, живущіе въ колоніяхъ, суть французскіе граждане и пользуются всѣми правами, обезпеченными конституціей. Онъ предписываетъ комитету обще-

[1]) Ср. въ *Moniteur*, Réimpression, XIX, стр. 387 обстоятельства, при которыхъ былъ вотированъ этотъ декретъ.

ственнаго спасенія немедленно сдѣлать докладъ о мѣрахъ, которыя должны быть предприняты въ исполненіе настоящаго декрета». Конвентъ, въ Декларації III года, провозгласилъ еще разъ, что рабство противорѣчитъ естественному праву (ст. 15).

Это уничтоженіе рабства въ колоніяхъ было болѣе теоретическимъ, чѣмъ дѣйствительнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, законъ 30 флореаля X года гласилъ: «Въ колоніяхъ, отошедшихъ къ Франціи, въ выполненіе Аміенскаго договора, рабство сохраняется согласно законамъ и регламентамъ, изданнымъ до 1789 г., то же самое будетъ и въ отношеніи къ другимъ французскимъ колоніямъ по ту сторону мыса Доброй Надежды. Торгъ неграми и ихъ ввозъ въ указанныя колоніи будутъ совершаться сообразно съ законами и регламентами, существовавшими до указанной эпохи 1789 г.» [1]).

Гражданскій кодексъ въ ст. 1780 формулировалъ норму, сообразную съ принципами Декларації правъ: «Нельзя обязать своихъ услугъ иначе какъ на время и лишь для опредѣленнаго предпріятія». Однако ни консульство, ни имперія не сдѣлали ничего, чтобы добиться прогрессивнаго уничтоженія рабства въ колоніяхъ, которое возстановилъ законъ 30 флореаля X года. Но съ 1815 г. по 1848 г. вопросъ остался на очереди дня въ общественномъ мнѣніи и въ парламентскихъ дебатахъ. Рядъ законовъ и ордонансовъ запрещалъ и наказывалъ торгъ неграми. Таковъ законъ 15 апр. 1818 г., ордонансъ 18 янв. 1823 г., законъ 25 апр. 1827 г. и 4 марта 1831 г., ордонансъ 15 іюля 1833 г. Съ этого времени, какъ въ 1841 г., такъ еще и въ 1890—91 г. въ моментъ ратификаціи Брюссельскаго акта, вопросъ о правѣ осмотра вызываетъ важныя затрудненія между Франціей и Англіей. Іюльскимъ правительствомъ были изданы различные ордонансы съ цѣлью улучшить моральное положеніе рабовъ и способствовать ихъ освобожденію. Таковы въ частности ордонансы 11 іюня 1839 г., 5 янв. 1840 г., 26 сент. 1841 г. Въ палатахъ много разъ дѣлались предложенія объ уничтоженіи рабства. Важный аргументъ, на который они наталкивались, заклю-

---

[1]) См. любопытное изложеніе мотивовъ, которымъ правительство хотѣло оправдать этотъ законъ, S., *Lois annotées*, I, стр. 603.

чался въ томъ, что принятіе этихъ предложеній нанесетъ смертельный ударъ существованію французскихъ колоній. Однако королевскимъ декретомъ 26 мая 1840 была создана, подъ предсѣдательствомъ герцога де-Брольи, большая внѣпарламентская комиссія для изученія всѣхъ вопросовъ, относящихся къ рабству и къ конституціи колоній. Она еще не окончила своихъ работъ, какъ разразилась революція 1848 г., которая должна была, наконецъ, уничтожить рабство черныхъ и привести наше колоніальное законодательство въ гармонію съ основными принципами нашего публичнаго права.

4 марта 1848 г. временное правительство издало слѣдующій декретъ: «Принимая во вниманіе, что ни на какой французской землѣ не можетъ болѣе быть рабовъ, учреждается комиссія... чтобы подготовить въ наиболѣе короткій промежутокъ времени актъ немедленнаго освобожденія во всѣхъ колоніяхъ республики». 27 апрѣля 1848 г. новый декретъ временнаго правительства предписалъ уничтоженіе рабства во всѣхъ французскихъ колоніяхъ. Онъ гласилъ: «Принимая во вниманіе, что рабство есть покушеніе на человѣческое достоинство, что оно, насилуя свободную волю человѣка, уничтожаетъ естественный принципъ права и обязанности; что оно есть явное нарушеніе республиканской догмы *свободы, равенства, братства*... рабство будетъ вполнѣ уничтожено во всѣхъ французскихъ колоніяхъ и владѣніяхъ, черезъ два мѣсяца послѣ обнародованія въ нихъ настоящаго декрета. Послѣ обнародованія настоящаго декрета въ колоніяхъ абсолютно будутъ запрещены всякое тѣлесное наказаніе, всякая продажа несвободныхъ людей». Ст. 5 этого декрета отъ 27 апр. 1848 г. признала въ принципѣ право колонистовъ на вознагражденіе и возложила на Національное Собраніе заботу его регулировать... Въ ст. 7 было сказано, что принципъ, формулированный закономъ 28 сент.—16 окт. 1791 г., по которому французская земля освобождаетъ раба, ее касающагося, будетъ примѣненъ и къ колоніямъ и къ владѣніямъ республики. Наконецъ, онъ запретилъ въ частности французамъ, въ какой бы они странѣ ни находились и подъ страхомъ потери достоинства французскаго гражданина, владѣть, покупать или продавать рабовъ и участвовать, прямо или косвенно, во всякомъ торгѣ или вывозѣ такого рода.

Трехгодичный срокъ былъ данъ всѣмъ французамъ, которые были бы задѣты этимъ запрещеніемъ въ моментъ обнародованія декрета. Въ тотъ же день (27 апр. 1848 г.) было издано тринадцать декретовъ, какъ послѣдствіе уничтоженія рабства, для регламентаціи внутренней организаціи колоній. Конституція 1848 г. подтвердила рѣшенія временнаго правительства и дала конституціонный характеръ запрещенію рабства: «Рабство не можетъ существовать ни на какой французской землѣ» (ст. 6).

Надо указать на законъ 11 февр. 1851 г., который продлилъ до 10 лѣтъ трехгодичный срокъ, данный декретомъ 27 апр. 1848 г. (ст. 8) французамъ, живущимъ за границей, для освобожденія или продажи своихъ рабовъ, и законъ 28 мая 1858 г., постановившій, что это постановленіе декрета 27 апр. 1848 г. не будетъ примѣнено къ собственникамъ рабовъ, владѣніе которыхъ предшествуетъ декрету 27 апр. 1848 г. или является результатомъ наслѣдованія, или дара между живыми или по завѣщанію, или брачныхъ договоровъ.

На берлинской конференціи 1885 г. была выработана декларація «относительно торга рабами и операцій, посредствомъ которыхъ на сушѣ или на морѣ добываются рабы для торга». Державы, подписавшія берлинскій актъ 26 февраля 1885 г., обязались «принять всѣ мѣры, находящіяся въ ихъ власти, чтобы территоріи бассейна Конго, на которыя простирается ихъ власть, не могли служить ни рынкомъ, ни транзитнымъ путемъ для торга рабами, и обязались содѣйствовать уничтоженію рабства и особенно торга неграми» (ст. 6 и 9). Эти декларації были нѣсколько неопредѣленны и недостаточны. Брюссельская конференція своимъ общимъ актомъ 2 іюля 1890 г. постановила рядъ мѣръ, предназначенныхъ воспрепятствовать торгу неграми. Французскій парламентъ ратифицировалъ закономъ 29 декабря 1891 г. постановленія брюссельскаго акта, за исключеніемъ относящихся къ ограниченію зоны окрестностей Мадагаскара и къ процессу остановки, захвата и суда надъ подозрительными судами (ст. 21—23 и 42—61 брюссельскаго акта).

Вопросъ о рабствѣ въ французскихъ колоніяхъ снова былъ поставленъ въ 1896 г. въ моментъ обсужденія и принятія закона отъ 6 авг. 1896 г., объявляющаго островъ Мадагаскаръ съ зависящими отъ него островами французской

колоніей. Изложеніе мотивовъ, представленное правительствомъ, не заключало никакого указанія на уничтоженіе рабства; комиссія палаты депутатовъ подняла его и Лемиръ-де-Вилеръ сказалъ въ своемъ докладѣ: «Каковъ бы ни былъ принятъ способъ владѣнія, рабство должно быть уничтожено, ст. 1 декрета 27 апр. 1848 г. дѣлаетъ для насъ это формально обязательнымъ». Въ палатѣ возникли пренія по поводу предложенія Денешо, требовавшаго принятія слѣдующаго дополнительнаго постановленія: «Рабство уничтожается на Мадагаскарѣ». Послѣ заключеній президента совѣта Мелина, заявившаго, что правительство согласно съ палатою относительно принципа уничтоженія рабства, но оно нуждается во времени, чтобы принять переходныя мѣры, палата не приняла текстъ Денешо, а единогласно вотировала слѣдующій переходъ къ порядку дня, предложенный де-Маги и Жервиль-Реашъ: «Такъ какъ рабство уничтожается на Мадагаскарѣ въ силу факта, что островъ объявленъ французской колоніей, правительство приметъ мѣры, чтобы обезпечить немедленное освобожденіе». Этотъ порядокъ дня былъ вотированъ единогласно 544 голосовавшими (засѣданіе 20 іюня 1896).

Декретъ 1 іюля 1906 г. [1]) наказываетъ заключеніемъ въ тюрьмѣ отъ 2 до 5 лѣтъ и штрафомъ отъ 500 фр. до 1000 фр. всякаго, кто въ Алжирѣ или въ южныхъ территоріяхъ заключитъ или попытается заключить соглашеніе, имѣющее цѣлью отчуждать, даромъ или за вознагражденіе, свободу третьяго лица, и кто ввезетъ въ Алжиръ или въ южную территорію или вывезетъ или попытается вывезти изъ Алжира или южныхъ территорій лицъ, предназначенныхъ быть объектомъ указаннаго соглашенія.

79. Свобода труда. Профессіональные синдикаты.—Для собраній эпохи революціи, въ особенности для собранія 1789 г., препятствія свободѣ труда, которыя слѣдовало окончательно разбить, проявлялись особенно въ старинныхъ профессіональныхъ корпораціяхъ, и первымъ и непосредственнымъ послѣдстві-

---

[1]) *Jour. offic.* 1 іюля 1906.

емъ свободы труда было не только уничтоженіе ремесленныхъ корпорацій, но и строгое ихъ запрещеніе.

Ордонансъ Людовика XVI при министерствѣ Тюрго въ февралѣ 1776 г. уничтожилъ корпораціи. Предисловіе этого акта, редактированное Тюрго, уже въ очень опредѣленныхъ словахъ формулируетъ индивидуалистическіе принципы: «Мы должны,—говорится въ немъ,—*обезпечить всѣмъ нашимъ подданнымъ полное и цѣлостное пользованіе ихъ правами*; мы должны особенно охранять тотъ классъ людей, которые, имѣя собственностью лишь свой трудъ и свой промыселъ, тѣмъ болѣе *нуждаются и въ правѣ* употреблять во всемъ своемъ объемѣ тѣ единственные рессурсы, которые они имѣютъ для существованія. Мы съ сожалѣніемъ видимъ, какія многочисленныя нарушенія были произведены въ *этомъ естественномъ и общемъ правѣ* учрежденіями, правда, старинными, но которыя не могли быть оправданы ни временемъ, ни общественнымъ мнѣніемъ, ни самыми актами, исходящими отъ власти и, повидимому, ихъ освящающими». Ст. 1-я гласитъ: «Будетъ вольно каждому, *какого бы качества и условія онъ ни былъ*, даже всѣмъ иностранцамъ .. заниматься въ нашемъ королевствѣ... тѣмъ родомъ торговли и тою артистическою и ремесленною профессіею, которая ему нравится, и даже соединять ихъ нѣсколько, въ силу чего... мы закрываемъ и уничтожаемъ всѣ корпораціи и общины торговцевъ и ремесленниковъ»... Послѣ того какъ Тюрго впалъ въ немилость, ремесленныя корпораціи были возстановлены эдиктомъ въ августѣ 1776 г. Правда, по этому эдикту, онѣ были менѣе замкнутыми, чѣмъ прежде, и какъ бы урѣзаны. Были возстановлены лишь 6 корпорацій торговцевъ и 44 артистическія и ремесленныя общины.

Въ ночь на 4 августа, когда вотировано было уничтоженіе всякихъ привилегій, Національное Собраніе приняло принципъ «реформы сословій цеховыхъ присяжныхъ» [1]). На практикѣ они были уничтожены лишь закономъ 2 — 17 марта 1791 г., ст. 7 котораго гласитъ: «Начиная со слѣдующаго 1-го апрѣля каждое лицо будетъ свободно вести ту торговлю

---

[1]) *Arch. parl.*, 1-я серія, VIII, стр. 350.

или заниматься тою профессіей, искусствомъ или ремесломъ, какіе оно считаетъ хорошими; но оно обязано заранѣе запастись патентомъ... и согласоваться съ полицейскими регламентами, которые изданы или могутъ быть изданы». Это дѣйствительно былъ принципъ свободы; дѣлали обязательнымъ налогъ, патентъ,—вполнѣ справедливо; сохраняли общія ограниченія, которыя могли быть сдѣланы полицейскими законами,—вполнѣ логично.

Но Національное Собраніе не остановилось на этомъ. Доводя до крайности логику своего принципа, оно не ограничилось уничтоженіемъ вынужденныхъ корпорацій, объявленіемъ труда и промысловъ свободными и доступными всѣмъ, но и провозгласило абсолютное запрещеніе ремесленныхъ и профессіональныхъ корпоративныхъ ассоціацій. Такимъ образомъ, оно нарушало, правда, безсознательно, принципъ индивидуальной свободы. Оно видѣло во всякой формѣ ассоціаціи нарушеніе индивидуалистическаго принципа. Это было основной ошибкой. Принципъ индивидуальной свободы, въ дѣйствительности, заключаетъ въ себѣ право для индивида соединять свою дѣятельность съ дѣятельностью другихъ, чтобы сообща преслѣдовать всякую дозволенную цѣль (Ср. ниже, § 90). Законъ Лешапелье отъ 14—17 іюля 1791 г. запрещаетъ всякую ремесленную ассоціацію, какъ противорѣчащую принципу самой конституціи. «Такъ какъ уничтоженіе всякаго рода корпорацій гражданъ того же сословія и профессіи является одной изъ основъ французской конституціи, запрещается возстановлять ихъ фактически подъ какимъ бы то ни было предлогомъ или формой» (ст. 1).

Кромѣ того, законъ гласилъ: «Если бы, вопреки принципамъ свободы и конституціи, граждане, занимающіеся однѣми и тѣми же профессіями... заключили между собою соглашенія о томъ, чтобы отказать сообща или совершать лишь за опредѣленную плату свой промыселъ или свою работу, то указанныя соглашенія и конвенціи объявляются неконституціонными, посягающими на свободу и на Декларацію правъ человѣка, и недѣйствительными; административныя и муниципальныя учрежденія обязаны ихъ объявить таковыми»... (ст. 2, ср. ст. 8). Такимъ образомъ законъ Лешапелье запрещалъ не только профессіональныя корпораціи, но также и коалиціи и забастовки, и дѣлалъ это во имя индивидуальной

свободы, какъ противныя принципу свободы труда, какъ посягающія на Декларацію правъ человѣка. Люди той эпохи, находясь подъ вліяніемъ преувеличенной и плохо понятой индивидуалистической доктрины, не понимали, что именно предписанное имъ запрещеніе нарушало свободу и посягало на Декларацію правъ (Ср. конст. 1791 г., введ.; конст. III года, ст. 355 и 360) [1].

Гражданскій кодексъ и все законодательство консулата и имперіи вдохновлялись тѣми же плохо понятыми индивидуалистическими доктринами, и вполнѣ справедливо было сказано, что политика той эпохи заключалась цѣликомъ въ созданіи мощно централизованной администраціи и въ удержаніи рабочихъ классовъ въ состояніи обязательнаго размельченія, разъединенія и раздробленія [2]. Профессіональныя ассоціаціи оставались строго запрещенными. Законъ 22 жерминаля XI года, ст. 6 и 7, и ст. 414 и 415 уголовнаго кодекса запрещали коалиціи хозяевъ и коалиціи рабочихъ, имѣющія цѣлью организовать забастовку. Но императорское правительство терпѣло и даже благопріятствовало образованію синдикатовъ предпринимателей. При реставраціи было сдѣлано нѣсколько не увѣнчавшихся успѣхомъ попытокъ, чтобы получить законное признаніе рабочихъ и предпринимательскихъ ассоціацій. Что касается до іюльскаго правительства, сравнительно либеральнаго въ политической области, оно лишь отягчило закономъ 10 апрѣля 1834 г. запретительное законодательство уголовнаго кодекса объ ассоціаціяхъ (уг. кодексъ, ст. 291).

Временное правительство 1848 г. благопріятствовало образованію профессіональныхъ ассоціацій. Іюльское возстаніе остановило на время всѣ законодательныя реформы въ пользу рабочихъ классовъ. Однако, особенно съ 1860 г., благодаря терпимости правительства, рабочія ассоціаціи развиваются въ значительныхъ размѣрахъ. Въ то же время законъ 15 мая

---

[1] О преувеличенномъ и ошибочномъ индивидуализмѣ собраній революціонной эпохи въ области рабочаго законодательства см. Levasseur, *Histoire des classes ouvrières depuis 1789*, I, стр. 104 и сл.; Paul-Boncourt, *Le fédéralisme économique*, 1898; Pic, *Législation industrielle*, 2 изд., 1901, стр. 82.

[2] Pic, *op. cit.*, стр. 83.

1864 г., измѣнившій ст. 414—416 угол. кодекса, призналъ за рабочими право коалицій и забастовокъ. Синдикальное движеніе, остановленное въ концѣ второй имперіи вмѣшательствомъ правительства, устрашеннаго образованіемъ международнаго общества рабочихъ, а также задержанное событіями 1870—1871 г. и авторитарною политикой правительства до 1876 г., снова проявляется съ особенной интенсивностью послѣ 1877 г. Законодатель не могъ не выступить и не издать закона, признающаго профессіональныя ассоціаціи, возникавшія независимо отъ такого признанія. Въ моментъ, когда былъ обнародованъ законъ 21 марта 1884 г., существовало 237 рабочихъ синдикатовъ въ Парижѣ и 350 — въ провинціи [1]).

Законъ 21 марта 1884 г. до сихъ поръ еще является, по выраженію Пика, «основною хартіей французскихъ профессіональныхъ ассоціацій». Онъ по существу своему есть законъ свободы и дѣйствительно согласенъ съ доктриной Декларацiи правъ. Онъ одинаково уважаетъ права хозяевъ и рабочихъ, права лицъ, входящихъ въ синдикаты и не входящихъ. Синдикатъ ни для кого не обязателенъ; но онъ дозволенъ для всѣхъ—для хозяевъ и для рабочихъ, при одинаковыхъ условіяхъ и съ одинаковыми результатами, для хозяевъ и рабочихъ, образующихъ отдѣльные синдикаты или общіе. Законъ 14—17 іюня 1791 г. и ст. 416 уголовнаго кодекса объявлены отмѣненными. Давая самую широкую свободу профессіональнымъ синдикатамъ, законъ требуетъ простой декларацiи въ меріи и сообщенія устава (ст. 1, 2 и 4).

Въ данное время въ палату депутатовъ внесенъ важный законопроектъ, представленный Барту въ предшествующій законодательный періодъ и дающій значительное расширеніе синдикальному праву. Предлагается объявить отмѣненными ст. 414 и 415 уголовнаго кодекса, предписывающія спеціальныя наказанія противъ всякаго, „кто съ помощью насилія, путемъ активныхъ дѣйствій... вызоветъ или продолжитъ коллективное прекращеніе работъ съ цѣлью вызвать повышеніе или пониженіе заработной платы или нарушитъ свободное осуществленіе промысла или труда». Барту въ

---

[1]) Pic, *op. cit.*, стр. 223.

своемъ докладѣ [1]) и въ своей рѣчи въ Бордо (4 февр. 1906) [2]) заявилъ, что для охраны свободы труда достаточно общаго права. Мы очень опасаемся, что дѣло обстоитъ иначе, и полагаемъ, что, вступая на этотъ путь, законодатель, подъ предлогомъ охраны свободы стачекъ, рискуетъ уничтожить *свободу не дѣлать стачекъ*. Министръ внутреннихъ дѣлъ Клемансо вполнѣ справедливо заявилъ въ палатѣ 19 іюня 1906: «Я считаю, что всякій человѣкъ, нуждающійся въ трудѣ и находящій трудъ, имѣетъ право трудиться, и я полагаю, что *долгъ общества и общественныхъ властей обезпечить ему осуществленіе этого права*». Законопроектъ распространяетъ синдикальное право на всѣ либеральныя профессіи. Кромѣ того, ст. 6 проекта признаетъ за профессіональными синдикатами права гражданскаго лица, право выступать въ судахъ и пріобрѣтать, безъ разрѣшенія, даромъ или за вознагражденіе, движимыя и недвижимыя имущества, и право заключать коммерческіе акты.

Проектъ давалъ синдикальное право «рабочимъ и состоящимъ на государственной службѣ, не представляющимъ какой-нибудь части общественной власти». Но устрашенное энергическими требованіями многихъ чиновниковъ, и въ частности требованіями учителей и почтовыхъ служащихъ, правительство организовало внѣпарламентскую комиссію, «обязанную выработать законопроектъ о распространеніи на ассоціаціи, образованныя между чиновниками, нѣкоторыхъ правъ, данныхъ закономъ 21 марта 1884 г. профессіональнымъ синдикатамъ» (декретъ 21 мая 1906) [3]). Впрочемъ, правительство въ своей декларації отъ 12 іюня 1906 г. формально отвергнуло право чиновниковъ на стачки (ср. 44, 63 и 64).

Запрещая профессіональныя ассоціаціи, Революція нарушила свободу труда. Современный законодатель подъ давленіемъ фактовъ вполнѣ справедливо призналъ законность профессіональныхъ синдика-

---

[1]) *Jour. offic., doc. parl.*, chambre, 1903, чрезвычайная сессія, стр. 77.

[2]) *Petite Gironde* (5 февр. 1906, стр. 2).

[3]) *Jour. offic.*, 22 мая 1906.

товъ, и авторы новаго законопроекта имѣли очень счастливую мысль предложить особое признаніе гражданской личности за синдикатами и дозволить имъ даровое пріобрѣтеніе движимаго и недвижимаго имущества. Но если законъ долженъ признать и гарантировать свободу вступать въ синдикатъ, онъ также долженъ признать и гарантировать свободу не вступать въ синдикаты. Работникъ, который желаетъ остаться независимымъ и не подчиняться никакому синдикату, долженъ видѣть свою свободу и свою независимость такъ же энергично охраняемыми, какъ и свободу и независимость профессіональныхъ группъ. Синдикатъ есть свобода, онъ не долженъ дѣлаться рабствомъ. Долгъ законодателя избѣжать этого и одинаково относиться какъ къ свободнымъ рабочимъ, такъ и къ рабочимъ, образующимъ синдикаты.

Декреты 17 сентября 1900 г. и 2 января 1901 г. (такъ называемые декреты Мильерана), несомнѣнно, нарушили синдикальную свободу или, точнѣе сказать, свободу каждаго рабочаго вступать или не вступать въ синдикатъ и равенство, которое должно господствовать между рабочими, состоящими и не состоящими членами синдикатовъ, давши право на участіе въ выборахъ въ *совѣты труда* однимъ членамъ профессіональныхъ ассоціацій, законно образованныхъ согласно закону 21 марта 1884 г. Государственный совѣтъ постановленіемъ 19 февр. 1904 г. [1]) призналъ законность этихъ декретовъ. Правда, предъ Государственнымъ совѣтомъ вопросъ о нарушеніи свободы труда не возбуждался. Чтобы сдѣлать эти декреты недѣйствительными, Беранже внесъ въ сенатъ предложеніе закона, организующаго совѣты труда на иныхъ основахъ и уважающаго принципы свободы и равенства. Это предложеніе, вотированное сенатомъ 13 ноября и 5 декабря 1902 и перенесенное въ палату депутатовъ 9 декабря 1902, не имѣло дальнѣйшихъ послѣдствій.

[1]) *Rec.*, 190 , стр. 131.

Въ настоящее время во Франціи обрисовывается очень активное движеніе, которое, подъ именемъ *синдикализма*, стремится захватить всѣхъ рабочихъ въ сильно организованные синдикаты съ цѣлью сдѣлать возможной всеобщую забастовку и даже съ цѣлью на мѣсто государственной власти поставить управленіе, исходящее отъ рабочихъ синдикатовъ, на мѣсто унитарнаго государства поставить рабочую федеративную республику, какъ бы эмбріонъ которой составляетъ *всеобщая конфедерація труда*, образованная при парижской биржѣ труда [1]. 15 апрѣля 1906 г. въ *Mouvement socialiste* Лагардель писалъ: «Соціалисты парламентаріи и демократы стараются завоевать государство; синдикалистъ революціонеръ стремится дезорганизовать его, дабы лучше его разрушить... Разрушить іерархію, разорвать узы организуемой ею зависимости, уничтожить грозную власть главнаго орудія буржуазнаго господства,—вотъ въ чемъ смыслъ войны, начатой между государствомъ и его подданными. Антимилитаристская и антипатріотическая пропаганда не имѣетъ другого смысла». Именно *всеобщая конфедерація труда* организовала забастовку 1 мая 1906, наполнившую ужасомъ парижскую буржуазію.

80. Монополизированные и подчиненные полицейскому режиму производства и виды торговли. — Не нарушаетъ ли законодатель свободы торговли и промышленности, когда въ фискальномъ интересѣ онъ создаетъ въ пользу государства монополію производства или продажи извѣстнаго продукта? Каждому извѣстно, что въ настоящее время во Франціи существуетъ монополія производства и продажи табаку, пороху, селитры и спичекъ, монополія почты, телеграфовъ и телефоновъ, чеканки монеты. Нельзя серьезно утверждать, что принципъ свободы труда логическимъ и необходимымъ послѣдствіемъ своимъ имѣетъ невозмож-

---

[1]) Ср. Guieysse, *Patriotisme démocratique et capitaliste*, *Mouvement socialiste*, 1 и 15 декабря 1905, стр. 512, и 15 янв. 1906, стр. 121, іюль 1906, стр. 200.

ность для законодателя установить съ фискальной цѣлью въ пользу государствъ монополію нѣкоторыхъ производствъ и нѣкоторыхъ родовъ торговли. Законодатель безусловно имѣетъ право устанавливать налоги; и налогъ неизбѣжно есть нарушеніе или свободы труда, или собственности, или часто того и другого вмѣстѣ. Слѣдовательно, фискальная монополія производствъ или торговли законна, ибо, въ конечномъ счетѣ, она, подобно всякому налогу, не что иное, какъ сдѣланное въ фискальномъ интересѣ ограниченіе свободы труда и собственности. Законодателю надлежитъ рѣшить по даннымъ экономическаго искусства, какимъ образомъ долженъ быть организованъ налогъ, которому подлежитъ данный продуктъ,—долженъ ли онъ быть установленъ въ формѣ прямого обложенія, или въ видѣ монополіи. Разумѣется, монополію должно устанавливать лишь на предметы роскоши и только въ томъ случаѣ, когда она одна можетъ дать желаемый финансовый результатъ. Это, можно сказать, — форма вспомогательнаго налога, къ которому законодатель долженъ прибѣгать лишь тогда, когда обыкновенныя формы налога не могутъ произвести желательныхъ финансовыхъ результатовъ.

Есть одинъ родъ торговли, монополія которой, установленная въ пользу государства, исходитъ изъ совершенно другого порядка идей, именно: почта, телеграфъ и телефонъ. Въ данномъ случаѣ монополія государства имѣетъ главной цѣлью фискальный интересъ; она исходитъ изъ того неоспоримаго факта, что въ данномъ случаѣ имѣется такой видъ торговли, который непосредственно касается коллективнаго интереса, въ силу чего должна быть организована настоящая общественная служба, и выполненіе ея должно взять на себя государство. Сами ортодоксальные экономисты вынуждены признать, что почтовая и телеграфная служба съ

пользою можетъ быть обезпечена лишь самимъ государствомъ, что, именно, телеграфныя, международныя и почтовыя сношенія съ трудомъ можно было бы организовать, если бы различныя государства не монополизировали этихъ сношеній. Изъ основанія, оправдывающаго почтовую и телеграфную монополію, слѣдуетъ, что, раціонально и справедливо разсуждая, государство должно посвящать на улучшеніе этихъ службъ всю чистую прибыль, получаемую отъ ихъ эксплуатаціи.

Запрещенные промыслы.—Нѣкоторые промыслы могутъ осуществляться лишь посредствомъ дѣйствій, разсматриваемыхъ, какъ наказуемыя правонарушенія. Разумѣется, такіе промыслы запрещены. Занятіе ими влечетъ наказаніе, и законодатель, запрещающій ихъ, нисколько не нарушаетъ свободы труда. Свобода никогда не состоитъ въ правѣ дѣлать что-нибудь, что является наказуемымъ правонарушеніемъ.

Можно указать въ видѣ примѣра на поддѣлку фальшивой монеты (Угол. код., ст. 132 и сл.), поддѣлку и распространеніе печатныхъ листовъ, симулирующихъ банковые билеты и ренту, французскія и иностранныя марки (законъ 11 іюля 1885 г., 13 апрѣля 1892 г.); ростовщичество (законъ 3 сент. 1807 г., 19 дек. 1850 г. и 12 янв. 1886 г., декреты 29 января 1898 г. для Алжира); содержаніе игорныхъ домовъ (Угол. код., ст. 410); лотереи (законъ 21 янв. 1836 г.); эксплуатація пари на конскихъ бѣгахъ (зак. 2 іюня 1891 г.); продажа, въ цѣляхъ пари, свѣдѣній о шансахъ лошадей, участвующихъ въ бѣгахъ, и т. д. (зак. 3 апр. 1900 г.); продажу, выставку или распространеніе книгъ, афишъ, рисунковъ, гравюръ, неприличныхъ и противныхъ добрымъ нравамъ (зак. 16 марта 1898 г.).

Промыслы, требующіе государственной концессіи.—Всякая эксплуатація желѣзнодорожной линіи мѣстнаго или общаго интереса требуетъ закона (зак. 11 іюня 1880 г., ст. 2, § 2).—Эксплуатація желѣзныхъ дорогъ во Франціи не является государственнымъ дѣломъ; но оно помѣщено подъ прямой контроль государства.

Особый характеръ эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ таковъ, что нельзя видѣть въ этомъ контролѣ нарушеніе принципа свободы торговли и промысла.

Горный промыселъ. — Однимъ изъ наиболѣе трудныхъ дѣлъ современнаго законодательства является созданіе такого горнаго законодательства, которое уважало бы всѣ права, охраняло бы всѣ интересы и устанавливало бы счастливое равновѣсіе между общимъ и частнымъ интересомъ. Съ перваго взгляда кажется, что въ странѣ, признающей еще принципъ индивидуальной земельной собственности, влекущій за собою собственность на находящееся вверху и внизу (Декл. прав., ст. 17; гражд. код , ст. 552), горныя богатства должны неограниченно принадлежать собственнику земли, который свободенъ ихъ эксплуатировать или не эксплуатировать, по своему желанію. Но это рѣшеніе вопроса наталкивается на важныя возраженія. Прежде всего, часто оправдываютъ индивидуальную собственность на землю, говоря, что она есть результатъ труда владѣльца, который въ извѣстный моментъ придалъ ей обработанный видъ. Однако дѣло обстоитъ иначе съ рудными источниками, являющимися чисто естественнымъ продуктомъ, и вполнѣ справедливо, чтобы собственность на руду не заключалась въ собственности на земную поверхность. Съ другой стороны, эксплуатація руды требуетъ большихъ капиталовъ, и чаще всего собственникъ земли не могъ бы ихъ добыть. Слѣдуетъ добавить, что очень часто также горныя залежи простираются на пространство, поверхность котораго принадлежитъ большому числу собственниковъ, и это дѣленіе сдѣлало бы также невозможной эксплуатацію рудныхъ богатствъ. А между тѣмъ не въ

общественномъ интересѣ оставить не эксплуатируемыми горныхъ богатствъ, которыя могутъ быть значительными. Въ силу, главнымъ образомъ, этихъ соображеній, всѣ современныя законодательства, признавая принципъ свободы труда и неприкосновенности собственности, подвергаютъ горный промыселъ режиму, который влечетъ за собою важныя ограниченія собственности и промышленной свободы.

Въ настоящее время во Франціи горнозаводское дѣло регулируется закономъ 21 апрѣля 1810, дополненнымъ и видоизмѣненнымъ въ нѣкоторыхъ детальныхъ пунктахъ закономъ 17 іюля 1880 г. Бертелеми вполнѣ правильно пишетъ: «Законъ 21 апрѣля 1810 г. есть практическій компромиссъ, при которомъ приняты въ расчетъ возможныя права собственниковъ поверхности, необходимыя права изобрѣтателей и нѣкоторыя права коллективнаго цѣлаго, творца той среды, изъ которой горныя богатства получаютъ свою цѣну. Власть уступаетъ рудныя мѣстонахожденія тому, кто представляетъ, по его мнѣнію, наиболѣе вѣрныя гарантіи. Ни изобрѣтатель, ни собственникъ не могутъ требовать предпочтенія. Если ни тотъ, ни другой не получаютъ концессіи, оба они вознаграждаются. Право коллективнаго цѣлаго представлено фискальнымъ оброкомъ. Администрація постоянно сохраняетъ контроль за эксплуатаціей»[1]). Получившій концессію обязанъ эксплуатировать рудники. Въ силу постоянной судебной практики, опирающейся на спорную интерпретацію ст. 49 закона 21 апр. 1810 г., санкціей этой обязанности является лишеніе концессіи. Это рѣшеніе, если оно и не можетъ сослаться на формальный текстъ, тѣмъ не менѣе, раціонально; горная концессія дается, въ дѣйствительности, гораздо болѣе въ коллективномъ интересѣ, чѣмъ въ интересѣ концессіонера[2]).

---

[1]) *Droit admin.*, 4 изд., 1906, стр. 707.

[2]) См. постановленіе Госуд. совѣта 27 іюля 1906 г., съ интереснымъ заключеніями правительственнаго комиссара Тейсье, *Temps*, 2 авг. 1906 г. О горномъ управленіи см. Colson, *Economie politique*, 1903, II, стр. 25 и сл.

Полная національзація рудниковъ составляетъ существенную статью коллективистической программы. См. рѣчь Жореса въ палатѣ депутатовъ въ засѣданіи 14 іюня 1906 г.— Правительство въ декларації, прочитанной въ палатахъ 12 іюня 1906 г., объявило о внесеніи законопроекта, «имѣющаго цѣлью исправить несовершенства закона 1810, или надѣляя государство болѣе обширнымъ правомъ лишенія концессіи... или сопровождая новую концессію условіями, отсутствіе которыхъ можетъ составить истинную опасность».

Совершенно аналогично горнозаводскому вопросу, недавно возникъ вопросъ по поводу чудеснаго открытія передачи силы посредствомъ электричества. Въ современномъ правѣ паденіе воды и самая вода являются *res nullius* (зак. 8 апр. 1898 г.). Но двигающая сила, представляемая ими, можетъ быть использована лишь прибрежными жителями. Эти послѣдніе могутъ, съ разрѣшенія администраціи, установить загражденія; но это разрѣшеніе не можетъ имъ дать никакого исключительнаго права по отношенію къ другимъ прибрежнымъ жителямъ (зак. 8 апр. 1898 г., ст. 10 и 11). Подобный порядокъ дѣлаетъ совершенно невозможнымъ установленіе мощныхъ загражденій, дозволяющихъ захватить всю двигающую силу теченія воды и создать большое производство. Въ данномъ случаѣ также имѣются интересы и права, которыя надо примирить,—права и интересы прибрежныхъ собственниковъ и интересы коллективнаго цѣлаго, которое не можетъ быть лишено могучихъ факторовъ производства, представляемыхъ *бѣлымъ углемъ*.

Въ предшествующій законодательный періодъ въ палату депутатовъ внесенъ былъ 15 янв. 1904 г. правительствомъ пространный законопроектъ, составленный на основаніи трудовъ комиссіи, докладъ отъ имени которой былъ сдѣланъ Оріу и Мишу [1]).

---

[1]) См. сущность этого доклада въ длинномъ изложеніи мотивовъ, предшествующемъ законопроекту и анализирующемъ различныя предложенныя системы (*Jour. offic.*, chambre, sess. ordin., 1904, стр. 26). См. также изслѣдованія и пренія общества законодательныхъ изысканій, *Bulletin*, 1902 и 1903.—Ср. законъ 15 іюня 1906.

Промыслы, требующіе предварительнаго разрѣшенія.—Для этихъ промысловъ законодатель въ настоящемъ смыслѣ слова отказывается отъ принципа свободы труда; онъ подчиняетъ ихъ настоящему полицейскому режиму. Никто не можетъ заниматься этими промыслами безъ предварительнаго разрѣшенія администраціи. Разумѣется, для того, чтобы законодатель могъ законно сдѣлать прямое нарушеніе промышленной свободы, необходимы очень важныя причины. Онѣ могутъ основываться лишь на необходимости обезпечить общественную безопасность, здравіе и спокойствіе и на томъ, что одна система вознагражденій и наказаній была бы безсильна исправить причиненное общественное зло. Между промыслами, которые французское право подчиняетъ полицейскому режиму, есть нѣсколько, для которыхъ законность такой системы очевидна; наоборотъ, есть другіе, для которыхъ нарушеніе свободы труда не столь легко оправдывается.

Напримѣръ, предварительному разрѣшенію администраціи подчинены опасныя, неудобныя или нездоровыя учрежденія (декр. 15 окт. 1810). Это правило о предварительномъ разрѣшеніи примѣняется лишь къ перечисленнымъ учрежденіямъ, т.-е. къ учрежденіямъ, упомянутымъ въ приложеніяхъ къ декрету 1810 г. или установленнымъ нѣкоторыми послѣдующими регламентами, напримѣръ, декретомъ 19 мая 1873 г. относительно керосина и его продуктовъ. Безспорно, нельзя видѣть въ декретѣ 1810 г. и въ дополняющихъ его послѣдующихъ постановленіяхъ нарушенія принципа индивидуальной свободы. Первостепенный общественный интересъ заключается въ томъ, чтобы подобныя промышленныя учрежденія не могли открываться безъ предварительнаго разрѣшенія. Съ другой стороны, постоянно принадлежащее заинтересованному право обратиться съ объективной юрисдикціонной жалобой противъ рѣшенія дѣйствующей администраціи является, несомнѣнно, достаточной гарантіей. Можно лишь по-

жалѣть о томъ, что эта регламентація установлена простыми декретами, а не закономъ въ собственномъ смыслѣ слова. Здѣсь прежде всего дѣло законодателя (Декл. правъ, ст. 4). Нѣкоторыя учрежденія, особенно опасныя, подчинены самимъ закономъ особому режиму, именно фабрики динамита и взрывчатыхъ веществъ на нитро-глицериновой основѣ (зак. 8 марта 1875 г. и декр. 24 авг. 1875).

Менѣе легко оправдывается законъ 14 марта 1904 г. Онъ постановилъ, что платныя конторы по пріисканію работъ, существовавшія въ моментъ его обнародованія, могутъ быть закрыты съ уплатой вознагражденія, и что всякое новое бюро можетъ быть открыто лишь по разрѣшенію, что такое разрѣшеніе можетъ быть всегда взято обратно и бюро закрыто безъ всякаго вознагражденія. Этотъ законъ былъ вотированъ палатами, въ настоящемъ смыслѣ слова подъ давленіемъ забастовокъ, организованныхъ лакеями ресторановъ и кафе, и послѣ безпорядковъ, происшедшихъ въ Парижѣ въ биржѣ труда. Плохія условія, чтобы выработать хорошій законъ. Трудно оправдать дискреціонное право, данное закономъ 14 марта 1904 г. (ст. 1 и 11), давать или отказывать въ разрѣшеніи, закрывать разрѣшенныя конторы по пріисканію работы, и явную тенденцію обезпечить монополію пріисканія работы за коммунами и профессіональными синдикатами. Законодатель вдохновлялся очень благороднымъ желаніемъ помѣшать, чтобы рабочіе эксплуатировались мало совѣстливыми посредниками. Но для того, чтобы достигнуть этой цѣли, онъ, несомнѣнно, совершилъ тяжкое нарушеніе свободы торговли.

Промыслы, требующіе декларацiи.—Въ этомъ нѣтъ обязанности, противной принципу свободы труда: всякій, кто хочетъ заниматься этими промыслами, вполнѣ воленъ это дѣлать; но такъ какъ эти промыслы могутъ, по самой своей цѣли, сдѣлать необходимымъ нѣкоторый административный контроль, то вполнѣ законно, что законъ обязываетъ промышленника дѣлать предварительную декларацію.

Цѣлый рядъ промысловъ и видовъ торговли, которые раньше требовали разрѣшенія, нынѣ должны быть лишь

заявлены, напр.: оружейные заводы (зак. 14 авг. 1885 г.), изданіе газетъ, распространеніе газетъ и печатныхъ произведеній (ср. § 86), питейныя заведенія (зак. 17 іюля 1880 г.), театральныя антрепризы (декр. 6 янв. 1864 г.). Общества страхованія жизни не нуждаются болѣе въ разрѣшеніи правительства; но они могутъ функціонировать лишь послѣ того, какъ зарегистрированы, по ихъ просьбѣ, въ министерствѣ торговли (зак. 17 марта 1905, ст. 2. § 2). Всегда были и до сихъ поръ подчинены формальности декларації производства золотыхъ и серебряныхъ вещей (зак. 19 брюмера VI г.), эксплуатація открытыхъ рудниковъ и каменоломенъ (зак. 9 мая 1886 г. и 17 іюля 1880), пользованіе автомобильными экипажами, при чемъ требуется и свидѣтельство умѣнья со стороны кондуктора (декр. 10 марта 1899, ст. 8 и 11), торговля ядовитыми веществами (зак. 19 іюля 1845), торговля старыми вещами (зак. 17 февр. 1898 г.), профессія содержателя постоялыхъ дворовъ, гостиницъ и меблированныхъ комнатъ (Code pénal, ст. 475, 2). Во всѣхъ большихъ городахъ эта профессія подчинена строгой регламентаціи. Для Парижа см. ордонансъ 1 іюля 1905.

Промыслы, подчиненные регламентаціи.—Всякій промыселъ можетъ, конечно, быть регламентированъ закономъ, и законодатель не превышаетъ своей власти, когда, согласно принципу ст. 4 Декларації правъ, онъ ограничиваетъ занятіе тѣмъ или другимъ промысломъ съ цѣлью охранить права всѣхъ.

Уже указывались, какъ примѣръ торговли, регламентируемой законодателемъ, общества страхованія жизни и предпріятія, въ операціяхъ которыхъ играетъ роль продолжительность человѣческой жизни (зак. 17 марта 1905 г.). Необходимо также указать на аптеки (зак. 21 жерминаля XI года). Иногда законодатель требуетъ извѣстныхъ условій профессіональнаго знанія, напр., для фармацевтовъ (зак. 21 жерминаля XI года) и для врачей (зак. 19 вантоза IX года и 30 ноября 1892 г.). Правительство постоянно считало, что, кромѣ закона, оно можетъ простыми административными распоряженіями, не основывающимися ни на какомъ законѣ, регламентировать промышленность въ той мѣрѣ, въ какой это кажется ему необходи-

мымъ для обезпеченія общественнаго спокойствія, безопасности и здравія. Можно указать на ордонансъ 18 іюня 1823 г. относительно минеральныхъ водъ, законность котораго была признана постановленіемъ кассаціоннаго суда отъ 21 іюля 1875 г., и на декреты объ автомобиляхъ 10 марта 1899 г. и 10 сент. 1901 г.

Префекты и меры, въ силу ст. 91, 97 и 99 закона 5 апр. 1884 г., безусловно имѣютъ компетенцію регламентировать всѣ виды промышленности въ той мѣрѣ, въ какой эта регламентація необходима, чтобы обезпечить общественную безопасность, спокойствіе и здравіе. Эта регламентирующая власть особенно примѣняется къ тѣмъ промысламъ, которыми занимаются на общественныхъ путяхъ, и которые дѣлаютъ обращеніе къ публикѣ, какъ театры, концерты, кафе, меблированныя комнаты.

Эта регламентирующая власть правительства, префектовъ и меровъ осуществляется подъ юрисдикціоннымъ контролемъ Государственнаго совѣта. Всякій заинтересованный можетъ обжаловать регламентъ, не только по формальнымъ вопросамъ, но также и за превышеніе власти, являющееся результатомъ нарушенія свободы торговли, промышленности или собственности, и за неправильное пользованіе властью Государственный совѣтъ часто отмѣнялъ, какъ нарушающіе свободу торговли и промышленности, муниципальныя постановленія, регламентирующія извѣстные промыслы [1]). Судебныя учрежденія подъ контролемъ кассаціоннаго суда безусловно имѣютъ, въ силу ст. 471, № 15 уголовн. кодекса, право отказать въ примѣненіи регламента, какъ противнаго принципу свободы торговли и промышленности. Но по этому пункту, какъ и по многимъ другимъ, судебная практика кассаціоннаго суда гораздо менѣе охраняетъ индивидуальныя права, чѣмъ практика Государственнаго совѣта.

81. О рабочемъ договорѣ.—Повидимому, логическое послѣдствіе принципа свободы труда заключается въ томъ, что за каждымъ лицомъ должно быть признано право свободно регулировать условія, на которыхъ

---

[1]) Ср. именно рѣшенія 17 февр. 1905, *Rec.*, стр. 164; 3 марта 1905 г., *Rec.*, стр. 219; 10 марта 1905, *Rec.*, стр. 241.

оно отдаетъ внаймы свою работу другому лицу, однимъ словомъ, полная свобода рабочаго договора. Каждый, повидимому, долженъ быть свободенъ работать такъ, какъ онъ хочетъ. Слѣдовательно, статьи рабочаго договора, на первый взглядъ, должны свободно регулироваться общимъ соглашеніемъ между служащимъ и его хозяиномъ, безъ права законодателя вмѣшиваться съ цѣлью ограничить эту свободу, напримѣръ, чтобы установить максимумъ часовъ ежедневнаго труда и минимумъ ежедневной заработной платы.

Законодатели эпохи революціи ни одного мгновенія не думали, чтобы государство могло вмѣшиваться для регулированія и ограниченія статей рабочаго договора. Они довольствовались лишь (въ цитир. уже законахъ: жирондистской декларації, ст. 20; Декл. 1793 г., ст. 18; Декл. III года, ст. 15) запрещеніемъ найма услугъ на всю жизнь. Гражданскій кодексъ содержалъ лишь два короткихъ постановленія относительно рабочаго договора, ст. 1780: «Можно отдавать внаймы свои услуги лишь на время или для опредѣленнаго предпріятія», и ст. 1782: «Хозяину дается вѣра, по его слову, по вопросу о количествѣ задатка, объ уплатѣ заработной платы за текущій годъ и о забранномъ по счету за текущій годъ»; это послѣднее постановленіе было отмѣнено закономъ 2 августа 1868 г.

Первымъ закономъ, имѣвшимъ цѣлью регламентировать условія рабочаго договора, былъ законъ 22 марта 1841 г. о трудѣ дѣтей, работающихъ на мануфактурахъ, фабрикахъ и мастерскихъ. Этотъ законъ, вдохновленный очень счастливой идеей, очевидно, былъ недостаточенъ и лишенъ всякой серьезной санкціи. Поэтому онъ остался мертвой буквой. Лишь въ 1848 г., подъ вліяніемъ соціальнаго движенія, вызвавшаго и сопровождавшаго политическую революцію, были изданы первыя законодательныя постановленія, дѣйствительно регламентирующія рабочій договоръ. Декретомъ 2 марта 1848 г. временное правительство положило основы для регламентаціи труда взрослыхъ. Это было скорѣе

декларацiей принципа, чѣмъ примѣненiемъ и практическимъ постановленiемъ. Национальное Собранiе 1848 года вотировало законъ 9 сент. 1848 г., донынѣ остающiйся въ силѣ; этотъ законъ, сохраняя принципъ регламентацiи труда взрослыхъ, ограничивалъ его примѣненiе «лишь заведенiями съ механическимъ моторомъ или съ непрерывнымъ огнемъ и фабриками, имѣющими не менѣе 20 рабочихъ»; онъ ограничилъ 12 часами максимальную продолжительность рабочаго дня въ этихъ учрежденiяхъ. Этотъ законъ не былъ, собственно говоря, примѣненъ, благодаря исключенiямъ, внесеннымъ въ него декретами 17 мая 1851 г. и 31 января 1866 г., и благодаря отсутствiю персонала и инерцiи прокуратуры.

Третья республика создала цѣлое рабочее законодательство. Законъ 19 мая 1874 г. о трудѣ дѣтей и несовершеннолѣтнихъ дѣвушекъ, работающихъ въ промышленныхъ предпрiятiяхъ, очень узко опредѣляетъ условiя, при которыхъ несовершеннолѣтнiе того и другого пола могутъ быть заняты въ промышленности, и создаетъ рабочую инспекцiю, чтобы обезпечить его исполненiе. Законъ 16 февр. 1883 г. постановляетъ, что рабочiе инспектора, созданные закономъ 1874 г., будутъ обязаны обезпечивать примѣненiе закона 9 сент. 1848 г. Регламентацiя 1874 г., признанная недостаточной, была замѣнена обширнымъ закономъ 2 ноября 1892 г. о трудѣ дѣтей, несовершеннолѣтнихъ дѣвушекъ и женщинъ; этотъ законъ былъ дополненъ рядомъ декретовъ 3, 13 мая, 15 iюля 1893 г., 26 iюля 1895 г. и 29 iюля 1897 г. Чтобы ослабить трудности примѣненiя этого закона на фабрикахъ, пользующихся одновременно трудомъ женщинъ, дѣтей и взрослыхъ, и на тѣхъ, въ которыхъ работа организована по смѣнамъ, законъ 30 марта 1900 (законъ Мильерана-Койяра) постановилъ, что во всѣхъ смѣшанныхъ учрежденiяхъ продолжительность ежедневной работы для всѣхъ, женщинъ, дѣтей и взрослыхъ, должна быть не болѣе 10 часовъ, и что во всѣхъ учрежденiяхъ, за нѣкоторыми лишь исключенiями, отдыхъ будетъ даваться одновременно для всего персонала (ст. 1) [1]. Законъ 29 iюня 1905 г. ограничиваетъ

[1]) Ср. декретъ 28 марта 1902 и законъ 29 дек. 1900, устанавливающiе условiя труда для женщинъ, служащихъ въ магазинахъ, лавкахъ.

продолжительность труда горнорабочихъ, каковой не можетъ превосходить 9 часовъ; черезъ два года продолжительность рабочаго дня должна быть сведена къ $8^1/_2$ часамъ и черезъ двухлѣтній новый періодъ—къ 8 часамъ. Законъ 13 іюля 1906 г. объ еженедѣльномъ отдыхѣ запрещаетъ пользоваться болѣе 6 дней въ недѣлю трудомъ одного и того же рабочаго или служащаго въ промышленномъ или коммерческомъ предпріятіи, какого бы то ни было рода [1]). Этотъ законъ, безусловно справедливый, встрѣтилъ, однако, нѣкоторое сопротивленіе при своемъ примѣненіи [2]).

Въ декларацiи, прочитанной палатамъ 12 іюня 1906 г., правительство заявило о внесеніи законопроекта, имѣющаго цѣлью опредѣлить «обязательства и права, вытекающія изъ рабочаго договора..., и опредѣлить природу коллективнаго рабочаго договора». Этотъ проектъ былъ внесенъ въ палату 2 іюня 1906.

Опредѣляя такимъ образомъ условія труда, не нарушаетъ ли законодатель индивидуальной свободы въ одномъ изъ ея наиболѣе важныхъ проявленій?

---

[1]) См. циркуляръ министра торговли отъ 5 сент. 1906 г. относительно примѣненія закона объ еженедѣльномъ отдыхѣ. *Temps*, 10 сент. 1906 г.

[2]) Ср. законопроектъ о регламентаціи рабочаго времени, внесенный въ палату 10 іюля 1906 г. министромъ торговли Думергомъ; по этому проекту продолжительность ежедневной работы не можетъ въ принципѣ превосходить 10 часовъ. *Temps*, 3 авг. 1906 г.

Для полнаго изученія законодательства о рабочемъ договорѣ см. Pic, *Législation industrielle*, 2 изд., 1903, стр. 542 и сл. Была сдѣлана попытка кодификаціи законовъ, относящихся къ труду и вспоможенію. Въ этомъ будущемъ кодексѣ титулъ II-й книги II-й озаглавленъ *О рабочемъ договорѣ*. См. *Code du travail et de la prévoyance sociale*, кн. 1-я, *Rapport* par M. R. Jay, *Publications du ministère du commerce*, 1904 и *Jour. offic., doc. parl.*, Chamlre, ses. ord. 1905 г., стр. 51; очень интересный *Rapport* de M. Charles Benoist, объ эволюціи труда и государства, *Jour. offic., doc. parl.*, Chamlre, ses. ord. 1905, стр. 187.

Что законодатель можетъ и даже долженъ выступать съ регламентаціей дѣтскаго и женскаго труда, это признаютъ и наиболѣе убѣжденные индивидуалисты. Но, по ихъ мнѣнію, регламентируя трудъ взрослыхъ, государство безусловно превышаетъ свою власть. Каждый, говорятъ они, воленъ работать по своему желанію то число часовъ, которое ему нравится, и за ту заработную плату, которую онъ принимаетъ. Добавляютъ, что государство, выступая съ регламентаціей рабочаго договора, нарушаетъ дѣйствіе экономическихъ законовъ во вредъ даже тѣхъ, кого оно хочетъ охранить [1]).

Съ чисто-индивидуалистической точки зрѣнія, дѣйствительно, очень трудно оправдать вмѣшательство государства, регулирующаго условія договора между служащимъ и хозяиномъ. Однако нео-индивидуалисты съ Анри Мишелемъ [2]) считаютъ (ср. § 93), что въ силу самаго индивидуалистическаго принципа государство имѣетъ извѣстныя положительныя обязательства, и что, слѣдовательно, оно имѣетъ не только власть, но и обязанность помѣшать эксплуатаціи человѣка человѣкомъ и вмѣшаться, когда положенія вступающихъ въ договоръ неравны, какъ, напримѣръ, у рабочаго и у хозяина.

Для насъ безразлично, гармонируетъ ли вмѣшательство государства въ рабочіе договоры съ индивидуалистической доктриной, или нѣтъ. Но намъ кажется неоспоримымъ, что государство *можетъ*, не нарушая высшаго права, обязательнаго для него, и даже *должно*, въ силу этого самаго права, основаннаго на соціальной солидарности (ср. § 5—7), регламентировать рабочій договоръ и воспрепятствовать соотвѣтствующими постановленіями тому, чтобъ слу-

---

1) Ср. Molinari, *Les lois économiques;* Faguet, *Le libéralisme;* Herbert Spencer, *L'individu et l'Etat.*

2) Henri Michel, *De l'idée de l'État*, 1896.

жащій былъ порабощенъ нанимающимъ его, — однимъ словомъ, обезпечить равенство положенія между служащими и нанимающими ихъ, обезпечить свободное развитіе дѣятельности каждаго и объявить ничтожной всякую статью рабочаго договора, которую служащій, несомнѣнно, не принялъ бы, если бы онъ могъ свободно обсуждать условія договора, и если бы онъ не былъ обязанъ принять ихъ подъ давленіемъ матеріальной нужды. Указаніе на то, что каждый долженъ быть свободенъ работать, какъ онъ разумѣетъ, и что законодатель не въ правѣ ограничивать этой свободы, не имѣетъ цѣны, ибо свобода труда есть послѣдствіе соціальной обязанности трудиться, и поэтому никто не имѣетъ права трудиться свыше своихъ силъ (ср. § 7).

Впрочемъ, какъ очень хорошо сказалъ Шарль Бенуа, этотъ вопросъ болѣе уже не ставится: «возникаетъ другой вопросъ: какимъ образомъ трудъ, число, народъ, сдѣлавшійся государствомъ, разрѣшитъ антиномію между своей нищетой и своимъ суверенитетомъ? Какимъ образомъ не употребитъ онъ всей своей власти, чтобы разрѣшить ее путемъ законодательства...? Какъ бы тамъ ни было, нѣтъ необходимости оправдывать политическими соображеніями законодательное дѣйствіе современнаго государства въ области организаціи труда; будучи тѣмъ, что оно есть, оно не можетъ не дѣйствовать... По правдѣ сказать, это вопросъ мѣры и только вопросъ мѣры» [1]).

Слѣдуетъ добавить, что, параллельно законодательному дѣйствію, въ рабочемъ договорѣ совершается глубокая трансформація. Какъ принято теперь говорить, рабочій договоръ стремится перестать быть *индивидуальнымъ* договоромъ, чтобы сдѣлаться *коллективнымъ*. Это значитъ, что рабочій договоръ перестаетъ быть соглашеніемъ, заклю-

---

[1]) Указанный докладъ о кодексѣ труда, *Journ. offic., doc. parl.*, Chamlre, sess ord. 1905, стр. 207 и 208.

чаемымъ между индивидами, регулирующими съ общаго согласія и для себя взаимныя обязанности и права, и дѣлается соглашеніемъ между двумя соціальными группами, устанавливающимъ заранѣе подъ контролемъ государства нормы, которыя должны примѣняться ко всѣмъ тѣмъ, кто является въ опредѣленномъ видѣ промысла служащимъ или нанимателемъ. Въ дѣйствительности, рабочій договоръ въ собственномъ смыслѣ слова стремится исчезнуть: положеніе хозяина и рабочаго перестаетъ быть договорнымъ и субъективнымъ положеніемъ и переходитъ въ объективное и регламентированное положеніе. Это выраженіе «коллективный договоръ», съ нѣкотораго времени сдѣлавшееся моднымъ, совершенно не точно; оно обозначаетъ юридическій феноменъ, совершенно противоположный договору [1]).

Министерская декларація отъ 12 іюня 1906 заявила о внесеніи законопроекта, «опредѣляющаго природу коллективнаго рабочаго договора». Этотъ проектъ былъ внесенъ 2 іюля 1906 въ палату депутатовъ Думергомъ. Въ изложеніи мотивовъ мы читаемъ: «Коллективное рабочее соглашеніе не составляетъ рабочаго договора, а опредѣляетъ общія условія, которымъ должны удовлетворять индивидуальные рабочіе договоры, заключаемые между служащими и нанимателями, составляющими стороны въ соглашеніи» [2]). Формула вполнѣ точна.

82. Свобода мнѣнія. — Авторы, писавшіе, что индивидуалистическая и либеральная доктрина Декларації правъ 1789 г. (см. выше, § 71) имѣла свой

---

[1]) См. Larouzé, *De la représentation des intérêts collectifs*, 1905; Truchy, *Revue d'économie politique*, 1905, стр. 858; E. Bourdon, *Des contrats d'utilité générale passés au profit d'une collectivité (contrats syndicaux et municipaux)*, 1905; Lewandowski, *Revue polit. et parl.*, 10 іюля 1906, стр. 111; труды и пренія Société d'études législatives, *Bulletin*, 1905, стр. 73 и сл., 94 и сл., 153 и сл., 209 и 243 и сл., 1906, стр. 358.

[2]) *Temps*, 4 іюля 1906.

источникъ въ *Общественномъ договорѣ* Ж.-Ж. Руссо, очевидно, не читали слѣдующаго мѣста: «Существуетъ символъ чисто-гражданской вѣры, статьи котораго надлежитъ установлять суверену, не какъ догматы религіи, а какъ чувства общественности, безъ которыхъ невозможно быть ни хорошимъ гражданиномъ, ни вѣрнымъ подданнымъ. Не будучи въ состояніи принудить кого бы то ни было вѣрить имъ, можно изгнать изъ государства того, кто имъ не вѣритъ; можно изгнать не какъ нечестиваго, но какъ не общественнаго, какъ неспособнаго искренно любить законы и справедливость, принести въ жертву, въ случаѣ нужды, свою жизнь своему долгу. Если кто-нибудь, послѣ того какъ публично призналъ эти самые догматы, ведетъ себя, какъ невѣрующій въ нихъ, то онъ долженъ быть наказанъ смертью; онъ совершилъ величайшее къ преступленій: онъ солгалъ передъ законами» (кн. IV, гл. 8). Въ этомъ заключается утвержденіе, что государство можетъ сдѣлать извѣстную доктрину обязательной для признанія со стороны гражданъ, подъ страхомъ изгнанія или смерти; это — идеалъ якобинцевъ; это, однако, антиподъ принципа свободы мнѣній, формулированнаго въ Декларацiи правъ 1789 г. въ ясныхъ словахъ: «Никто не долженъ быть обезпокоенъ за свои мнѣнія, даже и за религіозныя, лишь бы только ихъ проявленіе не нарушало общественнаго порядка, установленнаго закономъ» (ст. 10). Хотя ни одно правительство не нанесло болѣе тяжелыхъ ударовъ свободѣ мнѣнія, чѣмъ Конвентъ, однако онъ утверждалъ принципъ ея въ очень энергическихъ выраженіяхъ: «Право проявлять свою мысль и свои мнѣнія... не можетъ быть запрещено. Необходимость за-

являть объ этихъ правахъ предполагаетъ или наличность или свѣжее воспоминаніе о деспотизмѣ» (Декл. 1793, ст. 7.—Ср. Конст. III г., ст. 353).

Утверждая свободу мнѣнія, подъ нею не разумѣютъ только утвержденіе неприкосновеннаго права каждаго думать и вѣрить внутренно такъ, какъ онъ хочетъ, но также и право выражать внѣшне и публично словомъ или писаніемъ то, что онъ думаетъ, или то, чему онъ вѣритъ. Законодатель не можетъ устанавливать свѣтскаго символа вѣры, какъ того хотѣлъ Руссо, и подчинять возможность выражать мнѣніе соотвѣтствію этого мнѣнія этому символу вѣры. Мысль должна быть независима отъ всякой нормы, установленной государствомъ; каждый можетъ думать и вѣрить, чему онъ хочетъ; свобода вѣрить должна быть настолько же полной, какъ и свобода не вѣрить, и каждый долженъ имѣть возможность свободно выражать, безъ предварительнаго разрѣшенія, все, что онъ думаетъ, все, чему онъ вѣритъ. Эта свобода имѣетъ лишь одну границу, и притомъ всегда одну и ту же: уваженіе свободы другого. Выраженіе мнѣнія должно быть подавляемо только тогда, «когда оно нарушаетъ общественный порядокъ, установленный закономъ» (Декл. 1789, ст. 10). Нарушая общественный порядокъ, установленный закономъ, оно нарушаетъ тѣмъ самымъ свободу и безопасность всѣхъ.

Хотя это можетъ показаться невѣроятнымъ, законодатель въ нѣкоторыя эпохи не колебался проникнуть въ неприкосновенную область внутренней совѣсти и принимать мѣры строгости не только противъ проявленія мнѣній, противныхъ общественному порядку, но также и противъ политическихъ, философскихъ или религіозныхъ мнѣній, приписываемыхъ по подозрѣнію тому или другому лицу. Законъ о *подозрительныхъ* въ эпоху революціи вытекалъ изъ этой мысли.

Именно указанное выше мѣсто изъ *Общественнаго договора* непосредственно вдохновило законъ 17 сент. 1793 г., постановившій, что тотчасъ же «всѣ подозрительныя лица, находящіяся на территоріи республики и еще пользующіяся свободой, будутъ арестованы», и что «подозрительными лицами называются тѣ, кто своимъ поведеніемъ, своими отношеніями или своими заявленіями или писаніями выказали себя сторонниками тираніи или федерализма и врагами свободы».

Свобода мнѣнія, прямое послѣдствіе автономности человѣческой личности, заключаетъ въ себѣ право свободно и безъ разрѣшеній выражать устно или письменно въ той мѣрѣ, въ какой это не нарушаетъ общественнаго порядка, установленнаго закономъ, и свободы другихъ, помышленія философскія, научныя или религіозныя мнѣнія. Въ силу этого она заключаетъ въ себѣ свободу собраній, свободу обученія, свободу прессы и свободу петицій. Хотя эти послѣднія являются раціональнымъ послѣдствіемъ свободы мнѣній, утвержденной въ 1789 г., хотя онѣ освящены Декларацією 1789 г. и конституцією 1791 г., однако лишь послѣ долгихъ усилій эти четыре свободы были организованы положительнымъ закономъ, а одна изъ нихъ, свобода обученія, встрѣтила недавно ярыхъ противниковъ. Какъ бы тамъ ни было, въ настоящее время наши французскіе законы признаютъ и гарантируютъ свободу мнѣнія въ ея различныхъ проявленіяхъ (ср. §§ 83—87).

Существуетъ, однако, одинъ способъ публичнаго проявленія мысли, который, по странной аномаліи, еще до сихъ поръ подчиненъ полицейскому режиму: это театръ. Драматическое произведеніе, какого бы оно рода ни было, есть продуктъ мысли; оно имѣетъ цѣлью не только быть напечатаннымъ, но, главнымъ образомъ, быть представленнымъ предъ публикой. Между тѣмъ оказывается, что печатаніе

театральныхъ пьесъ абсолютно свободно, что публичное собраніе, чтобы выслушать лекцію или пренія по какому-нибудь вопросу также абсолютно свободно, но что, напротивъ, публичное собраніе, чтобы выслушать представленіе театральнаго произведенія, не свободно, а подчинено предварительному разрѣшенію администраціи, и что эта послѣдняя можетъ даже, послѣ разрѣшенія представленія, дискреціонно взять обратно разрѣшеніе и запретить продолженіе представленій. Этотъ полицейскій режимъ подвергался постоянной критикѣ; очень часто требовали его уничтоженія и примѣненія чисто-репрессивнаго режима; de facto онъ примѣняется умѣренно; de jure онъ продолжаетъ существовать.

Законъ 19 января 1791 г., согласно принципамъ Декларації правъ, гласилъ, что «всякій гражданинъ можетъ сооружать публичный театръ и представлять въ немъ пьесы всѣхъ родовъ, заявляя объ этомъ муниципалитету..., что антрепренеры или члены различныхъ театровъ будутъ, въ силу ихъ положенія, подъ постояннымъ надзоромъ муниципалитетовъ, *которые не могутъ ни пріостановить, ни запретить представленій пьесъ, а лишь подвергнуть отвѣтственности авторовъ и актеровъ*». Декретомъ 2 августа 1793 г. Конвентъ предписалъ періодическія представленія на парижскихъ театрахъ республиканскихъ пьесъ и постановилъ, что «всякій театръ, на которомъ будутъ представлены пьесы, стремящіяся извратить общественное сознаніе и возродить постыдный предразсудокъ королевской власти, будетъ закрытъ, а его директора арестованы и наказаны по строгости законовъ» (Ср. законъ 14 августа 1793 г.) Исходя изъ этого прецедента, Директорія, указомъ отъ 25 плювіоза IV года, подчинила театръ строгому полицейскому режиму.

8 іюня 1806 г. былъ изданъ Наполеономъ I декретъ относительно театровъ, который до 1864 г. регулировалъ полицейскій режимъ, которому они были подчинены. Ни одинъ театръ не можетъ быть открытъ въ Парижѣ безъ разрѣшенія правительства; репертуаръ Большой оперы, Французской комедіи и Комической оперы устанавливается министромъ внутреннихъ дѣлъ, и никакой другой театръ не можетъ представлять въ Парижѣ пьесъ, входящихъ въ репертуаръ указанныхъ театровъ, безъ ихъ разрѣшенія. Министръ нутреннихъ дѣлъ можетъ указать каждому театру тотъ родъ

спектаклей, котораго онъ долженъ придерживаться. Въ большихъ городахъ театры сводятся до двухъ; въ другихъ городахъ можетъ быть только по одному. Всѣ должны быть снабжены разрѣшеніемъ префекта. Всѣ театральныя пьесы подчиняются предварительной цензурѣ административной власти (ст. 14). Театральная цензура существовала въ такомъ видѣ при реставраціи. Въ 1830 г. она была уничтожена, по крайней мѣрѣ, теоретически, въ силу ст. 7, § 2 Хартіи 1830 г.; но декретъ 8 іюня 1806 г. продолжаетъ существовать во всемъ своемъ содержаніи, и въ силу его постановленій правительство не поколебалось запретить нѣкоторыя пьесы, напр., *Roi s'amuse* Виктора Гюго, на другой день послѣ перваго представленія. Законъ 9 сентября 1835 г. далъ законодательное освященіе полицейскому режиму, которому были подчинены театры. Отвергнувши поправку Феликса Піа, собраніе 1848 г. вотировало законъ, предложенный ея комиссіей, которымъ запрещалась лишь цензура прессы (конст. 1848, ст. 8, § 3). Законъ 30 іюля 1850 г. снова освящаетъ полицейскій режимъ, которому подчинены драматическія пьесы: «До тѣхъ поръ, пока общій законъ окончательно не постановитъ относительно театральной полиціи, ни одно драматическое произведеніе не можетъ быть представлено безъ предварительнаго разрѣшенія министра внутреннихъ дѣлъ въ Парижѣ и префекта въ департаментахъ. Это разрѣшеніе всегда можетъ быть взято обратно по соображеніямъ общественнаго порядка» (ст. 1). Этотъ законъ былъ изданъ лишь на одинъ годъ. Законъ 30 іюля 1851 г. продолжилъ этотъ срокъ до 31 декабря 1852 г. Декретъ 30 декабря 1852 г. окончательно удержалъ постановленіе закона 30 іюля 1850 г. Впрочемъ, императорскій декретъ отъ 8 іюня 1806 г. остался въ общемъ неприкосновеннымъ.

Декретъ 6 января 1864 г. установилъ свободу театральныхъ антрепризъ, но сохранилъ предварительную цензуру пьесъ и право административной власти дискреціонно запрещать всякое представленіе. «Всякое драматическое произведеніе, предназначенное къ постановкѣ, должно быть разсмотрѣно и разрѣшено министромъ изящныхъ искусствъ для парижскихъ театровъ, префектомъ для провинціальныхъ театровъ. Это разрѣшеніе всегда можетъ быть взято обратно по соображеніямъ общественнаго порядка» (Декр. 6 января 1864 г., ст. 3).

Это постановленіе никогда не было отмѣнено и, слѣдовательно, продолжаетъ оставаться въ силѣ. Такимъ образомъ, послѣ 37 лѣтъ существованія республики, одно изъ наиболѣе высшихъ проявленій мысли подчинено полицейскому режиму, установленному императорскимъ правительствомъ. Правда, декретомъ правительства національной обороны отъ 31 сент. 1870 г. была уничтожена комиссія для разсмотрѣнія драматическихъ произведеній; такимъ образомъ, былъ уничтоженъ органъ, посредствомъ котораго осуществлялось право предварительной цензуры, принадлежавшее административной власти. Но ст. 3 декрета отъ 6 января 1864 г. не была отмѣнена. Декретъ отъ 2 февр. 1874 г. возстановилъ комиссію для разсмотрѣнія пьесъ. Съ тѣхъ поръ часто и усиленно требовали уничтоженія этой комиссіи и свободы драматическихъ представленій. Въ 1898 г. комиссія палаты депутатовъ открыла анкету объ уничтоженіи комиссіи для разсмотрѣнія пьесъ. Даже конгресъ противъ порнографіи, состоявшійся въ 1905 году въ Бордо, потребовалъ отмѣны предварительнаго просмотра драматическихъ произведеній. Въ бюджетѣ 1906 былъ уничтоженъ кредитъ, назначенный на вознагражденіе комиссіи для просмотра драматическихъ произведеній [1]).

Ст. 3 декрета 6 янв. 1864 г. остается не отмѣненной. Пока этотъ законъ останется, административная власть сохранитъ свое право запретить заранѣе, дискреціонно, публичное представленіе пьесы и такъ же дискреціонно взять обратно уже данное, молчаливо или спеціально, разрѣшеніе, и выраженіе мысли въ театральной формѣ останется подчиненнымъ предварительному и дискреціонному полицейскому режиму, что есть очевидное нарушеніе свободы мысли. Эта свобода, по истинѣ, будетъ уважаться лишь тогда, когда всякая пьеса будетъ представляться безъ какого-нибудь возможнаго запрещенія со стороны админи-

[1]) См. декларацію Дюжардена-Бомеца, младшаго государственнаго секретаря по изящнымъ искусствамъ. Палата, 2-е засѣданіе 15 февр. 1906 г.

стративной власти, съ единственной уголовной и гражданской судебной отвѣтственностью автора, директора и актеровъ.

83. Свобода собраній. — Свобода мнѣнія заключаетъ въ себѣ свободу выражать свою мысль словомъ и, слѣдовательно, свободу созывать собранія людей, гдѣ эта мысль будетъ публично изложена. Свобода мнѣнія заключаетъ въ себѣ право собраній. Не безполезно тотчасъ же предупредить противъ смѣшенія, которое иногда дѣлалось самимъ законодателемъ, между собраніемъ и обществомъ. Собраніе есть временное соединеніе въ одномъ мѣстѣ многихъ лицъ для того, чтобы выслушать изложеніе мнѣній одного изъ нихъ, съ преніями или безъ преній. Собраніе временно и не имѣетъ другой цѣли, кромѣ изложенія мнѣнія или разсказа. Общество, по самому опредѣленію, данному ему закономъ 1 іюля 1901 г., есть «соглашеніе, въ силу котораго два или нѣсколько лицъ соединяютъ сообща постояннымъ образомъ свои знанія или свою дѣятельность, но не съ цѣлью раздѣла прибыли» (ст. 1; ср. § 90). Общество заключаетъ въ себѣ правовое отношеніе между всѣми сочленами, цѣль, преслѣдуемую сообща, и нѣкоторый характеръ постоянства,—всего этого не имѣется въ собраніи. Въ нѣкоторыя эпохи и въ частности во время революціи образовывались соединенія, которыя составляли нѣчто среднее между обществомъ и собраніемъ,—именно *клубы*. Съ точки зрѣнія права, клубы суть общества, образованныя съ цѣлью періодически вызывать политическія собранія. Такъ какъ въ клубѣ характеръ собранія является господствующимъ, то мы скажемъ о нихъ въ этомъ параграфѣ.

По самимъ принципамъ Декларації правъ, законодатель не можетъ издать ни одного закона, который воспрепятствовалъ бы гражданамъ соединяться, чтобы выслушать изложеніе мнѣнія, разсказа или для обсужденія вопросовъ какого бы то ни было характера. Законодатель не только не можетъ издать никакого закона, препятствующаго гражданину принимать у себя по личному приглашенію нѣкоторое число лицъ, ибо это есть право частнаго собранія и послѣдствіе индивидуальной свободы и неприкосновенности жилища. Но законодатель не можетъ также издать никакого закона, запрещающаго или ограничивающаго право, которое должно принадлежать всякому, созывать публику на собранія, открытыя для всѣхъ, безплатно или за какую-нибудь плату. Законодатель можетъ только установить мѣры, чтобы эти собранія не нарушали свободы другихъ, общественной безопасности и спокойствія. Напримѣръ, онъ можетъ требовать предварительной декларації; но онъ не можетъ подчинить публичное собраніе предварительному разрѣшенію. Онъ можетъ и даже долженъ запрещать собранія на общественномъ пути, такъ какъ они мѣшаютъ движенію публики; законодатель можетъ и долженъ ограничивать свободу каждаго, чтобы охранить свободу всѣхъ. Наконецъ, онъ въ правѣ позаботиться о томъ, чтобы проступки, могущіе быть совершенными въ публичныхъ собраніяхъ, были констатированы и наказаны. Если онъ переступаетъ эту границу, онъ превышаетъ свою власть; онъ нарушаетъ свободу собранія. Законъ 30 іюня 1881 г. о свободѣ собраній, дѣйствующій по настоящее время, сообразуется съ этими принципами. Онъ является результатомъ долгихъ усилій и борьбы.

Ст. 11 Декларації правъ 1789 г. освящаетъ хотя и косвенно, но опредѣленно принципъ свободы собраній. «Свободное общеніе мыслей и мнѣній есть одно изъ драгоцѣннѣйшихъ правъ человѣка; поэтому всякій гражданинъ можетъ *свободно*... говорить, отвѣчая лишь за злоупотребленіе этою свободою въ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ». Это все тотъ же существенный и глубоко справедливый принципъ свободы, ограниченной отвѣтственностью каждаго по отношенію ко всѣмъ. Согласно этому принципу, въ конституціи 1791 г. было сказано: «Конституція гарантируетъ, какъ естественныя и гражданскія права..., свободу гражданъ мирно и безъ оружія собираться, не нарушая при этомъ полицейскихъ законовъ»... (тит. I, § 2) [1].

Въ дѣйствительности, во время всей революціи, политическія собранія происходили свободно, хотя, по правдѣ сказать, закона о свободѣ собраній не было. Эти собранія созывались клубами, офиціально признанными декларацією Собранія 13—19 ноября 1790 г. Законъ 19—22 іюля 1791 г. обязалъ основателей клубовъ дѣлать предварительно, въ канцелярію своего муниципалитета, заявленіе о мѣстѣ и днѣ своихъ собраній. Рядъ постановленій смѣняетъ другъ друга до закона 6 фруктидора III года, именно, законы 29 сент. 1791 г., 25 іюля 1793, 9 брюмера II г., запретившій женскіе клубы, 25 вендемьера III г., запретившій союзы и лиги различныхъ обществъ. Конвентъ, различныя партіи котораго долгое время опирались на клубы, кончилъ тѣмъ, что нашелъ ихъ стѣснительными, послѣдствіемъ чего были ст. 361 и 362 конституціи III года и законъ 6 фруктидора III года, изданный на основаніи доклада комитетовъ общественнаго спасенія, всеобщей безопасности и законодательствъ и гласящій: «Всякое собраніе, извѣстное подъ именемъ *клуба* или *народнаго общества*, распускается; поэтому залы, гдѣ происходятъ засѣданія указанныхъ обществъ, будутъ тотчасъ же закрыты».

Конституціи III и VIII года, хартіи 1814 и 1830 г. не содержатъ никакого постановленія относительно права собра-

---

[1]) Ср. Деклар. правъ 1793 г., ст. 7; конст. 1793, ст. 122; конст. 1848, ст. 8.

ній. Уголовный кодексъ, имѣя въ виду въ частности клубы и созываемыя ими собранія, постановляетъ, «что никакое общество болѣе 20 лицъ, цѣль которыхъ собираться ежедневно или по опредѣленнымъ днямъ для занятія религіозными, политическими, литературными или другими предметами, не можетъ образоваться безъ разрѣшенія правительства и на тѣхъ условіяхъ, которыя будетъ угодно публичной власти поставить обществу» (ст. 291). По мысли авторовъ кодекса, этотъ текстъ одновременно имѣлъ въ виду общества и собранія. Только при іюльскомъ правительствѣ было сдѣлано отчетливое разграниченіе. Въ моментъ вотированія закона 10 апрѣля 1834 г., который еще болѣе отягчалъ постановленія ст. 291 и 292 уголовнаго кодекса, президентъ Дюпенъ, резюмируя пренія, заявилъ, что законъ примѣняется къ *обществамъ*, а не къ *собраніямъ* [1]). По мнѣнію де-Серриньи, писавшаго въ ту эпоху, ст. 291 и 292 уголовнаго кодекса и законъ 10 апр. 1834 г. примѣняются лишь къ обществамъ, а не къ собраніямъ. Ссылаясь на § 3, тит. I конст. 1791 г., онъ заявляетъ, «что не существуетъ закона, который запрещалъ бы, въ качествѣ предупреждающей мѣры, право собираться». Но де-Серриньи считалъ, что въ силу общихъ полицейскихъ полномочій, данныхъ закономъ 22 дек. 1789 г. (тит. III, ст. 2) и закономъ 16—24 авг. 1790 (тит. XI, ст. 3), административная власть можетъ принять по отношенію къ собраніямъ всякія полицейскія мѣры, которыя, по ея мнѣнію, диктуетъ ей общественное спокойствіе, и даже принять предупредительныя мѣры, «т.-е. запретить публичныя собранія, предполагаемыя опасными, или подчинить ихъ предварительному разрѣшенію» [2]). При этихъ условіяхъ, теоретически, быть-можетъ, и существовало право собраній, но, въ дѣйствительности, оно было предоставлено на произвольную оцѣнку правительства. Именно, ссылаясь на свои общія полицейскія полномочія, правительство запретило въ февралѣ 1848 г. банкетъ 12 парижскаго участка, что было случайной причиной революціи 1848 г.

---

1) Sirey, *Lois annotées*, 1830—48, стр. 229.

2) Serrigny, *Traité du droit public des français*, 1846, стр. 489—490.

Республика, вышедшая изъ революціи 1848 г., была обязана признать, гарантировать и регламентировать право собраній, которое, провозглашенное въ 1791 г., еще не было обезпечено гражданамъ устойчивымъ и нормальнымъ образомъ. Обстоятельства не позволили ей этого. Въ своей прокламаціи 19 апрѣля 1848 г. временное правительство говорило: «республика живетъ свободой и обсужденіемъ. Клубы являются для республики потребностью, для гражданъ—правомъ». Но іюньское возстаніе вызвало со стороны Національнаго Собранія рядъ запретительныхъ мѣръ и особенно законъ 28 іюля 1848 г., который дозволилъ собранія, но запретилъ тайныя общества. Однако конституція 1848 г. признала за гражданами «право... мирно и безъ оружія собираться»... (ст. 8). Несмотря на эту пышную декларацію, законъ 19 іюля 1849 г. дозволилъ правительству въ теченіе года, слѣдующаго за его обнародованіемъ, запрещать клубы и другія публичныя собранія, которыя могутъ нарушить общественную безопасность. Постановленія этого закона были отсрочены до 22 іюня 1851 г. закономъ 6 іюня 1850 г., дозволившимъ также правительству запрещать выборныя собранія, которыя могли бы нарушать общественную безопасность. Примѣненіе этихъ двухъ законовъ было отсрочено до 22 іюня 1852 г. закономъ 31 іюня 1851 г.

Послѣ государственнаго переворота, декретъ 25 марта 1852 г. объявилъ отмѣненнымъ законъ 28 іюля 1848 г., за исключеніемъ ст. 13, запрещавшей тайныя общества. Тотъ же декретъ постановилъ, что ст. 291, 292 и 294 уголовнаго кодекса и ст. 1—3 закона 10 апрѣля 1834 г. будутъ примѣняться къ

публичнымъ собраніямъ, какого бы характера они ни были. Это значило отожествить собранія съ обществами и уничтожить свободу собраній подобно тому, какъ была запрещена свобода ассоціацій.

Когда во вторую половину царствованія Наполеона III, правительство, подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія, вступило на путь либеральныхъ реформъ, законъ 6 іюля 1868 г. далъ нѣкоторую долю свободы собраній. Ст. 1 уничтожила, въ принципѣ, для публичныхъ собраній полицейскій режимъ: «Публичныя собранія могутъ происходить *безъ предварительнаго разрѣшенія* подъ условіями, предписанными въ слѣдующихъ статьяхъ»... Этими условіями были предварительное заявленіе префекту или су-префекту, подписанное 7 лицами, при чемъ собраніе могло имѣть мѣсто лишь три дня спустя. Административный или судебный чиновникъ могъ всегда присутствовать на собраніи и распустить его, если бюро допускало обсужденіе вопроса, чуждаго предмету собранія, или если собраніе дѣлалось шумнымъ. Но § 2 ст. 1 заключалъ важное ограниченіе свободы собраній: «Публичныя собранія,—было въ ней сказано, — имѣющія предметомъ обсужденіе политическихъ или религіозныхъ вопросовъ, продолжаютъ подчиняться этому разрѣшенію (административной власти)». Надо добавить, что во время избирательнаго періода выборныя собранія и, слѣдовательно, политическія могли происходить безъ разрѣшенія, въ періодъ времени отъ декрета о созывѣ избирателей до пятаго дня передъ голосованіемъ; достаточно было простой декларації; и собраніе могло происходить въ дневной срокъ послѣ заявленій; но на этомъ собраніи могли присутствовать

лишь кандидаты и избиратели округа. Наконецъ, ст. 13 удержала дискреціонную власть за административною властью. «Префектъ полиціи въ Парижѣ, префекты въ департаментахъ могутъ отсрочить всякое собраніе, которое, по ихъ мнѣнію, можетъ нарушить порядокъ или нанести ущербъ общественной безопасности. Запрещеніе собранія можетъ быть произведено лишь рѣшеніемъ министра внутреннихъ дѣлъ». Прежнія постановленія о клубахъ остались въ силѣ (ст. 14).

Этотъ законъ представлялъ прогрессъ по сравненію съ предшествовавшимъ законодательствомъ; но ясно, что и онъ не организовалъ свободы собраній, такъ какъ въ силу ст. 13 онъ ее ставилъ въ зависимость отъ усмотрѣнія административной власти. Онъ остался, однако, въ силѣ до закона 30 іюня 1881 г.; этотъ послѣдній былъ первымъ закономъ, дѣйствительно, организовавшимъ право собраній, и онъ до сихъ поръ остается въ силѣ. Ст. 1 гласитъ: «Публичныя собранія свободны. Они могутъ происходить безъ предварительнаго разрѣшенія». *A fortiori* они не могутъ быть запрещены заранѣе административною властью. Таковъ принципъ. Однако публичныя собранія подчинены извѣстной регламентаціи, составляющей гарантію какъ для гражданъ, такъ и для правительства. Собранія не могутъ происходить на публичномъ пути; они не могутъ продолжаться позже часа, установленнаго для закрытія публичныхъ учрежденій. Всякому публичному собранію должно предшествовать заявленіе, указывающее мѣсто, день и часъ собранія, поданное въ Парижѣ префекту полиціи, въ главныхъ мѣстахъ департаментовъ—префекту, въ главныхъ мѣстахъ участ-

ковъ—субъ-префекту и въ другихъ общинахъ—меру; заявленіе должно быть подписано двумя лицами, изъ которыхъ одно, по крайней мѣрѣ, живетъ въ общинѣ. Еще болѣе широкія постановленія выработаны для избирательныхъ собраній; собраніе можетъ произойти черезъ два часа послѣ заявленія (ст. 3 и 5). На всякое собраніе можетъ быть посланъ административный или судебный чиновникъ, обыкновенно меръ или полицейскій комиссаръ; онъ выбираетъ въ немъ мѣсто; онъ можетъ распустить собраніе; но законъ, желая избѣжать произвольныхъ распущеній, постановляетъ (ст. 9), что онъ можетъ распустить собраніе только тогда, когда объ этомъ потребуетъ бюро, или когда произойдутъ столкновенія и драка. Ст. 7, вотированная послѣ очень долгихъ и очень оживленныхъ преній, гласила: «клубы остаются запрещенными» [1]).

84. Свобода преподаванія.—Вопросъ о свободѣ преподаванія, до сихъ поръ живо дебатируемый, представляется въ условіяхъ особенно сложныхъ. Прежде всего важно различать нѣкоторые смежные вопросы, но въ то же время вполнѣ отличные. Должно ли государство само выступать съ организаціей преподаванія или оно должно предоставить эту заботу единственно иниціативѣ частныхъ лицъ, индивидовъ или ассоціацій, оставивши за собой лишь право контроля и надзора надъ этимъ частнымъ преподаваніемъ? Должно ли государство обезпечить за всѣми возможность получить безплатно минимумъ образованія? Или,

---

1) Ср. указанные законъ 28 іюля 1848 г., 19 іюня 1849 г., 6 іюля 1850 г., 21 іюня 1851 г. и 25 марта 1852 г. Постановленіе ст. 7 было отмѣнено ст. 21 закона 1 іюля 1901 г. объ ассоціаціяхъ.

если пользоваться обычной формулой, должно ли государство организовать безплатное первоначальное преподаваніе? Извѣстно, что во Франціи государство даетъ не только первоначальное, но и среднее и высшее обученіе, и что по закону 16 іюня 1881 г. первоначальное государственное образованіе вполнѣ безплатно (ср. § 93).

Долго и очень оживленно дебатировался другой вопросъ: должно ли государство дѣлать обязательнымъ для всѣхъ извѣстный минимумъ образованія? Можетъ ли государство, не нарушая принципа индивидуальной свободы, объявить первоначальное образованіе обязательнымъ для всѣхъ? Принципъ обязательнаго первоначальнаго образованія для всѣхъ дѣтей въ возрастѣ отъ 6 до 13 лѣтъ былъ формулированъ и организованъ законами 28 марта 1882 г. (особенно ст. 4) и 30 окт. 1886 г., установившими въ то же время, какъ логическое послѣдствіе, свѣтскій характеръ первоначальнаго государственнаго образованія.

Послѣдовательные индивидуалисты постоянно отвергали обязательность образованія, какъ противную свободѣ, въ частности свободѣ отца семьи. Ее не захотѣли внести въ важный законъ 28 іюля 1833 г., впервые освятившій свободу первоначальнаго образованія. Во время обсужденія закона 1882 г. возраженія были робки. Однако принципъ обязательности подвергся нападенію, какъ противный свободѣ, со стороны де-ла-Бассетьера и монсиньора Фреппеля (засѣданія 4 и 14 декабря 1880 г.). Принципъ обязательности былъ вотированъ очень значительнымъ большинствомъ. Правительство могло сказать въ своемъ изложеніи мотивовъ: «Мы боялись бы впасть въ анахронизмъ, остановившись на отжившихъ софизмахъ, противопоставляемыхъ нѣкогда принципу обязательности»... И Поль Бертъ, докладчикъ въ палатѣ, вполнѣ справедливо закончилъ свою рѣчь словами: «Если кто-нибудь скажетъ вамъ, что все это революціонныя мечтанія, угрозы свободѣ и угрозы религіи, вы отвѣтите, что эти постановле-

нія уже давно внесены въ кодексы націй, одновременно и наиболѣе консервативныхъ, и наиболѣе свободныхъ, и наиболѣе религіозныхъ» (засѣданіе 4 дек. 1880 г.).

По нашему мнѣнію, нисколько не противорѣчитъ индивидуалистическимъ принципамъ то, что государство дѣлаетъ обязательнымъ для всѣхъ извѣстный минимумъ образованія. Государство не можетъ издавать ни одного закона, могущаго помѣшать свободному физическому, умственному и нравственному развитію индивида. Между тѣмъ очевидно, что государство не нарушаетъ этого принципа, дѣлая обязательнымъ для всѣхъ этотъ минимумъ образованія, такъ какъ это образованіе есть необходимое условіе развитія индивидуальной дѣятельности. Съ другой стороны, далѣе будетъ видно, что если отецъ семейства имѣетъ право выбирать учителей для своихъ дѣтей, то потому, что онъ обязанъ обезпечить имъ образованіе. Слѣдовательно, устанавливая обязательное обученіе, государство даетъ лишь позитивную санкцію обязанности, возлагаемой правомъ на отца семейства. Единственный вопросъ, который можетъ быть серьезно поставленъ, заключается въ томъ, обязано ли юридически государство издать законъ, устанавливающій обязательное образованіе; этотъ вопросъ составляетъ часть болѣе общаго вопроса о томъ, имѣетъ ли государство по отношенію къ своимъ подданнымъ положительныя обязанности, и каковы эти обязанности (ср. § 93). Государство безспорно можетъ установить обязательное обученіе. Оно только въ томъ случаѣ превысило бы свои полномочія, если бы оно сдѣлало для всѣхъ обязательнымъ преподаваніе лишь нѣкоторыхъ опредѣленныхъ учителей, выбранныхъ имъ, и это насъ приводитъ

къ вопросу о свободѣ преподаванія въ собственномъ смыслѣ слова.

Самый вопросъ о свободѣ преподаванія сложенъ. Онъ заключаетъ въ себѣ, по крайней мѣрѣ, два вопроса, которые, безъ сомнѣнія, взаимно дополняютъ другъ друга, но которые слѣдуетъ, однако, различать. Есть вопросъ о правѣ преподаванія и вопросъ о правѣ обученія. Вопросъ о правѣ преподаванія заключается въ слѣдующемъ: имѣетъ ли каждый индивидъ, въ качествѣ такового, право преподавать другимъ публично, даромъ или за плату, то, что онъ знаетъ, или полагаетъ, что онъ знаетъ? Обязано ли государство не издавать никакого закона, который ограничивалъ бы это право индивидовъ? Вопросъ о правѣ обученія нисколько не заключается въ томъ, имѣетъ ли всякій индивидъ право учиться тому, чему онъ хочетъ; это право, безспорно, существуетъ. Вопросъ заключается въ томъ, имѣетъ ли каждый индивидъ право свободно выбирать учителей, какихъ ему угодно, при чемъ государство не можетъ внести никакихъ ограниченій въ эту область. Не могло бы быть никакого сомнѣнія въ положительномъ отвѣтѣ, если бы вопросъ ставился только о взрослыхъ индивидахъ, которые, будучи сознающими вполнѣ и свободными въ своихъ дѣйствіяхъ, разумѣется, могутъ учиться тому, чему хотятъ, отъ учителей своего собственнаго выбора. Но настоящій вопросъ представляетъ особенныя трудности, потому что тотъ, кто желаетъ учиться, есть въ большинствѣ случаевъ дитя, матеріально и морально не имѣющее возможности само выбирать своихъ учителей. Дитя живетъ въ семьѣ; родительская власть, хотя и значительно ослабленная, еще существуетъ и будетъ существовать, пока

сохранится семья и пока будетъ признаваема обязанность отца кормить и воспитывать своихъ дѣтей. Настоящій вопросъ заключается, слѣдовательно, въ томъ, имѣетъ ли право отецъ семейства поручать обученіе своихъ дѣтей тѣмъ учителямъ, какіе ему угодны. Можетъ ли государство издавать законы, которые ограничили бы эту свободу выбора?

Таковы два вопроса, правда, различные, но тѣсно зависящіе одинъ отъ другого. Если бы сказали: всякій индивидъ имѣетъ право обучать, но дитя или его родители не могутъ выбирать учителей, какихъ имъ угодно, то формулировали бы норму, которая не имѣла бы примѣненія, объявили бы иллюзорное право. Поэтому вполнѣ справедливо объединяютъ ихъ въ сложномъ вопросѣ свободы преподаванія.

Во всѣхъ странахъ и въ частности во Франціи этотъ вопросъ осложненъ еще тѣмъ фактомъ, что онъ тѣсно перепутался съ вѣроисповѣдными вопросами. Чаще всего, дѣйствительно, свободу преподаванія требовали для вѣроисповѣдныхъ группъ, конгрегацій и т. п. Благодаря этому, въ силу природы вещей, въ обсужденіе проблемы обученія внесли страстность, неотдѣлимую отъ всякой религіозной свободы. Само собою разумѣется, что этой страстности здѣсь не мѣсто.

Право преподаванія, разсматривать ли его съ точки зрѣнія права преподавать, или съ точки зрѣнія права учиться, въ дѣйствительности есть лишь свобода мнѣнія, свобода вѣрованія, свобода безъ помѣхи сообщать другимъ то, что знаешь, о чемъ думаешь и чему вѣришь. Это намъ кажется очевиднымъ для свободы преподаванія. То же самое мы думаемъ о свободѣ учиться. Я желаю учиться; слѣдовательно,

я могу выбрать учителей, которые мнѣ нравятся, которые мнѣ кажутся наиболѣе образованными, которые придерживаются мнѣній и вѣрованій, лучше всего гармонирующихъ съ моими. Это право выбора для взрослаго внѣ всякаго возможнаго спора.

Но, говорятъ, дитя не можетъ дѣлать такого выбора, и не доказано, что отецъ семейства имѣетъ право выбора для него; отсюда логично, что государство имѣетъ право выбирать для ребенка или, лучше сказать, принудить дѣтей получать обученіе лишь у тѣхъ учителей, которыхъ оно назначило. Дитя сдѣлается гражданиномъ; чрезвычайно важно поэтому для государства, чтобы оно было хорошимъ гражданиномъ; оно сдѣлается хорошимъ гражданиномъ лишь подъ условіемъ, если получитъ хорошее образованіе. Такъ какъ дитя не можетъ выбирать своихъ учителей, то дѣло государства ихъ указать. Слѣдовательно, если обученіе взрослыхъ должно быть свободно, то обученіе дѣтей не должно быть таковымъ.

Къ этому именно положенію сводятся всѣ возраженія, которыя постоянно, прежде и еще и теперь, дѣлаются противъ свободы преподаванія или, по крайней мѣрѣ, противъ свободы отца выбирать учителей, которымъ онъ поручаетъ обученіе своихъ дѣтей [1]).

Возраженія не имѣютъ силы, и право отца намъ кажется неоспоримымъ. Противники свободы преподаванія признаютъ за отцомъ семейства право самому обучать своихъ дѣтей; въ такомъ случаѣ ло-

---

[1]) См. E. Bourgeois, *La liberté d'enseignement*, 1904, стр. 163 и сл.; Thézard, *Rapport au sénat, Jour. offic., doc. parl.*, сенатъ, обычная сессія, 1903, стр. 435; Lintilhac, *рѣчь* въ сенатѣ, засѣданіе 6 ноября 1903 г.

гически они должны признать за нимъ право свободно выбирать учителей, которымъ онъ поручаетъ своихъ дѣтей. Съ другой стороны, никто не оспариваетъ обязанности, падающей на отца семейства кормить, воспитывать и обучать своихъ дѣтей. Изъ этой обязанности неизбѣжно вытекаетъ для него право руководить образованіемъ своихъ дѣтей и, слѣдовательно, поручать ихъ тѣмъ учителямъ, которые ему подходятъ. Въ этомъ настоящее основаніе права отца семейства. Оно проистекаетъ, главнымъ образомъ, изъ обязанностей, падающихъ на него. Пока будетъ признана семейная связь, до тѣхъ поръ будетъ существовать эта обязанность, и она будетъ имѣть своимъ дополненіемъ право главы семейства. Разумѣется, можно было бы представить себѣ другую соціальную организацію, при которой семейная связь не была бы признана ни бытомъ, ни законами. Говорятъ, что такъ было въ Спартѣ. Мы сильно сомнѣваемся, чтобы подобная соціальная форма снова возникла въ цивилизованной странѣ. Но если бы, наконецъ, въ одинъ прекрасный день всякая соціальная связь между ребенкомъ и его родителями исчезла, если бы обязанность кормить, воспитывать и обучать дѣтей пала на само коллективное цѣлое, то это послѣднее, разумѣется, имѣло бы право выбирать учителей для ребенка. Мы не живемъ при такомъ строѣ. Слѣдуетъ прибавить, что если бы не существовало права отца, государство имѣло бы право сдѣлать обязательнымъ для дѣтей преподаваніе лишь извѣстныхъ учителей и, слѣдовательно, отнять у нѣкоторыхъ индивидовъ право обученія. Право же обученія, въ тѣсномъ смыслѣ слова, должно, разумѣется, быть внѣ посягательствъ государства. Обѣ сво-

боды,—свобода учиться и свобода преподавать,—солидарны другъ съ другомъ: посягнуть на одну изъ нихъ—значитъ пожертвовать другою.

Хотя свобода обученія должна, разумѣется, быть признана со всѣми своими послѣдствіями, нѣтъ сомнѣнія, что, какъ всѣ свободы, она должна быть регламентируема государствомъ, которое можетъ и должно внести въ нее нѣкоторыя ограниченія, которыя, впрочемъ, имѣютъ тѣ же основанія и тѣ же границы, что и въ другихъ свободахъ: государство можетъ и должно ограничить свободу обученія въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для охраны индивидуальныхъ правъ всѣхъ. Но формула, тѣмъ не менѣе, встрѣчаетъ здѣсь нѣкоторыя затрудненія при примѣненіи. Неоспоримо, что государство имѣетъ право принять мѣры, чтобы всякое зданіе, гдѣ происходитъ обученіе, представляло серьезныя гарантіи здоровыхъ гигіеническихъ условій, и также потребовать отъ всѣхъ тѣхъ, кто хочетъ руководить школой или преподавать, серьезныхъ нравственныхъ гарантій. Оно безусловно имѣетъ право и даже обязанность осуществлять въ этомъ отношеніи контроль надъ всѣми учебными заведеніями. Точно такъ же очевидно, что государство можетъ и должно осуществлять надзоръ, дабы воспрепятствовать учителямъ посягать на физическую, умственную и нравственную свободу своихъ учениковъ, и что оно можетъ съ этою цѣлью установить инспекцію надъ всѣми учебными заведеніями. Обратно, не менѣе очевидно, что государство не можетъ ни запретить ни сдѣлать обязательнымъ преподаваніе въ школѣ какой-нибудь доктрины. Государство не должно имѣть доктрины: оно должно всѣ доктрины уважать и всѣ ихъ охра-

нять. Лишь якобинцы, ученики Руссо, или клерикальные сектанты, исполненные тѣмъ же духомъ, могутъ отстаивать право государства обязывать или запрещать преподаваніе извѣстной доктрины. Слѣдовательно, государство не можетъ организовать инспекціи, чтобы контролировать доктрины, тенденціи и духъ преподаванія въ той или другой школѣ.

Остается еще послѣдній сомнительный пунктъ. Можетъ ли государство потребовать отъ тѣхъ, кто хочетъ открыть школу или преподавать, извѣстныхъ условій профессіональнаго знанія, право опредѣлять и констатировать которыя оно оставляетъ за собою? Съ перваго взгляда кажется, что это право государства не можетъ быть оспариваемо. Подобно тому, какъ для извѣстныхъ профессій (адвокатовъ, врачей, аптекарей), оно требуетъ условій способности, констатируемыхъ дипломами, которые выдаетъ оно само, точно такъ же, повидимому, оно можетъ и должно требовать отъ тѣхъ, кто руководитъ школою или въ ней преподаетъ извѣстныхъ гарантій нравственности, условій профессіональной педагогической и научной способности. Но здѣсь замѣчается опасность. Если лишь государство опредѣляетъ эти условія и выдаетъ свидѣтельства и дипломы, констатирующіе эти условія способности, то нельзя ли опасаться, что это лишь замаскированный способъ подчинить осуществленіе права обученія усмотрѣнію административной власти? Опасность неоспорима. Однако нельзя и не требовать отъ директора или учителей школы, обращающейся къ публикѣ, серьезныхъ условій профессіональной способности. По нашему мнѣнію, рѣшеніе этой трудной проблемы заключается въ выдачѣ дипломовъ, конста-

тирующихъ эту способность, судьями, которые должны быть по мѣрѣ возможности независимы отъ правительственнаго давленія и представлять абсолютныя гарантіи непартійности. Эти условія будутъ выполнены, если, напримѣръ, требуемые дипломы будутъ выдаваться судьями, *исключительно* составленными изъ профессоровъ университета.

Въ заключеніе, достаточно воспроизвести текстъ ст. 9 конституціи 1848 г.: «Обученіе свободно. Свобода обученія осуществляется сообразно условіямъ способности и нравственности, опредѣляемымъ законами и подъ контролемъ государства. Этотъ контроль простирается на всѣ воспитательныя и учебныя заведенія безъ исключенія».

85. Исторія свободы обученія. — Ни въ декларацiи 1789 г. ни въ конституціи 1791 г. не упоминается особо о свободѣ обученія. Но, какъ мы видѣли (§ 82), свобода выражать свои мнѣнія и свои вѣрованія устно и письменно формально въ нихъ признана, и полагается установленнымъ, что эта свобода заключаетъ въ себѣ и свободу обученія [1]).

Впрочемъ, различные ораторы эпохи революціи, и не изъ второстепенныхъ, очень категорично утверждали принципъ свободы обученія. Мирабо (или авторъ труда, опубликованнаго съ его именемъ Кабанисомъ) заявлялъ: «Всякій человѣкъ имѣетъ право обучать тому, что онъ знаетъ, и даже тому, чего онъ не знаетъ. Общество можетъ гарантировать частныхъ лицъ отъ шарлатанства невѣждъ лишь общими мѣрами, не оскорбляющими свободы» [2]). «Всякая привилегія,— говоритъ Талейранъ, — по самой своей природѣ ненавистна; привилегія въ сферѣ образованія была бы еще болѣе одіозна и абсурдна» [3]). Нѣсколько позже Кондорсе писалъ: «Никакая публичная власть не имѣетъ ни возможности ни кре-

---

[1]) Laboulaye, *De la liberté d'enseignement*, 1881.

[2]) *Archiv. parlem.*, 1 серія, XXX, стр. 512.

[3]) *Ibid.*, стр. 449.

дита, чтобы помѣшать развитію новыхъ истинъ, обученію новымъ теоріямъ, противнымъ ея политикѣ и ея временнымъ интересамъ» [1]). Эта свобода обученія должна была, впрочемъ, примиряться съ государственнымъ обученіемъ, принципъ котораго былъ формулированъ конституціей 1791 г., тит. I, § 8, а планъ развитъ нѣкоторое время спустя Кондорсе въ его *Rapport sur l'instruction publique* и отчасти реализованъ въ конституціи III года, ст. 296—301, съ которыми слѣдуетъ сблизить законъ 30 вендеміера и 3 брюмера IV года.

Конвентъ формулировалъ особо принципъ свободы обученія въ законѣ 29 фримера II года: «Обученіе свободно» (ст. 1). Слѣдуетъ сказать, что законъ, несмотря на этотъ текстъ, содержитъ нѣкоторыя постановленія, которыя дѣлаютъ почти иллюзорной свободу обученія. Принципъ ея, однако, вписанъ и въ конституцію III года: «Граждане имѣютъ право устраивать частныя воспитательныя и учебныя заведенія, такъ же, какъ свободныя общества для содѣйствія прогрессу знаній, наукъ и искусствъ» (ст. 300).

Въ конституціи VIII года остереглись сдѣлать какой-нибудь намекъ на свободу обученія. Наполеонъ, видя, какимъ могучимъ средствомъ господства была для государства монополія обученія, уничтожилъ даже въ самомъ принципѣ свободу обученія и далъ государству исключительное право обученія. Ст. 8 закона 11 флореаля X года гласитъ: «Не можетъ быть учреждаемо среднихъ учебныхъ заведеній безъ разрѣшенія правительства». Это было прелюдіей закона 10 мая 1807 г., который, создавши императорскій университетъ, монополизировалъ обученіе во всѣхъ степеняхъ въ рукахъ государства: «Подъ именемъ императорскаго университета будетъ образована организація, на которую возлагается исключительное обученіе и общественное воспитаніе во всей имперіи». Организація императорскаго университета была регулирована декретомъ 17 марта 1808 г. Тэнъ [2]) прекрасно освѣтилъ мысль Наполеона, желавшаго созданіемъ университета воспитать всѣхъ французовъ по одному образцу и тѣмъ обезпечить свое господство на непоколебимомъ основаніи. Наполеонъ

---

[1]) *Rapport sur l'instruction publique*, изд. Compayré, 1883, стр. 7.

[2]) Taine, *Le nouveau régime*, II, стр. 301 и сл.

сказалъ въ государственномъ совѣтѣ: «При созданіи учебной организаціи моя главная цѣль—имѣть средство руководить политическими и моральными убѣжденіями. Пока въ дѣтствѣ не обучатъ тому, должно ли быть республиканцемъ или монархистомъ, католикомъ или нерелигіознымъ человѣкомъ, государство не образуетъ націи; оно будетъ покоиться на невѣрныхъ и неопредѣленныхъ основаніяхъ; оно постоянно будетъ подвергаться безпорядкамъ и измѣненіямъ» [1]). Наши современные якобинцы разсуждаютъ подобнымъ же образомъ.

Весь XIX вѣкъ прошелъ подъ могучимъ усиліемъ разрушить эту императорскую крѣпость и разбить это орудіе диктатуры. Послѣдовательно была завоевана свобода обученія въ своихъ различныхъ степеняхъ, и лишь въ 1901 г., послѣ кризиса дѣла Дрейфуса, свобода обученія снова поставлена подъ сомнѣніе и подверглась нападенію со стороны республиканцевъ, которые въ своемъ ослѣпленіи не замѣтили, что они были лишь плагіаторами Наполеона.

Съ 1814 по 1830 г. продолжалась монополія обученія въ пользу государства, и, подобно Наполеону, Реставрація пользуется ею для своей политики. Либеральная партія энергично требовала свободы обученія; поэтому въ числѣ обѣщаній, данныхъ Хартіей 1830 г., былъ упомянутъ законъ о народномъ образованіи и о свободѣ обученія (ст. 69, № 8). Іюльское правительство не выполнило вполнѣ этого обѣщанія; оно дало только свободу первоначальнаго обученія (законъ 28 іюня 1833).

Въ 1834 г. университетъ теряетъ свой характеръ корпораціи, публичнаго учрежденія, имѣющаго свою собственную имущественную сферу, и сливается съ государствомъ, сдѣлавшись администраціей народнаго образованія. Это измѣненіе, подготовленное ордонансами Реставраціи, создавшими министерство народнаго просвѣщенія, было осуществлено законами 24 мая 1834 г., ст. 8, и 17 августа 1835 г., ст. 9.

Что касается до закона 28 іюня 1833 г. о первоначальномъ образованіи, то онъ былъ вотированъ лишь послѣ очень долгихъ и отвлеченныхъ преній, благодаря авторитету Гизо, бывшаго тогда министромъ народнаго просвѣщенія. Законъ

---

[1]) Pelet de la Lozère, стр. 161 и 154.

этотъ организовалъ первоначальное народное образованіе, но онъ провозглашалъ и регулировалъ свободу первоначальнаго образованія. Въ ст. 3 было сказано: «Первоначальное образованіе можетъ быть или частнымъ или государственнымъ». Всякій индивидъ, достигшій 18 лѣтъ, можетъ сдѣлаться народнымъ учителемъ, при условіи, если онъ имѣетъ дипломъ о знаніи, согласно требованіямъ закона и регламентамъ, и свидѣтельство о нравственномъ поведеніи. Нѣкоторыя наказанія влекутъ за собою потерю права содержать школу. Государство сохраняетъ надъ всѣми свободными школами надзоръ и инспекцію, которые осуществляются мѣстнымъ и участковымъ комитетами и персоналомъ инспекторовъ, организованнымъ ордонансомъ 30 декабря 1842 г. Устраненіе частныхъ преподавателей за безнравственное поведеніе можетъ быть постановлено лишь судебными учрежденіями. Для первоначальнаго обученія это былъ вполнѣ режимъ свободы. Но законъ 1833 г. не устанавливалъ ни безплатности ни обязательности обученія (Ср. зак. 16 іюня 1881 г. и зак. 28 марта 1882 г., ст. 4).

Что касается свободы средняго образованія, она въ теченіе всего царствованія Людовика-Филиппа особенно страстно требовалась католической партіей. De facto много свободныхъ среднихъ учебныхъ заведеній было разрѣшено. Съ другой стороны, семинаріи или церковныя среднія школы, разрѣшенныя декретомъ 17 марта 1808 г., развивались и умножались, и подъ именемъ малыхъ семинарій существовало большое число свободныхъ среднихъ учебныхъ заведеній. Въ 1836 г. Гизо, въ то время министръ народнаго просвѣщенія, представилъ законопроектъ о свободѣ средняго обученія. Законъ былъ вотированъ палатой депутатовъ въ 1837 г., но не былъ перенесенъ въ палату пэровъ. Въ 1844 г. проектъ былъ снова выдвинутъ министерствомъ Гизо и вотированъ палатой пэровъ; но революція 1848 г. разразилась, прежде чѣмъ палата депутатовъ имѣла время его принять.

Въ первые же дни существованія собранія 1848 г. въ него былъ внесенъ законопроектъ о свободѣ средняго обученія, представленный министромъ народнаго просвѣщенія Карно; но собраніе занялось имъ только при голосованіи конституціи. Эта послѣдняя провозгласила въ опредѣленной и безупречной формѣ принципъ свободы (ст. 9). Законъ

11 декабря 1848 г. помѣстилъ законъ объ обученіи въ число органическихъ законовъ, редакція которыхъ по ст. 165 конституціи должна была выработана національнымъ собраніемъ.

Но собраніе должно было разойтись прежде его принятія. Онъ былъ изданъ только законодательнымъ собраніемъ, послѣдовавшимъ за національнымъ. Проэктъ его былъ представленъ Фаллу, министромъ народнаго просвѣщенія при президентствѣ принца Луи-Наполеона. Онъ былъ подготовленъ большой комиссіей, подъ предсѣдательствомъ Тьера. Онъ сталъ закономъ 15 марта 1850 г., донынѣ остающимся въ силѣ въ нѣкоторыхъ своихъ частяхъ и сдѣлавшимся знаменитымъ подъ именемъ закона Фаллу [1]).

Законъ 15 марта 1850 г. сохранилъ свободу первоначальнаго обученія (ст. 17); но онъ открыто благопріятствуетъ свободному религіозному обученію и помѣщаетъ первоначальное народное образованіе подъ прямое воздѣйствіе духовенства. Въ силу ст. 13, всякій французъ, достигшій 21-лѣтняго возраста, можетъ заниматься профессіей государственнаго или свободнаго учителя, если онъ имѣетъ дипломъ о способности, который, однако, можетъ быть замѣненъ нѣкоторыми другими качествами, въ частности званіемъ не находящагося подъ запрещеніемъ и не отрѣшеннаго отъ мѣста священнослужителя какого-нибудь признаннаго культа. Для монахинь, принадлежащихъ къ обучающей конгрегаціи, *lettre d'obédience*, выдаваемое епископомъ, замѣняло дипломъ (ст. 49). Законъ сохранилъ право государственной инспекціи за всѣми государственными и свободными школами. Но ст. 44 гласила такъ: «Мѣстныя власти, предназначенныя для надзора и нравственнаго руководительства первоначальнымъ образованіемъ, суть меръ, кюре, пасторъ или делегатъ израильскаго культа. На священнослужителей различныхъ культовъ спеціально возложенъ надзоръ надъ религіознымъ обученіемъ въ школѣ. Входъ въ школу имъ всегда свободенъ». Всѣ постановленія закона 1850 г. относительно первоначальнаго образованія потеряли силу, благодаря законамъ 16 іюня

---

[1]) Объ условіяхъ и настроеніи, при которомъ этотъ законъ подготовливался и былъ вотированъ см. Henry Michel, *La loi Falloux*, 1906.

1881 г., 28 марта 1882 г., 30 окт. 1886 г. и 7 іюля 1904 г., которые сохранили свободу, установили безплатность, обязательность, нейтральность и свѣтскій характеръ первоначальнаго обученія.

Ст. 60—70 закона 15 марта 1830 г. организовали свободу средняго образованія. Эти постановленія въ большинствѣ остаются до сихъ поръ въ силѣ. По ст. 60: «Всякій французъ, достигшій 25-лѣтняго возраста и не подвергшійся никакимъ ограниченіямъ правъ (опредѣляемымъ закономъ и являющимся послѣдствіемъ извѣстныхъ судебныхъ наказаній) можетъ открыть среднее учебное заведеніе подъ условіемъ сдѣлать ректору академіи... заявленіе... и доставить ему: 1) свидѣтельство о стажѣ, констатирующее, что онъ въ теченіе 5 лѣтъ былъ учителемъ или надзирателемъ въ государственномъ или свободномъ среднемъ учебномъ заведеніи; 2) или аттестатъ зрѣлости, или свидѣтельство о способности (brevet de capacité), выдаваемое подъ условіями, опредѣляемыми закономъ...» Никакого спеціальнаго условія, ученой степени или педагогической способности, не требовалось отъ учителей, преподающихъ въ свободномъ среднемъ учебномъ заведеніи.

Слѣдуетъ, наконецъ, указать на то, что ст. 1—16 давали въ высшемъ совѣтѣ народнаго образованія и въ академическихъ совѣтахъ важное мѣсто священнослужителямъ различныхъ культовъ. Эти постановленія вполнѣ потеряли силу послѣ закона 27 февр. 1880 г.

Законъ 15 марта 1850 г. былъ, безусловно, побѣдою католической партіи. По мысли одного изъ своихъ главныхъ авторовъ, Тьера, онъ долженъ былъ стать закономъ соціальнаго консерватизма. Дѣйствительно, именно благодаря этому закону въ теченіе всей второй имперіи и первыхъ 30 лѣтъ третьей республики размножились и процвѣли свободныя среднія учебныя заведенія, въ частности коллегіи іезуитовъ и другихъ конгрегацій. Поэтому уже много лѣтъ значительная фракція республиканской партіи требовала отмѣны закона Фаллу или, лучше сказать, того, что оставалось отъ закона Фаллу. Далѣе будетъ сказано о тѣхъ проектахъ, которые внесены въ настоящее время по этому поводу въ парламентъ. Разумѣется, недостатокъ закона Фаллу, что онъ не требовалъ для управленія свободнымъ учебнымъ заведеніемъ ничего, кромѣ аттестата зрѣлости

(званія бакалавра), и никакой ученой степени для преподаванія въ немъ. Но эти постановленія имѣли общій характеръ, одинаково примѣнявшійся какъ къ мірянамъ, такъ и къ членамъ конгрегацій. Законъ дѣйствительно провозгласилъ свободу, и за исключеніемъ требованія степени лиценціата для управленія и преподаванія, мы не видимъ, что́ бы можно еще въ немъ сдѣлать, послѣ уже сдѣланнаго, не нанеся ущерба свободѣ средняго образованія.

Послѣ закона 1850 г. законодателю оставалось еще организовать свободу высшаго обученія. Въ теченіе всей второй имперіи она требовалась и католической партіей и республиканской; послѣдняя, впрочемъ, въ 1875 г. энергично боролась противъ нея въ національномъ собраніи. Въ 1870 г. Сегрисъ, членъ кабинета 2 января, образовалъ внѣпарламентскую комиссію, подъ предсѣдательствомъ Гизо, для подготовки закона о свободѣ высшаго образованія. Имперія пала ранѣе, чѣмъ выработанный этой комиссіей проектъ былъ внесенъ въ палаты. Проектъ снова внесенъ былъ въ національное собраніе графомъ Жоберомъ и послѣ оживленныхъ преній сдѣлался закономъ 21 іюля 1875 г., сохранившимъ свою силу до сихъ поръ въ большинствѣ своихъ постановленій [1]). Важнымъ вопросомъ былъ вопросъ о полученіи ученыхъ степеней. Собраніе разрѣшило его, какъ это уже сдѣлала внѣпарламентсакя комиссія 1870 г., образованіемъ смѣшаннаго жюри, состоящаго въ равной части изъ профессоровъ государственныхъ учебныхъ заведеній и профессоровъ свободныхъ учебныхъ заведеній, подъ предсѣдательствомъ профессора государственнаго преподаванія (законъ 12 іюля 1875 г., ст. 13 и 14). Смѣшанныя жюри были уничтожены закономъ 18 марта 1880 г. Нельзя сказать, чтобы это уничтоженіе было нарушеніемъ свободы высшаго образованія; въ самомъ дѣлѣ, если государство выдаетъ степени, то логично, чтобы констатированіе знаній, требуемыхъ для полученія диплома, принадлежало исключительно профессорамъ государственныхъ факультетовъ.

Такимъ образомъ, Франція обладаетъ въ настоящее время свободою обученія на всѣхъ своихъ ступеняхъ. Однако важно

---

1) Ср. *Rapport* de Laboulaye, Sirey, *Lois annotées*, 1876, стр. 63.

отмѣтить, что право управлять учебнымъ заведеніемъ признано лишь за французскими гражданами.

Въ настоящее время первоначальное образованіе организовано указанными уже законами 16 іюня 1881 г., 28 марта 1882 г. и 30 окт. 1886 г., сохранившими и организовавшими свободу обученія, установившими для всѣхъ дѣтей отъ 6 до 13 лѣтъ обязательность, безплатность и свѣтскій характеръ первоначальнаго государственнаго образованія. Эти законы, одно время подвергшіеся неистовымъ нападкамъ католической партіи, безупречны съ точки зрѣнія либеральныхъ принциповъ (ср. § 84). Свѣтскій характеръ есть логическое послѣдствіе обязательности; то же надо сказать и о мудромъ постановленіи закона 1882 г., запретившаго религіозное обученіе внутри школы. Религіозная свобода остается нетронутой. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 2 закона 1882 г. гласитъ: «Государственныя первоначальныя школы будутъ бездѣйствовать одинъ день въ недѣлю, кромѣ воскресенья, дабы позволить родителямъ дать, если они хотятъ, своимъ дѣтямъ религіозное образованіе внѣ школьныхъ зданій. Религіозное обученіе свободно въ частныхъ школахъ».

Хотя въ своемъ цѣломъ наше дѣйствующее законодательство признаетъ и гарантируетъ свободу преподаванія, оно содержитъ нѣкоторыя постановленія, направленныя противъ религіозныхъ конгрегацій и составляющихъ неоспоримыя нарушенія этой свободы.

Первою попыткою, сдѣланною въ этомъ направленіи при третьей республикѣ, было предложеніе Жюля Ферри, министра народнаго просвѣщенія, о томъ, чтобы законъ, принятый 18 марта 1880 г., заключалъ ст. 7 (сдѣлавшуюся съ тѣхъ поръ знаменитою), гласящую слѣдующее: «Никто не можетъ управлять государственнымъ или частнымъ учебнымъ заведеніемъ, какого бы оно рода ни было, ни преподавать въ немъ, если онъ принадлежитъ къ неразрѣшенной религіозной конгрегаціи». Въ изложеніи мотивовъ Жюль Ферри не скрывалъ, что онъ имѣлъ въ виду, главнымъ образомъ, орденъ іезуитовъ; онъ напомнилъ, что неразрѣшенныя религіозныя конгрегаціи находятся въ постоянномъ состояніи правонарушенія, что монархическія правительства запретили преподаваніе іезуитамъ, что, наконецъ, такъ какъ свободы преподаванія не существуетъ для иностранцевъ, то она не должна быть

признана и за членами ордена, по существу своему иностраннаго, какъ въ силу характера своихъ доктринъ, такъ въ силу природы и цѣли своихъ статутовъ, резиденціи и власти своихъ начальниковъ [1]). Это предложеніе, бывшее, по собственному признанію Жюля Ферри, ограниченіемъ свободы преподаванія, вызвало во всей странѣ самые рѣзкіе протесты. Тѣмъ не менѣе, оно было вотировано палатой депутатовъ. Но сенатская комиссія, чрезъ своего докладчика Жюля Симона, высказалась за его отклоненіе. Жюль Симонъ прекрасно сказалъ: «Мы знаемъ, что неразрѣшенныя конгрегаціи не имѣютъ никакого права, никакого реальнаго существованія въ государствѣ..., это вполнѣ очевидно; но мы не находимъ ни въ законахъ, ни въ административной практикѣ, ни въ разумѣ ничего, что запрещало бы французу дѣлаться членомъ религіознаго общества, и что лишало бы его, благодаря вступленію въ такое общество, качества гражданина и вытекающихъ изъ него правъ... Истина, въ которой надо безъ обиняковъ сознаться, заключается въ томъ, что вы лишаете классъ гражданъ, убѣжденія которыхъ вамъ не нравятся, стремленія которыхъ вамъ подозрительны, свободы преподаванія... Имѣетъ ли государство право лишить права преподаванія тѣхъ, доктрины которыхъ оно считаетъ опасными? Если у него есть это право, то свободы обученія не существуетъ...» Ст. 7 была отвергнута сенатомъ 10 марта 1880 г. большинствомъ 148 голосовъ противъ 129. Этотъ именно вотумъ вызвалъ декреты 29 марта 1880 г., изъ которыхъ первый предписывалъ закрытіе ордена іезуитовъ въ трехмѣсячный срокъ, а второй требовалъ, чтобы въ трехмѣсячный срокъ всякая неразрѣшенная конгрегація обратилась съ просьбой о разрѣшеніи.

Вопросъ о правѣ преподаванія членами неразрѣшенныхъ конгрегацій снова былъ поставленъ въ 1901 г. министерствомъ Вальдека-Руссо. Въ законопроектъ о договорахъ объ учрежденіи обществъ, внесенный имъ въ парламентъ, было вписано постановленіе, тожественное ст. 7 проекта Жюля Ферри 1880 г. Вальдекъ-Руссо оправдывалъ его совершенно такимъ же образомъ, какъ Жюль Ферри, говоря, подобно послѣднему,

---

[1]) Exposé de motifs de Jules Ferry, Sirey, *Lois annotées*, 1880, стр. 514.

что республика должна послѣдовать примѣру предшествовавшихъ ей монархій. Въ моментъ обсужденія, подвергли нападкамъ самый принципъ свободы обученія, чего не осмѣлились сдѣлать въ 1880 г. Массе заявилъ, что право преподаванія есть *регальное* право и, слѣдовательно, является концессіей государства, которое даетъ его, кому хочетъ, и отнимаетъ его, когда ему угодно. Противъ законопроекта ссылались именно на принципъ свободы преподаванія: законъ, — говорили, — не отнимаетъ правъ преподаванія у неразрѣшенныхъ конгрегацій: онъ не можетъ отнять его у нихъ, ибо онѣ не существуютъ и, слѣдовательно, не могутъ имѣть правъ; но онъ отнимаетъ его у французскихъ гражданъ, подозрѣваемыхъ въ принадлежности къ конгрегаціи, такъ какъ ихъ убѣжденія и приписываемыя имъ стремленія не нравятся правительству. Это вступленіе въ религіозное общество, эти обѣты—личныя дѣла и принадлежатъ къ сферѣ совѣсти, которой государство не можетъ касаться. «Государство не признаетъ болѣе религіозныхъ обѣтовъ...» (конст. 1791 г., введ.). Этотъ существенный принципъ современнаго права нарушается закономъ, запрещающимъ конгрегаціямъ преподаваніе. Несмотря на это, предложеніе было вотировано; оно сдѣлалось ст. 14 закона 1 іюля 1901 г. См. пренія въ палатѣ, въ засѣданіи 21—26 марта 1901 г., въ сенатѣ—засѣданіе 21 іюня 1901 г., на которомъ докладчикъ Комбъ развивалъ особенно тотъ софизмъ, что такъ какъ неразрѣшенныя конгрегаціи не имѣютъ легальнаго существованія, то у ея членовъ слѣдуетъ отнять право преподаванія.

Законъ 1 іюля 1901 г. сохранилъ существованіе разрѣшенныхъ конгрегацій, даже занимающихся преподаваніемъ и въ частности *институтъ братьевъ христіанской доктрины*, признанный и разрѣшенный декретомъ 17 марта 1808 г. объ университетѣ. Но ст. 13, § 2 гласила: «Она (конгрегація) можетъ основать всякое новое учрежденіе, лишь въ силу декрета государственнаго совѣта». Ссылаясь на эту статью и на интерпретацію, данную ей государственнымъ совѣтомъ 23 янв. 1902 г., несмотря на формально противоположную декларацію Вальдека-Руссо въ палатѣ 18 марта 1901 г., правительство издало декретъ о закрытіи многочисленныхъ школъ,

открытыхъ согласно закону 30 окт. 1886 г., но въ которыхъ, однако, преподавали члены разрѣшенныхъ конгрегацій. Эти мѣры вызвали глубокую агитацію въ странѣ и рѣзкую полемику. См. статьи Бюиссона, Д. Кошена и Гобле [1]), при чемъ послѣдній вполнѣ справедливо закончилъ свою статью слѣдующими словами: «Устроить гоненіе на нѣкоторыхъ лицъ и на нѣкоторыя ассоціаціи изъ-за одушевляющаго ихъ духа вовсе не значитъ апеллировать къ разуму и свободѣ и несогласно съ республиканскими принципами».

Несмотря на эти предупрежденія и на эти протесты ветерана республиканской партіи, парламентъ, по предложенію министерства Комба, вотировалъ законъ 7 іюля 1904 г., первая статья котораго гласитъ: «Всякаго рода обученіе запрещается во Франціи конгрегаціямъ. Разрѣшенныя конгрегаціи, какъ предназначенныя исключительно для педагогической дѣятельности, будутъ закрыты maximum въ 6-лѣтній срокъ». Этотъ законъ составляетъ новое нарушеніе свободы обученія, правда, менѣе прямое, по крайней мѣрѣ, по формѣ, чѣмъ предшествующее. Въ самомъ дѣлѣ, онъ отнимаетъ право преподаванія не у отдѣльныхъ французскихъ гражданъ, какъ это сдѣлала ст. 14 закона 1 іюля 1901 г., но у ассоціацій, признанныхъ, какъ обучающія конгрегаціи. Слѣдовательно, по-настоящему, онъ наноситъ ударъ праву ассоціацій, но съ завѣдомой цѣлью поразить тѣхъ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ французскихъ гражданъ, убѣжденія и вѣрованія которыхъ не нравятся партіи, находящейся у власти. Ср. декреты 2 янв. и 7 іюня 1905 г. [2]).

Въ теченіе 1903 г. въ сенатъ было внесено предложеніе закона, представленное Беро, имѣющее цѣлью уничтожить свободу средняго образованія, и законопроектъ, представленный отъ имени правительства министромъ народнаго просвѣ-

---

[1]) Ср. въ частности Buisson, *La crise de l'anticléricalisme*, *Revue politique et parlementaire*, октябрь 1903 г., стр. 5; D. Cochin, *Reponse* à M. Buisson, *ibid.*, ноябрь 1903, стр. 221; Goblet, *La crise de l'anticléricalisme, à propos d'un article de M. Buisson*, *ibid.*, декабрь 1903, стр. 421.

[2]) Ср. Goblet, *La suppression de l'enseignement congréganiste*. *Revue polit. et parlem.*, августъ 1904, стр. 245; Buisson, *La laicité intégrale*, Réponse *à M. Goblet*, *ibid.*, сент. 1904, стр. 447.

щенія Шомье, сохраняющій принципъ свободы (открытіе учебнаго заведенія по простому заявленію), но требующій для этого заявленія новыхъ условій и организующій государственную инпекцію въ свободныхъ среднихъ учебныхъ заведеніяхъ. Сенатская комиссія предложила отмѣнить самую свободу средняго образованія: «Ни одно частное среднее учебное заведеніе не можетъ быть открыто лишь въ силу спеціальнаго разрѣшенія, даваемаго декретомъ по указанію высшаго совѣта народнаго просвѣщенія» (ст. 2 проекта) [1]). Сенатъ отклонилъ предложеніе своей комиссіи и сохранилъ принципъ свободы преподаванія (засѣданіе 19 ноября 1903 г.). См. рѣчи Шарля Дюпюи (5 ноября 1903 г.) и Клемансо (15 ноябр. 1903 г.) въ пользу свободы преподаванія. Но 20 ноября 1903 г. сенатъ вотировалъ поправку Дельпеша, по которой всякій индивидъ, желающій открыть среднее учебное заведеніе, долженъ представить декларацію, что онъ не принадлежитъ ни къ какой (разрѣшенной или неразрѣшенной) конгрегаціи. Вслѣдъ за этимъ вотумомъ сената, президентъ совѣта Комбъ внесъ въ палату проектъ, сдѣлавшійся закономъ 7 іюля 1904 г.

Законопроектъ о среднемъ образованіи, вотированный совѣтомъ, былъ доложенъ палатѣ Барту, который произнесъ длинную обвинительную рѣчь противъ закона 1850 г. [2]). Онъ предложилъ палатѣ вотировать, съ нѣкоторыми мелкими измѣненіями, проектъ сената. Докладъ Барту явился основаніемъ для обсужденія въ палатѣ, избранной въ маѣ 1906 г. Онъ снова былъ принятъ новымъ законодательнымъ собраніемъ 12 іюня 1906 г. [3]). Въ Декларации 12 іюня 1906 г. говорится: «Правительство предложитъ окончательную отмѣну закона Фаллу, уже принятую сенатомъ...» Очевидно, что этотъ законъ, заявленный въ такихъ выраженіяхъ, нарушитъ или не нарушитъ свободы обученія, смотря по тому, чѣмъ

---

[1]) Ср. *Rapport* de M. Thézard, ссылавшагося особенно на необходимость обезпечить моральное *единство* страны. *Jour. offic., doc. parl.*, сенат., обычная сессія, 1903, стр. 435.

[2]) *Jour. offic., doc. parl.*, палата, чрезвычайная сессія, 1904 стр. 1 и сл.

[3]) *Jour. offic., doc. parl.*, палата, обычная сессія, 1906, стр. 520.

будетъ свидѣтельство о педагогической способности, которое, повидимому, онъ потребуетъ. Если въ этомъ будетъ замаскированное средство, данное правительству, чтобы устранить отъ руководительства свободными средними учебными заведеніями тѣхъ гражданъ, убѣжденія и вѣрованія которыхъ ему не нравятся, то вотированный въ этомъ случаѣ законъ будетъ настоящей конфискаціей свободы преподаванія.

86. Свобода печати. — Свобода печати, говоря вообще, есть право выражать свои мнѣнія и свои вѣрованія въ печатныхъ произведеніяхъ, въ какой бы то ни было формѣ, въ книгѣ, въ брошюрѣ, въ журналѣ, въ газетѣ или въ афишѣ, не подвергая этихъ публикацій никакому предварительному разрѣшенію или цензурѣ, само собой разумѣется, съ уголовной и гражданской отвѣтственностью авторовъ этихъ писаній. Принципъ былъ очень опредѣленно формулированъ въ ст. 11 Декларації правъ 1789 г.: «Свободное выраженіе мыслей и убѣжденій есть одно изъ наиболѣе драгоцѣнныхъ правъ человѣка; всякій гражданинъ можетъ поэтому свободно говорить, писать, печатать, отвѣчая лишь за злоупотребленіе этою свободою въ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ». Конституція особо гарантируетъ свободу печати (тит. 1, § 2) [1]).

Эта свобода, какъ всѣ свободы, имѣетъ границей свободу другого. Поэтому законъ можетъ и долженъ выступать, дабы предупредить и подавить всякое нарушеніе, путемъ печати, свободы другого, всякій

---

[1]) Принципъ свободы печати былъ также признанъ Декларацією 1793 г., ст. 7, конституцією III г., ст. 353 и 355, сенатусконсультомъ 28 флореаля XII г., ст. 64—67, Хартіей 1814 г., ст. 8, Хартіей 1830 г., ст. 7 и 69, и конституцією 1848 г., ст. 8, 84 и 85.

моральный или матеріальный ущербъ, причиненный индивиду, а также, — но въ мѣрѣ, которую законодатель долженъ опредѣлить съ благоразуміемъ,— всякую публикацію, опасную для безопасности страны, для общественной нравственности, или содержащую вызовъ къ дѣяніямъ, квалифицируемымъ закономъ, какъ преступленія или проступки. Но государство можетъ выступить лишь съ репрессіей или съ требованіемъ возмѣщенія ущерба, а не съ мѣрами предупрежденія. Эта репрессія и это возмѣщеніе должны быть поручены судебной власти, обязанной во Франціи выступать тогда, когда свобода гражданъ прямо и принципіально затронута. Свобода печати заключаетъ въ себѣ другую гарантію, указанную уже конст. 1791 г. (тит. III, гл. V, ст. 18) и очень опредѣленно формулированную ст. 83 конст. 1848 г.: «Опредѣленіе всѣхъ преступленій, совершонныхъ путемъ печати, принадлежитъ исключительно суду присяжныхъ». Впрочемъ, дѣлается ограниченіе для преступленій обиды и диффамаціи частныхъ лицъ (конст. 1848 г., ст. 83, § 2). Нынѣ сдѣлалось почти аксіомой, что страна владѣетъ свободою печати только тогда, когда ея законы компетенцію суда надъ преступленіями по дѣламъ печати даютъ суду присяжныхъ, за исключеніемъ, однако, обиды и диффамаціи частныхъ лицъ. Законъ 29 іюня 1881 г., регулирующій нынѣ свободу печати, установилъ принципъ этой компетенціи (ст. 47 и сл.). Законы 16 марта 1893 г. и 28 іюля 1894 г. внесли въ него, однако, нѣкоторыя значительныя ограниченія. Эта компетенція суда присяжныхъ покоится на слѣдующей идеѣ. Преступленія по дѣламъ печати являются преступленіями мнѣнія, въ томъ смыслѣ,

что печать, по крайней мѣрѣ, періодическая пресса, составляетъ по преимуществу органъ общественнаго мнѣнія. Отсюда слѣдуетъ, что слѣдуетъ предоставить самому общественному мнѣнію судить, превысилъ ли такой-то публицистъ свои права. Единственнымъ же судомъ, являющимся прямымъ выраженіемъ общественнаго мнѣнія, является судъ присяжныхъ, ибо онъ составляется изъ простыхъ гражданъ, выбранныхъ по жребію.

Свобода печати заключаетъ въ себѣ двѣ другія свободы, являющіяся одновременно ея послѣдствіями и ея условіями: свободу распространенія печатныхъ произведеній и свободу афишированія: та и другая провозглашены и регламентированы нынѣ закономъ 29 іюля 1881 г., ст. 15—22.

Свобода печати, во всѣхъ ея видахъ, теоретически никогда не оспаривалась съ 1789 г. Но въ то же время нѣтъ ни одной свободы, которая бы болѣе часто и болѣе глубоко нарушалась во всѣхъ странахъ и въ частности во Франціи. Несомнѣнно, свобода книги въ дѣйствительности вообще уважалась со времени 1789 г., за исключеніемъ періода первой имперіи. Но большинство правительствъ видѣло въ періодической прессѣ настоящую опасность и пыталось воспрепятствовать ей всѣми возможными способами. Лишь третьей республикѣ принадлежитъ честь окончательнаго утвержденія въ странѣ свободы періодической прессы, со свободою распространенія, которая одновременно является и ея завершеніемъ и ея условіемъ.

До закона 28 жерминаля IV года принципъ свободы печати теоретически существовалъ, такъ какъ онъ былъ провозглашенъ во всѣхъ конституціяхъ, но фактически примѣ-

неніе его было предоставлено усмотрѣнію государства. Комитеты Конвента нисколько не колебались изъять изъ обращеніи всѣ книги, брошюры и газеты, которыя выступали противъ нихъ. Этотъ законъ 28 жерминаля сохранилъ свободу печати, но постановилъ, «что нельзя печатать никакой газеты и никакого періодическаго листа, раздавать обращенія къ публикѣ, печатать и расклеивать афиши, на которыхъ не было бы имени автора или авторовъ, имени и указанія мѣстожительства типографа» (ст. 1). Законъ 19 фруктидора V года на другой день послѣ государственнаго переворота установилъ надъ газетами и надъ другими періодическими листками, а такъ же надъ станками, печатающими ихъ, въ теченіе года надзоръ полиціи, *которая можетъ ихъ запретить* (ст. 35). Авторъ закона указываетъ въ этой статьѣ, чтобы дать ей подобіе конституціонной законности, на ст. 355 конституціи III года. Ср. постановлен. 23 брюмера VI года относительно исполненія ст. 35 закона 19 фруктидора V года.

При консулатѣ, распоряженіе отъ 27 нивоза VIII года подчинило періодическую прессу строгому полицейскому режиму: тѣ политическія газеты, которымъ дано было разрѣшеніе выходить въ свѣтъ, были ограничительно и поименно перечислены. Ст. 5 гласила, что «тотчасъ будутъ закрыты всѣ газеты, которыя будутъ печатать статьи, противныя уваженію, которое должно быть оказываемо общественному договору, народному суверенитету и славѣ арміи...»

Сенатусконсультъ 28 флореаля XII года создалъ *сенаторскую комиссію свободы печати*, но при этомъ было спеціально указано, что въ ея компетенцію не войдутъ сочиненія, печатающіяся и разсылающіяся по абонементу въ періодическіе сроки (ст. 64—67). Эта *сенаторская комиссія свободы печати* была лишь внѣшнимъ фасадомъ, подобно *сенаторской комиссіи индивидуальной свободы*, и она не болѣе охраняла свободу печати, чѣмъ эта послѣдняя индивидуальную свободы. Впрочемъ, декретъ отъ 5 февраля 1810 совершенно уничтожилъ свободу печати вообще и подчинилъ книжную торговлю, подобно періодической прессѣ, драконовскому полицейскому режиму, болѣе даже строгому, чѣмъ система, практиковавшаяся при абсолютной монархіи. Профессія ти-

пографа перестаетъ быть свободной профессіей; число типографовъ ограничено, и каждый типографъ долженъ имѣть свидѣтельство. Общій директоръ типографій, находящійся подъ начальствомъ министра внутреннихъ дѣлъ, всегда можетъ приказать доставить ему сочиненіе, отданное въ печать и пріостановить печатаніе, приказать автору сдѣлать соотвѣтсствующіе пропуски и, въ случаѣ его отказа, сдѣлать ихъ самому, запретить продажу сочиненія, уничтожить наборъ и конфисковать листы и экземпляры уже напечатанные. Періодическая печать осталась попрежнему подчиненной постановленію 27 нивоза VIII года, т.-е. полнѣйшему произволу.

Въ актѣ о низложеніи Наполеона, вотированномъ сенатомъ 3 апрѣля 1814 г., упомянуто было о нарушеніяхъ, произведенныхъ императоромъ по отношенію къ свободѣ печати. Въ ст. 13 сенаторской конституціи было сказано: «Печать свободна вполнѣ...» Однако два постановленія временнаго правительства 7 апрѣля 1814 г. предписали, чтобы никакой листокъ не могъ быть распространяемъ безъ предварительнаго разрѣшенія, и чтобы всѣ регламенты относительно книжной торговли и печатнаго дѣла продолжали временно примѣняться. Хотя ст. 8 Хартіи провозгласила свободу печати, королевскій ордонансъ 16 іюня 1814 г. временно сохранилъ законы, декреты и регламенты, «которыми подавлялись злоупотребленія печати» и обѣщалъ изданіе спеціальнаго закона. Этимъ закономъ былъ изданный 21 окт. 1814 г. законъ о *свободѣ печати*. Ироническое заглавіе, ибо этотъ законъ попрежнему оставилъ книжную торговлю, типографіи и прессу въ тѣсномъ смыслѣ слова подъ произвольнымъ полицейскимъ режимомъ.

Эти постановленія существовали до дѣйствительно либеральнаго законодательства 1819 г. (законъ 17 мая, 26 мая и 9 іюня 1819 г.), которое обязано принятіемъ особенно вліянію и авторитету де-Серресъ, министра юстиціи, и Деказесъ, министра внутреннихъ дѣлъ. Законъ 17 мая 1819 г. отмѣнилъ предварительную цензуру и право пріостановки газетъ правительствомъ. Законъ 26 мая 1819 г. передалъ разсмотрѣніе преступленій по дѣламъ печати суду присяжныхъ. Но этотъ же самый законъ создалъ цѣлый рядъ спеціальныхъ преступленій печати. Наконецъ законъ 9 іюня 1819 г. разрѣшилъ свободно выходить всякой газетѣ или періоди-

ческому изданію, посвященному цѣликомъ или отчасти политическимъ вопросамъ, подъ условіемъ декларацiи, дѣлаемой съ соблюденіемъ опредѣленныхъ предписаній, и внесенія залога, размѣръ котораго устанавливается закономъ (ст. 1). Несмотря на эту обязанность внесенія залога можно сказать, что это законодательство 1819 г. дѣйствительно установило свободу печати (ср. ордонансъ 9 іюня 1819 г.).

Это, однако, продолжалось недолгое время. Законъ 31 марта 1820 г., принятый послѣ убійства герцога де-Берри, постановилъ, что свободное изданіе политическихъ газетъ временно пріостанавливается, что всякая политическая газета можетъ быть издана лишь съ разрѣшенія короля, что никакой листокъ, газета или періодическое изданіе не могутъ издаваться безъ предварительной цензуры. Законъ 26 іюля 1821 г. продолжилъ примѣненіе предшествующаго закона. Эти два закона, объявленные временными, были замѣнены законами 17 и 25 марта 1822 г., постановившими, что никакая газета или періодическое политическое изданіе не могутъ издаваться безъ предварительнаго разрѣшенія короля. Законъ 17 марта (ст. 3) установилъ нѣчто новое: закрытіе газеты судебнымъ рѣшеніемъ (рѣшеніемъ апелляціоннаго суда) въ томъ случаѣ, если общій духъ этой газеты, «вытекающій изъ ряда послѣдовательныхъ статей, можетъ нанести ущербъ общественному миру, уваженію къ государственной и другимъ религіямъ...» Это было возвращеніемъ къ полнѣйшему произволу, правда, къ произволу судебному, но все же къ произволу.

Министерство Мартиньяка настояло на принятіи закона 18 іюля 1828 г., возвратившагося къ законодательству 1819 г. и къ свободѣ печати. Но одинъ изъ четырехъ ордонансовъ 25 іюля 1830 г., обнародованіе которыхъ вызвало революцію 1830 г. и паденіе Бурбоновъ, пріостановилъ свободу печати и снова придалъ силу постановленіямъ закона 21 октября 1814 г. Этотъ именно ордонансъ вызвалъ знаменитый протестъ парижскихъ журналистовъ, редактированный Тьеромъ.

Хартія 1830 г. снова провозгласила свободу печати, обѣщая даже въ ст. 7, «что цензура никогда не будетъ возстановлена». Такимъ образомъ печать снова была подчинена закону 18 іюля 1828 г., который былъ, однако, допол-

ненъ закономъ 8 октября 1830 г., передавшимъ суду присяжныхъ разбирательство всѣхъ, за нѣкоторыми исключеніями, преступленій по дѣламъ печати. Ср., кромѣ того, законы 29 ноября, 10 дек., 14 дек. 1830 г., 8 апр. 1831 г., 16 февр. 1834 г. Это былъ дѣйствительно режимъ свободы. Но послѣ покушенія Фіесчи правительство (министерство Брольи, Тьеръ—въ качествѣ министра внутреннихъ дѣлъ) настояло на принятіи трехъ законовъ 9 сент. 1835 г. (сдѣлавшихся знаменитыми подъ именемъ сентябрьскихъ законовъ); одинъ изъ нихъ предвидитъ новыя преступленія печати и наказываетъ за нихъ, увеличиваетъ залогъ для газетъ, предписываетъ издателямъ печатать въ началѣ ихъ изданія официальные документы и опроверженія.

Этотъ законъ былъ отмѣненъ только ст. 1 декрета 6 марта 1848 г. Законъ 27 іюля 1849 г. воспроизвелъ по отношенію къ періодической прессѣ большинство постановленій предшествовавшихъ законовъ, даже постановленій закона 9 сентября 1835 г. Законъ 16 іюля 1850 г. о залогѣ и пошлинѣ, взимаемыхъ съ газетъ, требуетъ подписи подъ каждой напечатанной въ газетѣ статьей, въ которой обсуждается политическій, философскій или религіозный вопросъ. Несмотря на эти нѣкоторыя ограниченія, это все же было свободою. Эта свобода, послѣ 2 декабря, разумѣется, уступила мѣсто произвольному полицейскому режиму.

Декретъ 17 февраля 1852 г. установилъ по отношенію къ печати дѣйствительно драконовскую регламентацію. Предварительное разрѣшеніе правительства необходимо для открытія и изданія газеты и для внесенія какого бы то ни было измѣненія въ его персоналъ; обязанность вносить залогъ сохранена; всякій нумеръ газеты долженъ быть подписанъ редакторомъ, и всякая статья—подписана авторомъ; одно осужденіе за преступленіе, совершонное путемъ печати, два осужденія за проступки или легкія правонарушенія въ теченіе двухъ лѣтъ вызываютъ ipso jure закрытіе газеты; послѣ осужденія за проступокъ или правонарушеніе, правительство можетъ, въ теченіе двухъ мѣсяцевъ, распорядиться или о временной пріостановкѣ или о закрытіи газеты; внѣ всякаго осужденія, газета можетъ быть пріостановлена министромъ на два мѣсяца, maximum, послѣ двухъ предварительныхъ пре-

достереженій. Газета можетъ быть закрыта, въ качествѣ мѣры общей безопасности, спеціальнымъ декретомъ правительства (ст. 32). Всѣ преступленія по дѣламъ печати относятся къ компетенціи судовъ исправительной полиціи (ст. 25).

Эта строго ограничительная регламентація существовала до закона 11 мая 1868 г., который относится къ либеральнымъ мѣрамъ конца второй имперіи. Этотъ законъ уничтожилъ предварительное разрѣшеніе для открытія газеты и потребовалъ простого заявленія; онъ уменьшилъ пошлину на газеты; онъ отнялъ у администраціи право пріостанавливать и закрывать газеты и передалъ его судамъ. Кромѣ того, были удержаны предписанія декрета 1852 г. Это не было вполнѣ свободой; но это не было и ненавистнымъ произволомъ 1852 г.

Правительство Національной обороны декретомъ 5 сентября 1870 г. уничтожило налогъ на газеты и на другія публикаціи. Декретомъ 10 сент. 1870 г. оно провозгласило свободу печатнаго дѣла и книжной торговли, все еще подчинявшихся юридически декрету 5 февр. 1810 г. Декретъ 10 окт. 1870 г. уничтожилъ залогъ для газетъ, а декретъ 27 окт. установилъ въ принципѣ компетенцію суда присяжныхъ для разбирательства проступковъ по дѣламъ печати.

Національное собраніе закономъ 15 апрѣля 1871 г. замѣнило нѣкоторыя постановленія декрета 17 февр. 1852 г., еще остававшіяся въ силѣ, болѣе либеральными постановленіями, взятыми изъ законодательства 1819 г. Но закономъ 6 мая 1871 г. оно установило залогъ для всѣхъ политическихъ газетъ безъ исключенія и для всѣхъ неполитическихъ газетъ и изданій, появляющихся болѣе одного раза въ недѣлю. Наконецъ закономъ 29 дек. 1875 г. оно значительнымъ образомъ ограничило свободу печати.

Такимъ образомъ, въ эту эпоху законодательство о типографіяхъ, о книжной торговлѣ, объ афишированіи, о распространеніи печатныхъ произведеній и о періодической прессѣ было въ высшей степени сложно, Съ другой стороны, для печати это не былъ произвольный полицейскій режимъ, какъ въ нѣкоторыя прежнія эпохи, но это не было и дѣйствительной свободой. Республиканская партія, побѣдившая на выборахъ 1876 г., должна была выработать полный и

дѣйствительно либеральный законъ о печати. Выработка этого закона, задержанная періодомъ 16 мая, была, наконецъ, закончена въ 1881 г.

Законъ 29 іюля 1881 г. о свободѣ печати дѣйствительно установилъ режимъ свободы для типографій, книжной торговли, распространенія печатныхъ изданій и прессы въ собственномъ смыслѣ слова. Онъ продолжаетъ оставаться основнымъ закономъ по этому предмету и получилъ съ тѣхъ поръ лишь детальныя видоизмѣненія и дополненія.

Печатное дѣло и книжная торговля свободны; но всякое печатное произведеніе, пускаемое въ публику, за нѣкоторыми исключеніями (такъ называемыми ouvrages de ville ou bilboquets), должно быть снабжено указаніемъ объ имени автора и мѣстожительствѣ типографа. Въ моментъ публикаціи, типографъ обязанъ представить два экземпляра (для эстамповъ и копій три экземпляра) въ Парижъ министру внутреннихъ дѣлъ, въ другихъ мѣстахъ въ префектуру, въ субъ-префектуру или въ мерію (ст. 1—3).

Профессія разносчика и продажа на общественныхъ путяхъ свободна, лишь съ обязательствомъ для того, кто хочетъ ею заняться, сдѣлать заявленіе въ префектурѣ департамента, гдѣ находится его мѣстожительство, для газетъ—въ меріи или въ субъ-префектурѣ для всего округа. Ср. законъ 19 марта 1889 г., запрещающій выкрикивать газеты иначе какъ по ихъ названію и выкрикивать неприличныя названія или содержащія обиду или диффамацію. Законъ 1881 г. провозглашаетъ также свободу афишированія и охраняетъ официальныя и частныя афиши. Ст. 16 спеціально говоритъ объ избирательныхъ афишахъ. Она была измѣнена и дополнена законами 27 января 1902 г., и 30 марта 1902 г., ст. 44 (запрещеніе трехцвѣтныхъ афишъ).

Что касается періодической прессы, она свободна. Въ силу ст. 5, всякая газета или періодическое изданіе можетъ быть издаваема безъ разрѣшенія и безъ внесенія залога; достаточно лишь предъ публикаціей сдѣлать прокурору республики заявленіе, содержащее заглавіе газеты или періодическаго изданія, имя и жилище редактора, указаніе типографіи, гдѣ она должна печататься (ст. 7). Всякая газета или періодическое изданіе должно имѣть управляющаго-француза, со-

вершеннолѣтняго и пользующагося всѣми гражданскими и политическими правами (ст. 6). Нѣтъ необходимости, чтобы статьи были подписаны. Въ моментъ выхода въ свѣтъ каждаго листка должны быть представлены прокурорскому надзору при судѣ первой инстанціи два экземпляра, подписанные управляющимъ, или въ мерію, если въ городѣ, гдѣ появляется газета, нѣтъ суда. Подобное же представленіе двухъ экземпляровъ въ Парижѣ и департаментѣ Сены дѣлается министру внутреннихъ дѣлъ, въ другихъ мѣстахъ — въ префектуру, въ субъ-префектуру или въ мерію. Такимъ образомъ представленіе экземпляровъ двойное,—административное и судебное (ст. 10).

Послѣ того какъ такимъ образомъ утверждена свобода, какъ естественное послѣдствіе ея, должна быть энергически санкціонирована отвѣтственность газеты: гражданская отвѣтственность по отношенію къ частнымъ лицамъ, задѣтымъ газетою, и уголовная отвѣтственность въ случаяхъ, когда законъ постановляетъ, что имѣется налицо уголовное правонарушеніе.

Отвѣтственность по отношенію къ частнымъ лицамъ санкціонируется прежде всего правомъ но опроверженіе для всякаго лица, названнаго или указаннаго газетою, и обязательствомъ для издателя напечатать данное опроверженіе (ст. 13) и правомъ прямого привлеченія управляющаго и автора статьи къ суду исправительной полиціи, когда не можетъ быть представлено доказательствъ позорящаго факта (законъ 1881 г., ст. 29, 45, 46, 60 и законъ 16 марта 1893 г.).

Чиновники охраняются обязанностью издателя газеты печатать въ началѣ своего изданія опроверженія, относящіяся къ дѣйствіямъ ихъ по должности (ст. 12), и преслѣдованіями за обиду или диффамацію. Доказательство позорящаго факта допускается, когда диффамація направлена противъ чиновника или нѣкоторыхъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 31 и 35. Дѣло въ этомъ случаѣ разбирается судомъ присяжныхъ,

Впрочемъ, согласно принципу, указанному въ началѣ этого параграфа, судъ присяжныхъ вообще является нормальною инстанціей для разбирательства всѣхъ преступленій по дѣламъ печати (ст. 45).

Однако нѣкоторые послѣдующіе законы создали нѣсколько новыхъ преступленій и разбирательства этихъ преступленій и нѣкоторыхъ изъ предусмотрѣнныхъ закономъ 29 іюля 1881 г. передали суду исправительной полиціи. Таковъ законъ 16 марта 1893 г., измѣнившій ст. 45, 47 и 60 закона 1881 г., и законъ 18 іюля 1894 г., имѣющій объектомъ репрессію анархическихъ дѣяній и вотированный послѣ убійства въ Ліонѣ президента Карно анархистомъ Казеріо. Этотъ законъ предаетъ суду исправительной полиціи всякаго индивида, который съ цѣлью анархистской пропаганды провокаціей или апологіей фактовъ, спеціально перечисленныхъ въ ст. 24, §§ 1 и 2 и 25 закона 1881 г., побудитъ одно или нѣсколько лицъ къ совершенію воровства, убійства, грабежа и т. д., или обратится съ провокаціей къ военнымъ... съ цѣлью отвратить ихъ отъ исполненія своего долга. Эти законы были названы преступными законами (lois scélérates) соціалистами и радикалами-соціалистами, которые, однако, тщательно остереглись потребовать ихъ отмѣны, когда сами достигли власти. Должно указать также на законъ 2 августа 1882 г., имѣющій объектомъ репрессію нарушеній добрыхъ нравовъ и измѣненный и дополненный закономъ 16 марта 1898 г. [1]).

87. Право петицій.—Право петицій есть принадлежащее индивиду право обращаться къ общественнымъ органамъ или агентамъ съ письменнымъ заявленіемъ, въ которомъ онъ излагаетъ свои мнѣнія, просьбы или жалобы. Право петицій есть одна изъ формъ свободы мнѣнія. Каждый свободенъ излагать свои мнѣнія, сообщать ихъ публикѣ и, слѣдовательно, также и представителямъ власти. Право петицій есть, болѣе того, одно изъ послѣдствій индивидуальной свободы вообще: каждый имѣетъ

---

[1]) Относительно свободы печати и преступленій по дѣламъ печати см. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole et de la presse*, 2 тома; Barbier, *Code expliqué de la presse*, 2 тома; Ducroq, *Droit administratif*, 7 изд., 1848, III, стр. 539 и сл.; Garraud, *Droit pénal*, 2 изд., IV, стр. 420 и сл.

право не быть жертвою произвольнаго акта со стороны агентовъ власти и формулировать жалобу противъ подобнаго акта.

Право петицій не было особо упомянуто въ Декларацiи правъ 1789 г. Вѣроятно, полагали, что это безполезно, ибо оно есть необходимое послѣдствіе индивидуальной свободы и свободы мнѣнія. Впрочемъ, въ § 3, тит. I, конст. 1791 г. законодатель объявляетъ гарантированными, какъ естественныя и гражданскія права, индивидуальную свободу, свободу мнѣнія, свободу печати, свободу собраній а также «свободу обращаться къ установленнымъ властямъ съ петиціями, имѣющими индивидуальныя подписи». Въ ст. 32 Декларацiи 1793 г., сказано: «Право представлять петиціи носителямъ общественной власти ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть запрещено, пріостановлено или ограничено». Ср. конст. III года, ст. 37 и 364; конст. 1848 г., ст. 8.

Съ 1791 г. возникло одно затрудненіе для права петицій. Петиція можетъ быть подана при двухъ совершенно различныхъ предположеніяхъ. Она можетъ быть формулирована съ чисто индивидуальной цѣлью: просятъ измѣнить или отмѣнить индивидуальное рѣшеніе; просятъ, чтобы принято было индивидуальное рѣшеніе, съ которымъ обращаются къ правительству или парламенту. Формулированная такимъ образомъ, въ чисто индивидуальномъ интересѣ, петиція есть неоспоримо, по терминологіи авторовъ Декларацiи правъ и конституціи 1791 г., осуществленіе естественнаго и гражданскаго права, т.-е. принадлежащая каждому индивиду, какъ человѣку, и являющаяся гражданскимъ правомъ потому,

что оно признано и гарантировано обществомъ. Въ силу этого указанное право принадлежитъ всѣмъ, даже тѣмъ, кто не пользуется политическими правами, женщинамъ, дѣтямъ, лицамъ, подвергнувшимся ограниченію правъ, и даже иностранцамъ. Понятое такимъ образомъ право петицій есть, несомнѣнно, стоящее надъ законодателемъ право, которое этотъ послѣдній можетъ регламентировать, но котораго онъ не можетъ ни ограничить ни отмѣнить.

Напротивъ, петиція можетъ быть адресована индивидомъ или группой индивидовъ въ цѣляхъ общаго интереса. Въ этомъ случаѣ просятъ не объ индивидуальномъ рѣшеніи, но о томъ, чтобы принято было рѣшеніе общаго характера и въ коллективномъ интересѣ; обращаются къ парламенту, чтобы онъ вотировалъ законъ или отвергъ законопроектъ, отмѣнилъ или видоизмѣнилъ существующій законъ, обращаются къ правительству, чтобы оно приняло общую мѣру въ сферѣ своей компетенціи, или чтобы оно въ силу принадлежащаго ему права иниціативы представило парламенту тотъ или иной законопроектъ. Не являются ли въ подобномъ случаѣ петиціи осуществленіемъ какъ бы законодательной иниціативы, участіемъ въ политической власти? Не должно ли понятое такимъ образомъ право петицій быть признано лишь за тѣми, кто пользуется политическими правами? Не слѣдуетъ ли отказать въ немъ женщинамъ, дѣтямъ, лицамъ, лишеннымъ правъ, и иностранцамъ?

Часто вмѣсто того, чтобы различать, подобно намъ, петиціи на формулированныя въ общемъ интересѣ и на формулированныя въ интересѣ частномъ, различаютъ петиціи, обращенныя къ палатамъ, и петиціи, обращенныя къ правительству. Это различеніе намъ кажется неточнымъ; мы только

что указали, что петиція, обращенная къ правительству, вполнѣ можетъ имѣть въ виду общій интересъ. Такъ, въ Соединенныхъ Штатахъ, когда граждане желаютъ измѣнить законъ, они не обращаются прямо къ конгрессу, а посылаютъ президенту петицію, въ которой просятъ его рекомендовать конгрессу такое измѣненіе [1]).

Вопросъ стоитъ съ 1791 г. Въ докладѣ, представленномъ Національному собранію 9 мая 1791 г., ле-Шапелье предложилъ различать между *жалобой* и *петиціей* въ собственномъ смыслѣ слова. Онъ опредѣлилъ *жалобу*, какъ естественное и неприкосновенное право, принадлежащее всякому индивиду, формулировать требованіе, обращенное къ общественнымъ властямъ противъ индивидуальнаго рѣшенія, касающагося его, и право *петиціи*, какъ право потребовать отъ законодателя принять рѣшеніе общаго характера относительно общаго интереса. По мнѣнію ле-Шапелье, право петиціи, понятое въ такомъ ограниченномъ смыслѣ, есть политическое право; онъ называлъ это «родомъ иниціативы гражданина относительно законовъ и соціальныхъ учрежденій» и думалъ, что оно должно быть сохранено за активными гражданами. Это воззрѣніе въ собраніи встрѣтило чрезвычайно рѣзкую оппозицію. Петіонъ, Грегуаръ, Робеспьеръ, Мори утверждали, что право петицій есть всегда и во всѣхъ случаяхъ «вѣчное право всякаго человѣка, живущаго въ обществѣ..., право всякаго думающаго существа». Это именно воззрѣніе побѣдило. Очень значительнымъ большинствомъ собраніе вотировало принципъ права петицій, открытаго для всѣхъ, какъ естественное индивидуальное право, какую бы цѣль оно ни имѣло, а также и гражданское право, въ томъ смыслѣ, что оно признано и гарантировано обществомъ (Конст. 1791 г., тит. I, § 3).

Ни одна изъ декларацій, конституцій или законовъ, признавшихъ право петицій, не дѣлала въ немъ различія или ограниченій: право петицій въ своихъ двухъ формахъ признается за всѣми, даже за тѣми, которые не пользуются политическими правами. Проектъ жирондистской конституціи организовалъ народную иниціативу, которая естественно

---

[1]) Ср. Berthélemy, *La condition actuelle de la présidence des États-Unis*, *Revue polit. et parlem.*, 10 февр. 1906, стр. 293; *Temps*, 15 февр. 1905.

могла быть осуществляема лишь избирателями (жирондистская конст., тит. III, разд. II, ст. 2, разд. V, ст. 4; тит. VIII, тит. IX, ст. 5). Но это вполнѣ отлично отъ права петицій, такъ какъ такая народная иниціатива будетъ имѣть непремѣннымъ послѣдствіемъ приведеніе въ движеніе законодательной или учредительной власти. Также и конституція 1793 г. ст. 11 организовала народную иниціативу для пересмотра конституціи, и эта иниціатива, вполнѣ отличная отъ права петицій, могла осуществляться лишь первичными собраніями. Относительно народной иниціативы въ Швейцаріи см. § 81. Но законы, признающіе право петицій, нисколько не ограничиваютъ осуществленія права петицій тѣмъ, кто пользуется избирательными правами [1]).

Вопросъ о принятіи палатами петицій, представленныхъ иностранцами, ставился нѣсколько разъ передъ парламентомъ. 1 апрѣля 1871 г. де-Ларошъ-Жакеленъ отъ имени первой комиссіи петицій представилъ докладъ о петиціи, въ которой два иностранца, члены комитета международной лиги мира въ Женевѣ, просили собраніе о консолидаціи республики. Де-Маллевиль замѣтилъ, что иностранцы не могутъ осуществлять во Франціи право петицій; Базъ проводилъ различіе между петиціями, касающимися только индивидуальнаго интереса и касающимися интереса коллективнаго: иностранцы могутъ представлять первыя, но не вторыя; поэтому онъ требовалъ, чтобы петиція была устранена предварительнымъ вопросомъ. Эмберъ, Бриссонъ, Флоке и Ланглуа указали, что различеніе, сдѣланное Базомъ, слишкомъ ограничительное и воспротивились предварительному вопросу. Собраніе не вотировало предварительнаго вопроса и довольствовалось тѣмъ, что перешло къ порядку дня [2]).

Петиціи могутъ имѣть одну подпись или неограниченное число подписей. Многіе законы говорятъ объ индивидуальныхъ петиціяхъ: конст. III г., ст. 364; VIII г., ст. 83. Каково бы ни было число личныхъ подписей подъ петиціей, она остается индивидуальной. Она перестаетъ быть таковою

---

[1]) Кромѣ цитированныхъ уже законовъ, см. конст. VIII г., ст. 83; Хартію 1814 г., ст. 53; 1830 г., ст. 45; конст. 1848 г., ст. 8; сенатусконсультъ 1870 г., ст. 41.

[2]) *Annales Assemblée nationale*, 1875, II, стр. 209.

только тогда, когда она адресована ассоціаціей, корпораціей. Ст. 364 конст. III г. и ст. 83 конст. VIII г., несомнѣнно, запрещаютъ подобныя петиціи. Но это запрещеніе, разумѣется, болѣе не имѣетъ силы; оно было бы въ абсолютномъ противорѣчіи съ принципомъ свободы ассоціацій и спеціально синдикальной свободы, которыя послѣ законовъ 21 марта 1884 г. и 1 іюля 1901 г. составляютъ существенный принципъ нашего современнаго права.

Разумѣется, чиновники, каждый въ отдѣльности, могутъ обращаться съ петиціями и подписываться подъ ними въ качествѣ чиновниковъ. Но учрежденія не могутъ, какъ таковыя, обращаться съ петиціями ни къ правительству ни къ палатамъ. Безъ сомнѣнія, ст. 364 конст. III года, запретившая петиціи, подаваемыя отъ лица ассоціацій, дозволяла петиціи правительственныхъ учрежденій относительно предметовъ, входящихъ въ ихъ сферу. Но эта статья, не имѣющая, какъ только что сказано, силы въ своемъ первомъ постановленіи, не имѣетъ ея и въ своемъ второмъ постановленіи. Законъ и регламенты указали тѣ учрежденія, которыя могутъ высказывать пожеланія, предметъ и условія этихъ пожеланій; поэтому подача ими петиціи была бы незаконна, такъ какъ она не соотвѣтствовала бы способу, установленному закономъ, или явилась бы дѣйствіемъ учрежденій, которымъ законъ не даетъ права высказывать пожеланій. Такъ, административные совѣты (генеральные, муниципальные, окружные совѣты) не могутъ, какъ таковые, обращаться съ петиціями, точно такъ же не могутъ этого дѣлать административные или общіе суды.

Однако 28 февраля 1835 г. палата депутатовъ приняла петицію членовъ гражданскаго суда въ Аржантонѣ относительно судебной организаціи, подъ предлогомъ, что законъ 16—24 августа 1790 г. (тит. II, ст. 12) далъ судамъ право обращаться къ законодательному корпусу всякій разъ, когда они считаютъ необходимымъ или интерпретировать законъ, или издать новый. Но въ 1871 г. національное собраніе устранило предварительнымъ вопросомъ, несмотря на протесты Бриссона, петицію муниципальнаго совѣта въ Пюи, просившую возстановленія вотума по избирательнымъ округамъ. Докладчикъ вполнѣ справедливо сослался на постановле-

ніе ст. 24 закона 1837 г., позволяющее муниципальнымъ совѣтамъ формулировать пожеланія мѣстнаго интереса, но запрещающее имъ публиковать какой бы то ни было протестъ, воззваніе или адресъ. Ср. также постановленіе закона 5 апр. 1884 г., ст. 61, § 4 и 72 [1]). Впрочемъ, это запрещеніе очень опредѣленно было сдѣлано ст. 1 закона 18—22 мая 1791 г., изданнаго по докладу ле-Шапелье: «Право петицій принадлежитъ всякому индивиду и не можетъ быть делегировано, поэтому оно не можетъ осуществляться отъ коллективнаго имени избирательными корпусами, судебными, административными или муниципальными учрежденіями, частями коммунъ, городовъ, обществами гражданъ». Выше было сказано, что постановленіе, запрещающее петиціи отъ имени обществъ, противорѣчитъ праву ассоціацій, признанному нашими законами.

Форма, въ которой можетъ осуществляться право петицій. — Относительно этого пункта наше законодательство всегда было очень неполнымъ, и такимъ оно остается и до сихъ поръ. Никогда не существовало никакого правила, и до сихъ поръ его не существуетъ, относительно петицій, подаваемыхъ правительству. Однако при второй имперіи декретомъ 18 дек. 1852 г., была создана при государственномъ совѣтѣ комиссія петицій. Далѣе будетъ видно, почему отсутствіе регламентаціи относительно петицій, обращенныхъ къ правительству, не представляетъ никакихъ неудобствъ.

Что касается до формы, въ которой должны быть представлены петиціи палатамъ, то она опредѣляется нынѣ закономъ 22 іюля 1879 г. (ст. 6—9) и регламентами сената ст. 97 и сл., палаты, ст. 69 и сл.

Въ теченіе всей революціи, петиціонеры постоянно допускались въ собраніе, чтобы лично передать свои петиціи, которыя они иногда даже читали. Извѣстно, какіе инциденты, часто шумные, иногда зловѣще нелѣпые, вызывала эта практика.

По ст. 83 конст. VIII года, петиціи должны подаваться спеціально трибунату. Ст. 61 и 65 сенатусконсульта 28 флореаля XII года, разрѣшили подавать петиціи сенатскимъ комиссіямъ индивидуальной свободы и свободы печати.

---

[1]) Засѣданіе 13 мая 1871 г., *Annales*, III, стр. 9.

Ст. 53 Хартіи 1814 г. и 45 Хартіи 1830 г. требовали, чтобы всякая петиція представлялась письменно, и запрещали «приносить ихъ лично въ собраніе». Въ 1848 г. ни конституція ни законъ не регулировали формы петицій. Это было установлено лишь регламентомъ сначала національнаго собранія, а потомъ законодательнаго собранія.

Конституція 1852 г. (ст. 45) особо указала, что право петицій осуществляется исключительно предъ сенатомъ, и что нельзя подавать петиціи законодательному корпусу. Но ст. 41 сенатусконсульта 21 мая 1870 г. разрѣшила петиціи какъ къ законодательному корпусу, такъ и къ сенату.

Послѣ паденія имперіи, форма петицій была исключительно регулирована регламентами палатъ до закона 22 іюля 1879 г.

Въ силу ст. 6 закона 22 іюля 1879 г., всякая петиція къ той или другой палатѣ, можетъ быть подана только письменно; запрещается приносить ихъ лично въ собраніе. Законодатель очень благоразумно хотѣлъ предупредить инциденты, которые можетъ вызвать появленіе петиціонеровъ въ законодательномъ собраніи. Ст. 7 содержитъ также очень благоразумное постановленіе, имѣющее въ виду помѣшать скопленію народа и волненіямъ, которыя можетъ вызвать осуществленіе права петицій: «Всякое нарушеніе предшествующей статьи, всякое приглашеніе рѣчами, произнесенными публично, или сочиненіями и печатными произведеніями, афишированными или розданными, учинить собраніе на общественномъ пути, съ цѣлью обсужденія, редактированія или предъявленія въ палаты или въ одну изъ нихъ петицій, деклараціи или адресовъ, независимо отъ того, имѣло ли послѣдствія это приглашеніе или нѣтъ, будутъ наказаны по § 1, ст. 5 закона 7 іюня 1848 г.» Ст. 7 закона 1879 г. добавляетъ, что предшествующими постановленіями ничего не измѣнено въ законѣ 7 іюня 1848 г. о скопленіяхъ народа.

Что касается до парламентской процедуры для разсмотрѣнія петицій, то она опредѣлена регламентами палатъ (регл. сената, ст. 17, § 3, 95 — 102; реглам. палаты ст. 20, 61 — 68). Петиціи должны быть адресованы президенту сената или

палаты. Члены палаты не могутъ представлять ихъ на трибуну. Петиціи должны быть подписаны, и практикой принято, что петиція имѣетъ цѣну лишь тогда, когда подписи на ней удостовѣрены. Петиціи передаются комиссіи, назначаемой каждый мѣсяцъ въ бюро для разсмотрѣнія петицій. Однако петиціи относительно предложенія, которымъ въ данный моментъ занимается опредѣленная комиссія, отсылаются въ эту комиссію. Листокъ, раздаваемый въ палатѣ еженедѣльно, и ежемѣсячно въ сенатѣ, упоминаетъ имя и жилище петиціонера, общее указаніе на предметъ петиціи, имя докладчика, резолюцію, принятую комиссіей, съ общимъ резюмэ ея мотивовъ. Въ общемъ, доклады о петиціяхъ должны печататься только въ этомъ листкѣ, они не представляются въ бюро и не печатаются отдѣльно, какъ доклады о проектахъ и предложеніяхъ. Какъ исключеніе, собраніе иногда разрѣшаетъ особое печатаніе и раздачу докладовъ о петиціяхъ, въ силу ихъ исключительной важности.

Комиссія петицій можетъ принять три различныя рѣшенія: 1) передать петиціи министру; 2) подвергнуть петиціи, независимо отъ этой передачи, разсмотрѣнію палаты; 3) рѣшить, что нѣтъ мѣста разсмотрѣнію петиціи. Петиціонеръ извѣщается о рѣшеніи комиссіи. Если петиціи передаются на разсмотрѣніе палаты, эта послѣдняя разсматриваетъ ее въ публичномъ засѣданіи. Палата можетъ вотировать относительно петиціи порядокъ дня, т.-е. рѣшить, что петиціи не будетъ дано дальнѣйшаго хода, вотировать мотивированный порядокъ дня, вотировать передачу ее компетентному министру, при чемъ эта передача можетъ быть простой или съ пожеланіемъ, чтобы петиціи было дано возможно скорое рѣшеніе. Палата, разумѣется, можетъ всегда вотировать относительно петицій предварительный вопросъ [1]).

Право петицій къ палатамъ въ нѣкоторыя эпохи имѣло гораздо большее значеніе, чѣмъ нынѣ. При

---

[1]) Относительно деталей по всѣмъ этимъ пунктамъ парламентской процедуры см. Pierre, *Traité de droit politique*, 2 изд., 1902, стр. 668 и сл.; *Supplément*, 1906, стр. 276 и сл.

дѣйствіи конституцій, отказывавшихъ палатамъ въ иниціативѣ, право петицій давало замаскированный способъ, чтобы занять палаты важными вопросами, которые не возбуждало передъ ними правительство. Нынѣ депутаты и сенаторы имѣютъ полное право иниціативы, и въ этомъ отношеніи право петицій сдѣлалось безполезнымъ. Съ другой стороны, печать съ громаднымъ могуществомъ, которое она имѣетъ въ наши дни, есть гораздо болѣе сильное средство, чтобы заставить общественныя власти обратить вниманіе на данный вопросъ, чѣмъ скромное право петицій. Она можетъ возбудить общественное мнѣніе и принудить парламентъ и правительство къ дѣйствію, когда петиціи, даже соединяющія тысячи подписей, остаются забытыми на кладбищѣ парламентскихъ комиссій.

Наконецъ петиціи въ собственномъ смыслѣ, адресованныя къ правительству, также дѣлаются почти безполезными. Индивидъ, утверждающій, что онъ является жертвой произвольнаго акта, по современному праву, имѣетъ въ распоряженіи возможность обжаловать это дѣйствіе, что гарантируетъ его права гораздо энергичнѣе и дѣйствительнѣе, чѣмъ петиціи. Благодаря общему характеру, данному судебной практикой жалобѣ на превышеніе власти, благодаря широко признанной отвѣтственности государства и чиновниковъ, индивидъ все лучше охраняется противъ административнаго произвола, и право петицій дѣлается все болѣе безполезнымъ.

88. Религіозная свобода.—Всякій индивидъ неоспоримо имѣетъ право внутренно вѣрить въ религіозной сферѣ тому, чему хочетъ. Это есть, собственно, сво-

бода совѣсти, которая является не только свободой не вѣрить, но также и свободой вѣрить, чему угодно. Понятая такимъ образомъ, свобода совѣсти естественно и неизбѣжно ускользаетъ отъ посягательствъ законодательства, какъ свобода мысли въ собственномъ смыслѣ слова. Ни по праву ни въ дѣйствительности законодатель не можетъ проникнуть во внутреннюю область индивидуальной совѣсти и сдѣлать для нея что-нибудь обязательнымъ или запрещеннымъ. Подобно свободѣ мысли, свобода совѣсти въ собственномъ смыслѣ слова не имѣетъ нужды подтверждаться правомъ. Законодатели и правительства, къ несчастью, часто забывали это и иногда еще забываютъ и теперь.

Вопросъ о вмѣшательствѣ государства можетъ быть поставленъ только тогда, когда религіозныя вѣрованія проявляются во внѣ, благодаря письменному или устному изложенію или отправленію культа, соотвѣтствующаго этимъ вѣрованіямъ. Часто спрашивали, что отличаетъ религію отъ философіи. Разумѣется, невозможно дать критерій неизмѣннаго отличія. Однако намъ кажется, что религія заключаетъ въ себѣ, съ одной стороны, вѣрованія въ нѣкоторыя предположенія метафизическаго порядка, а съ другой стороны, совершеніе извѣстныхъ ритуаловъ, соотвѣтствующихъ этимъ вѣрованіямъ, какъ бы различны ни были эти вѣрованія, какой бы характеръ ни представляли эти ритуалы. Однимъ словомъ, два очень общихъ элемента характеризуютъ религію: во-первыхъ, всякая религія заключаетъ въ себѣ извѣстное число болѣе или менѣе примитивныхъ или сложныхъ догматовъ и, во-вторыхъ, из-

вѣстный ритуалъ, извѣстный культъ, также безконечно разнообразный [1]).

Послѣ того какъ установлено это, утверждать религіозную свободу—значитъ, прежде всего, утверждать право каждаго публично выражать устно или письменно свои религіозныя вѣрованія. Но понятая такимъ образомъ, религіозная свобода сливается со свободою мнѣнія. Авторы Декларацiи правъ 1789 г., прекрасно понимали это, когда говорили: «Никто не долженъ быть обезпокоенъ за свои *даже религіозныя* убѣжденія, лишь бы ихъ проявленіе не нарушило общественнаго порядка, установленнаго закономъ». Это выраженіе *даже религіозныя* показываетъ, что въ сознаніи людей 1789 г. было нѣчто новое въ этомъ уваженіи религіозныхъ убѣжденій, но новизна состояла именно въ уподобленіи религіозныхъ мнѣній политическимъ, философскимъ, соціальнымъ, артистическимъ и т. д. мнѣніямъ. Свобода выраженія своихъ религіозныхъ вѣрованій устно или письменно ни въ чемъ не отличается отъ свободы мнѣнія вообще, и все, что было сказано ранѣе о свободахъ собранія, обученія, печати, должно получить свое приложеніе, когда собранія, обученіе и печать имѣютъ цѣлью пропагандировать религіозныя вѣрованія. Законы, гарантирующіе нынѣ эти различныя свободы, должны примѣняться, каковы бы ни были мнѣнія или вѣрованія, выраженныя подъ охраною этихъ законовъ.

---

1) Относительно опредѣленія религіи см. Morrys Jastrow, *The study of religion*, 1901, стр. 171 и сл.; Chantepie de la Saussaye, *Manuel de l'histoire des religions*, франц. изд., 1904, введеніе, стр. XV и сл.; Durkheim, *De la définition des phénomenes religieux*, въ *Année sociologique*, т. II, 1898 г., стр. 4 и сл.

Но всякая религія заключаетъ въ себѣ другой элементъ: ритуалъ или культъ. Для существованія религіозной свободы, надо, чтобы каждый былъ воленъ отправлять всякій религіозный культъ, чтобы никому не было поставлено прямыхъ или косвенныхъ препятствій въ отправленіи культа, соотвѣтствующаго его религіознымъ вѣрованіямъ, и, обратно, чтобы никто не былъ прямо или косвенно принужденъ отправлять какой-нибудь культъ. Слѣдовательно, религіозная свобода по существу своему есть свобода культа. Но, конечно, принципъ, въ силу которую свобода каждаго должна быть ограничена въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для обезпеченія свободы всѣхъ, такъ же вѣренъ для религіозной свободы, какъ и для всѣхъ свободъ. Вслѣдствіе этого, законодатель можетъ и долженъ выступать съ регламентаціей внѣшняго отправленія культа, но такъ, чтобы не нарушать, въ чемъ бы то ни было, индивидуальной свободы. Право каждаго свободно отправлять свой культъ имѣетъ границею физическую, умственную и религіозную свободу всѣхъ остальныхъ.

Религіозная свобода въ такомъ смыслѣ очень долго утверждалась въ цивилизованныхъ странахъ; и можно себя спросить еще и теперь, дѣйствительно ли Франція 1906 г. уважаетъ религіозную свободу. Ни въ какой другой сферѣ мысли нетерпимость не давала болѣе чувствовать своего злосчастнаго дѣйствія. Всякій вѣрующій, дѣйствительно, легко вѣритъ, что одна его религія владѣетъ абсолютною метафизическою и моральной истиной; вслѣдствіе этого онъ хочетъ навязать свои вѣрованія другимъ; онъ легко видитъ въ этомъ совершеніе настоящаго

долга. Естественно, у него является соблазнъ употребить ту долю власти, которою онъ располагаетъ, чтобы благопріятствовать и даже сдѣлать обязательнымъ отправленіе культа той или иной религіи. Кромѣ того, во всѣ времена и во всѣхъ странахъ, правители видѣли въ религіи силу то союзную, то враждебную, и вслѣдствіе этого естественно придерживались въ религіи политики привилегій или угнетенія: привилегій для религіи, изъ которой дѣлали оружіе правительства, угнетенія по отношенію къ религіи, вліянія которой боялись.

Кромѣ ст. 10 Декларацiи правъ 1789 г., много текстовъ нашихъ декларацій, нашихъ конституцій и нашихъ законовъ формулировало принципъ религіозной свободы. Конституція 1791 г. объявила гарантированной, какъ естественное и гражданское право, «свободу каждаго человѣка... отправлять тотъ культъ, который онъ избираетъ» (тит. 1, § 2). «Свободное отправленіе культовъ не можетъ быть запрещено» (Декл. 1793 г., ст. 7). Ср. конст. 1793 г., ст. 122. «Никому не можетъ быть поставлено препятствій въ отправленіи, согласно съ законами, выбраннаго имъ культа. Никто не можетъ быть принужденъ участвовать въ расходахъ по какому-нибудь культу. Республика не оплачиваетъ никакого культа» (конст. III года, ст. 334). Формула конституціи III года, отличающаяся полнѣйшей точностью, была воспроизведена въ мотивахъ большого закона 7 вандеміера IV года относительно полиціи и внѣшняго отправленія культовъ. По формулѣ присяги, которую ст. 53 сенатусконсульта 28 февраля XII года дѣлала обязательной для императора, этотъ послѣдній долженъ былъ обѣщать уважать и требовать уваженія къ свободѣ культовъ. Хартія 1814 г. особо признала свободу культовъ: «Каждый съ одинаковой свободой исповѣдуетъ свою религію и получаетъ для своего культа одинаковую охрану» (ст. 5). Правда, въ ст. 6 было сказано: «Однако католическая, апостолическая и римская религія есть государственная религія». Ср. ст. 5 и 6 Хартіи 1830 г. Въ ст. 7 констит. 1848 г. было сказано: «Каждый свободно исповѣ-

дуетъ свою религію и получаетъ отъ государства для отправленія своего культа равную охрану». Конст. 1852 г. дала сенату право «воспротивиться опубликованію законовъ, противныхъ свободѣ культовъ» (ст. 26). Наконецъ законъ 9 декабря 1905 г. относительно отдѣленія церкви и государства содержитъ слѣдующую статью: «Республика обезпечиваетъ свободу совѣсти. Она гарантируетъ свободное отправленіе культовъ при единственныхъ ограниченіяхъ, которыя будутъ изданы въ интересѣ общественнаго порядка».

Изъ этого видно, что съ 1789 г. не было недостатка ни въ числѣ ни въ точности законовъ, провозглашающихъ принципъ религіозной свободы. Въ дѣйствительности, была ли уважаема религіозная свобода? Вопросъ чрезвычайно сложный, котораго невозможно изучить здѣсь въ деталяхъ, и относительно котораго должно ограничиться лишь указаніемъ существенныхъ пунктовъ.

Согласно принципу, формулированному въ Декларації, Учредительное собраніе издало рядъ декретовъ относительно протестантовъ и евреевъ: декретъ 24 дек. 1789 г., объявляющій для протестантовъ доступными всѣ гражданскія и военныя должности, 10 іюля и 9 дек. 1790 г. относительно наслѣдниковъ бѣглыхъ кальвинистовъ, 28 января и 20 іюля 1790 г., подтвердившій прежнія права евреевъ и уничтожившій особыя пошлины, которыми они были обложены.

Гражданское устройство духовенства.—Но по отношенію къ католикамъ Учредительное собраніе 1789 г., пожалуй, не уважало столь строго логическихъ послѣдствій провозглашеннаго въ Декларації принципа религіозной свободы. Декретомъ 2 ноября 1789 г. оно объявило, что всѣ церковныя имущества передаются въ распоряженіе націи; въ то же время оно обѣщало, что нація обезпечитъ содержаніе священнослужителей; оно даже фиксировало въ 1.200 франковъ въ годъ minimum содержанія каждаго кюре, не считая квартиръ. Потомъ, продолжая авторитарную и галликанскую политику французскихъ королей, собраніе пожелало организовать во Франціи дѣйствительно національную церковь, независимую отъ святого престола, «ибо папа можетъ быть для французской націи не чѣмъ инымъ, какъ римскимъ епископомъ». Изъ этого вышло *гражданское устройство ду-*

ховенства (12 іюля 1790 г.), явившееся нормальнымъ заключеніемъ традиціонной галликанской политики. *Декларація четырехъ статей* въ 1682 г и *гражданское устройство* 1790 г. вдохновлялись одними и тѣми же принципами и являлись осуществленіемъ одной и той же политики.

Титулъ 1 акта 12 іюля 1790 г. опредѣляетъ церковные округа и постановляетъ, что каждый департаментъ образуетъ одно епископство. Единственными титулами, признанными администраціей, являются епископъ и кюре. Епископъ перестаетъ быть главою своего епископства и дѣлается президентомъ синодальнаго совѣта, состоящаго изъ викаріевъ каѳедральной церкви, высшихъ викаріевъ и директора семинаріи; безъ обсужденія въ синодальномъ совѣтѣ епископъ не можетъ совершить ни одного юрисдикціоннаго акта (гражд. устр. духовенства, тит. I, ст. 14). Епископы избираются согласно формамъ, установленнымъ закономъ 22 дек. 1789 г. для назначенія членовъ департаментскаго собранія (тит. II, ст. 3). Епископъ не долженъ спрашивать конфирмаціи у святого престола, и папа не можетъ давать такой конфирмаціи: «Новый епископъ не можетъ обращаться къ папѣ, чтобы получить отъ него какую бы то ни было конфирмацію» (ст. 18). Онъ можетъ лишь писать ему, «какъ видимому главѣ вселенской церкви, въ знакъ единства вѣры и общенія, которое онъ долженъ съ нимъ поддерживать» (ст. 18). Предъ своимъ посвященіемъ избранный епископъ «долженъ принести присягу быть вѣрнымъ націи, закону и королю и поддерживать всею своею властью конституцію, декретированную Національнымъ Собраніемъ и принятую королемъ» (ст. 21). Избраніе кюре должно совершаться, согласно формамъ, предписаннымъ закономъ 22 декабря 1809 г. для избранія членовъ окружного совѣта (ст. 25). Однако кюре должны получать каноническое утвержденіе отъ епископа. Но если послѣдній отказываетъ въ немъ, то этотъ отказъ долженъ быть мотивированъ, и заинтересованный можетъ обжаловать его гражданской власти (ст. 36). Каждый кюре выбираетъ своихъ викаріевъ, но не можетъ ихъ смѣщать (ст. 43 и 44). Выбранные и утвержденные кюре должны принести ту же присягу, что и епископы (ст. 38). Наконецъ титулъ III регулируетъ содержаніе священнослужителей.

Эта организація католическаго культа была абсолютно противоположна принципамъ организаціи римской церкви, и Святой престолъ, разумѣется, не могъ ея принять. Дѣйствительно, послѣ долгихъ колебаній, Пій VI посланіемъ 13 апрѣля 1791 г. объявилъ законъ о гражданскомъ устройствѣ французскаго духовенства еретическимъ и схизматическимъ, объявилъ недѣйствительными всѣ выборы, сдѣланные уже или предстоявшіе на основаніи его постановленій, и далъ 40 дней сроку священнослужителямъ, принесшимъ присягу, отречься отъ нея, въ противномъ случаѣ, они были бы пріостановлены въ отправленіи своей службы. Кромѣ того, этотъ законъ былъ прямымъ нарушеніемъ религіозной свободы, свободы католическаго культа. Что государство объявляетъ себя непризнающимъ никакого культа, это допустимо; оно даже должно это сдѣлать; этимъ оно не наноситъ никакого ущерба религіозной свободѣ, если оно дозволяетъ свободное отправленіе всѣхъ культовъ. Но собраніе сдѣлало не то: наоборотъ, оно хотѣло сдѣлать изъ католическаго культа національный и официальный культъ, и дало ему одною своею властью организацію, которая была въ очевидномъ противорѣчіи съ законами церкви, именно, постановило, чтобы епископы поставлялись безъ конфирмаціи папы. Такъ какъ не могло быть другихъ служителей католическихъ религій, ни епископовъ ни кюре, кромѣ тѣхъ, которые были поставлены согласно новому установленію, и которые принесли требуемую отъ нихъ присягу, то католики не могли болѣе отправлять своего культа, ибо для того, чтобы законно отправлять его, они были обязаны обращаться къ схизматическимъ священнослужителямъ. Бріанъ, въ своемъ докладѣ палатѣ депутатовъ о законопроектѣ, сдѣлавшемся закономъ 9 декабря 1905 г., говоритъ о законодательной ошибкѣ Національнаго собранія [1]). Точнѣе слѣдовало бы сказать, покушеніе Національнаго собранія на свободу католическаго культа.

Режимъ культовъ при Конвентѣ и Директоріи. Здѣсь нельзя было бы перечислить всѣ рѣшенія, принятыя Національнымъ собраніемъ, Законодательнымъ собраніемъ и Конвентомъ

---

[1]) *Journal offic., doc. parlem.*, палата, чрезвычайная сессія, 1904, стр. 263.

противъ священниковъ, *противившихся* или *неприсягавшихъ*, т.-е. отказавшихся принести присягу, требуемую гражданскимъ устройствомъ. Укажемъ только на декретъ 27 ноября 1790 г., на декретъ 29 ноября 1791 г., постановившій, что всѣ духовныя лица, не принесшія присяги, считаются подзрѣваемыми въ бунтѣ противъ закона и въ дурныхъ намѣреніяхъ противъ отечества, отдаются подъ надзоръ властей и въ случаѣ волненій арестовываются, на декретъ 26 августа 1792 г., распорядившійся о высылкѣ всѣхъ священнослужителей, не принесшихъ присяги, на декреты 14 февраля 1793 г., 18—22 марта 1793 г., 23—24 апрѣля 1793 г. Декретъ отъ 18 марта 1793 г. предписываетъ смертную казнъ неприсягавшимъ священникамъ, арестованнымъ на французской территоріи. Великолѣпный способъ примѣненія принципа свободы совѣсти и свободы культовъ!

Единственнымъ рѣшеніемъ религіозной проблемы, согласовавшимся съ якобинской программой, было созданіе государственной религіи. Такъ какъ попытка, сдѣланная въ этомъ смыслѣ Учредительнымъ собраніемъ, не удалась, то Конвентъ логикой вещей былъ приведенъ къ учрежденію новаго официальнаго культа. Этому именно порядку идей отвѣчали попытки, сдѣланныя, сначала, чтобы установить, какъ официальный культъ французской республики, культъ Разума, потомъ культъ Верховнаго Существа. Декретъ 20 брюмера II года, изданный по просьбѣ парижской коммуны и парижскаго духовенства, явившихся процессіей въ Конвентъ, съ Шометтомъ, прокуроромъ коммуны, и Гомелемъ, парижскимъ епископомъ, во главѣ, постановилъ, что «по просьбѣ парижскихъ гражданъ, главная церковь Парижа отнынѣ будетъ храмомъ Разума» [1]). 18 фримера II года, съ цѣлью нейтрализовать дѣйствіе гебертистовъ, утверждавшихъ, что съ революціонными принципами согласуются лишь матеріалистическія доктрины, Робеспьеръ настоялъ на изданіи Конвентомъ декрета, статья первая котораго гласитъ: «Запрещаются всякія насилія и мѣры, противныя свободѣ культовъ». Впрочемъ, особо было указано въ декретѣ, что сохраняются всѣ законы и мѣры общественнаго блага противъ противящихся и мя-

---

[1]) Ср. Bucher et Roux, *Histoire parlem. de la Révolution*, XXX, стр. 180 и сл.

тежныхъ священниковъ и противъ всѣхъ тѣхъ, кто подъ предлогомъ религіи попытался бы скомпрометировать дѣло свободы (ст. 3). Тѣмъ же самымъ декретомъ (ст. 3) Конвентъ предложилъ, «чтобы во имя отечества всѣ добрые граждане воздержались отъ всякаго богословскаго спора» [1]). Декретъ 18 фримера II года былъ лишь прелюдіей декрета 18 флореаля II года, установившаго офиціальную религію Верховнаго существа, главнымъ священнослужителемъ которой хотѣлъ сдѣлаться Робеспьеръ, и которая, по его мысли, должна была стать прежде всего орудіемъ владычества. См. докладъ, сдѣланный 18 флореаля II года Робеспьеромъ отъ имени Комитета общественнаго спасенія объ отношеніи между религіозными и моральными идеями и республиканскими принципами и о національныхъ празднествахъ [2]). Декретъ 18 флореаля II года содержитъ цѣлую религіозную систему съ догматами и моралью, на которой ясно чувствуется вліяніе Руссо [3]).

День 9 термидора положилъ конецъ мечтѣ Робеспьера и освободилъ Францію отъ кровожаднаго деспотизма, которымъ онъ ее угнеталъ. Конвентъ, наконецъ, понялъ, что единственное, дѣйствительно демократическое и единственно согласное съ принципомъ религіозной свободы рѣшеніе состоитъ въ установленіи полнаго отдѣленія культовъ отъ государства. Онъ издалъ декретъ 2 дня санъ-кюлоттидовъ II года, ст. 1-я котораго гласитъ: «Французская республика болѣе не оплачиваетъ издержекъ и содержанія ни одного культа». Этотъ же декретъ даровалъ пенсіи священнослужителямъ, исполняющимъ еще или уже оставившимъ свою должность. Декретомъ 9 вантоза III года, вотированнымъ по докладу Буасси д'Англаса [4]), Конвентъ напоминаетъ, что ст. 7

---

[1]) См. очень любопытную рѣчь, произнесенную Робеспьеромъ въ якобинскомъ клубѣ 1 фримера II года, въ которой онъ заявилъ объ этомъ декретѣ, у Boucher et Roux, *op. cit.*, XXX, стр. 272.

[2]) Boucher et Roux, *op. cit.*, XXXII, стр. 353.

[3]) Ср. Aulard, *Le culte de la Raison et le culte de l'Etre Supréme, 1793—1794*, 1892; Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, 1901, стр. 466 и сл.

[4]) *Moniteur*, réimpression, XXIII, стр. 523.

Декларацiи правъ и ст. 122 конституцiи 1793 г. формулировали принципъ неприкосновенности всякаго культа; онъ постановляетъ, что республика не содержитъ на свой счетъ ни одного культа, не даетъ зданiй ни для отправленiя культа, ни для помѣщенiя священнослужителей; что всякое собранiе гражданъ для отправленiя какого-нибудь культа подчинено надзору установленныхъ властей, но что наказывается всякiй, кто нарушитъ насильственно церемонiю какого-нибудь культа (ст. 10). Это было неоспоримо свободой культовъ. Дѣйствительно, съ этого момента католическiй культъ былъ публично возстановленъ въ различныхъ частяхъ Францiи. Декретъ 11 преріаля III года передалъ въ распоряженiе вѣрующихъ для отправленiя ихъ культа зданiя, «предназначенныя нѣкогда для отправленiя одного или нѣсколькихъ культовъ и не подвергшiяся отчужденiю». Конституцiя 5 фруктидора III года даетъ конституцiонный характеръ принципамъ, формулированнымъ въ декретахъ 2-го санъ-кюлоттидъ II года и 3 вантоза III года. Наконецъ, законъ 7 вандемьера IV года содержитъ мелочную регламентацiю отправленiя и внѣшней полицiи культовъ; онъ сопровождается мотивировкой, гдѣ напоминается, что въ силу конституцiи никому не можетъ быть поставлено препятствiй къ отправленiю выбраннаго имъ культа, что никто не можетъ быть принужденъ участвовать въ содержанiи какого-нибудь культа и что республика не содержитъ никакого культа. Мѣры предосторожности, принятыя этимъ закономъ, были, несомнѣнно, преувеличенными, особенно заявленiя, которыя статьями 4 и 6 были сдѣланы обязательными для всѣхъ священнослужителей. Это открывало широкую дорогу къ правительственному произволу. Тѣмъ не менѣе, можно сказать, что эти три закона установили во Францiи режимъ отдѣленiя церквей и государства и въ то же время фактически осуществили религiозную свободу [1]).

Этотъ режимъ свободы, основанный на отдѣленiи церквей и государства, продолжался до конкордата 1802 г. Нельзя сказать, чтобы въ теченiе этихъ семи лѣтъ не было совершенно ни одного нарушенiя религiозной свободы. Особенно

---

[1]) Ср. Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, 1901 г., стр. 523—532.

послѣ государственнаго переворота 18 фруктидора V года, Директорія и новое большинство законодательнаго корпуса, ссылаясь на «клерикальную опасность», стали слѣдовать антирелигіозной политикѣ. Укажемъ особенно на законъ 19 фруктидора V года, обязавшій всѣхъ священнослужителей «принести присягу въ ненависти къ королевству и къ анархіи, и въ привязанности и вѣрности къ республикѣ и къ конституціи III года». Ст. 24 этого же закона 19 фруктидора V года облекаетъ директорію «властью высылать мотивированными индивидуальными распоряженіями священниковъ, которые нарушили бы внутреннее общественное спокойствіе». «Особенно въ примѣненіи этой 24 статьи заключалось, говоритъ Оларъ, антирелигіозное преслѣдованіе, такъ часто указываемое въ католическихъ исторіяхъ директоріальнаго періода» [1]). Въ этомъ, несомнѣнно, было чудовищное нарушеніе не только религіозной свободы, но и индивидуальной свободы. Однако не кажется, чтобы эти индивидуальныя преслѣдованія имѣли послѣдствіемъ пріостановку отправленія католическаго культа, хотя бы въ одномъ департаментѣ. Очевидно одно, что послѣ 18 фруктидора Директорія методически преслѣдуетъ намѣреніе установить официальную религію, государственный культъ, культъ декадъ, который она хотѣла поставить на мѣсто католицизма. Рядомъ распоряженій и циркуляровъ правительство пыталось создать всеобщее празднованіе десятаго дня въ ущербъ воскресенію и заставляло отправлять культъ декадъ въ приходскихъ церквахъ. Въ данномъ случаѣ было грубое нарушеніе принципа религіозной свободы и государственнаго нейтралитета въ области религіи. Подобно Національному собранію и Конвенту, Директорія не могла дать странѣ религіознаго мира [2]).

Конкордатъ 1802 г. Соединеніе церквей и государства.—Что бы ни думали о конкордатѣ 1802 г. и объ истинныхъ мотивахъ, побудившихъ Наполеона подписать его, нѣтъ сомнѣнія, что

---

[1]) Aulard, *op. cit.*, стр. 663.

[2]) Объ отношеніяхъ между церковью и государствомъ во время революціи см. Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, 1901, стр. 466, 532, 649 и 661; Pressensé, *l'Eglise et la Révolution;* Bérard, *Séparation de l'Eglise et de l'Etat pendant la Révolution*, thèse, Paris, 1905.

онъ на нѣкоторое время принесъ Франціи религіозный миръ. Конвенціи 16 мессидора — 22 фруктидора IX года, заключенной между французскимъ правительствомъ и папой Піемъ VII и извѣстной подъ именемъ конкордата 1802 г., предшествовала слѣдующая двойная декларація: «Правительство французской республики признаетъ, что католическая, апостолическая и римская религія есть религія громаднаго большинства французскихъ гражданъ. Его Святость также признаетъ, что эта религія извлекла уже величайшее благо и блескъ и ждетъ въ настоящій моментъ еще большихъ отъ установленія католическаго культа во Франціи и отъ особаго исповѣданія ея французскими консулами». Статьи конкордата резюмируются въ слѣдующихъ семи пунктахъ: 1) католическая, апостольская и римская религія должна свободно отправляться во Франціи; ея культъ публиченъ и долженъ сообразоваться съ полицейскими регламентами, которые правительство сочтетъ необходимыми для общественнаго спокойствія; 2) святымъ престоломъ въ согласіи съ французскимъ правительствомъ будетъ произведено новое разграниченіе французскихъ епархій; 3) французское правительство назначаетъ архіепископовъ и епископовъ; Святый престолъ даетъ каноническое утвержденіе сообразно съ формами, установившимися по отношенію къ Франціи при старомъ режимѣ; 4) епископы назначаютъ кюре; но ихъ выборъ можетъ пасть лишь на лицъ, угодныхъ правительству; 5) всѣ церкви, не подвергшіяся отчужденію, должны быть переданы въ распоряженіе епископовъ; 6) церковь объявляетъ о своемъ отказѣ отъ всякихъ требованій прежнихъ церковныхъ имуществъ и взамѣнъ этого правительство обезпечитъ епископамъ и кюре, епархіи и приходы которыхъ будутъ заключаться въ новыхъ округахъ, приличествующее содержаніе (ст. 13 и 19); 7) въ случаѣ, если одинъ изъ замѣстителей перваго консула не будетъ католикомъ, назначеніе епископовъ будетъ регулировано новой конвенціей [1]).

---

[1]) О конкордатѣ см. Consalvi, *Mémoires* со введеніемъ и примѣчаніями Crétineau-Joly, 1864; Comte d'Haussonville, *l'Eglise romaine et le premier empire*, 5 т., 1864—79; Cardinal Mathieu, *Le concordat, 1802*, 1902; Beaudrillart, *Quatre cents ans de concordat*, 1905; Aulard, *Revue de Paris*, 1 мая 1897.

Законъ 18 жерминаля X года, обнародовавшій конкордатъ, обнародовалъ въ то же время органическія статьи конвенціи. Онѣ заключали въ себѣ рядъ очень строгихъ постановленій относительно отправленія во Франціи католическаго культа. Большинство было воспроизведеніемъ нормъ, принятыхъ при старомъ режимѣ, напр., слѣдующая: «никакая булла, посланіе, рескриптъ, декретъ римскаго двора... не могутъ быть получены, опубликованы, напечатаны, ни инымъ образомъ приведены въ исполненіе безъ разрѣшенія правительства» (ст. 1). По мнѣнію правительства, эти постановленія изданы были въ силу ст. I конкордата, по которой католическій культъ отправляется свободно и публично, но «сообразуясь съ полицейскими регламентами, которые правительство сочтетъ необходимыми для общественнаго спокойствія». Ср. докладъ Порталиса 15 жерминаля X года. Однако Святый престолъ никогда не признавалъ органическихъ статей.

Законъ 18 жерминаля X года содержалъ также органическія статьи протестантскаго культа. Протестантскій культъ былъ признанъ государствомъ, которое оплачивало жалованье пасторамъ, принятымъ имъ. Постановленія X года относительно протестантскаго культа были видоизмѣнены и дополнены декретомъ—закономъ 25 марта 1852 г. и закономъ 1 августа 1879 г. Въ X году не было вопроса объ еврейскомъ культѣ. Законъ 8 февраля 1831 г. передалъ государству содержаніе служителей этого культа, а ордонансъ 25 мая 1844 регулировалъ его организацію.

При первой имперіи слѣдуетъ указать на декретъ 15 февраля 1810 г., объявившій общимъ имперскимъ закономъ Декларацію *четырехъ статей 1682 г.*, на декретъ 28 февраля 1810 г., измѣнившій нѣкоторыя постановленія органическихъ статей, на конкордатъ, называемый фонтенблоскимъ, который Наполеонъ навязалъ папѣ Пію VII, узнику въ Фонтенбло, и который былъ не признанъ папой.

Хартія 1814 г., хотя и заявила (ст. 5), что каждый исповѣдуетъ свою религію съ одинаковой свободою и получаетъ для своего культа одинаковую охрану, гласила: однако «католическая, апостолическая и римская религія есть государственная религія» (ст. 6 и 7). Въ этомъ заключалось очевидное противорѣчіе. Признаніе государственной религіи непри-

миримо съ принципомъ религіозной свободы. Сказать, что какая-нибудь религія есть государственная религія, значитъ сказать, что государство признаетъ истинною лишь эту одну религію. Изъ этого слѣдуетъ, что матеріально невозможно, чтобы законодатель этого государства издавалъ законы, дѣйствительно уважающіе религіозную свободу всѣхъ. Реставрація, провозгласивши католическую религію государственной религіей, нарушила принципъ религіозной свободы такъ же, какъ Конвентъ и Директорія, желая установить официальную религію, культъ Разума, Верховнаго существа или культъ декадъ. Послѣ того какъ католическая религія была объявлена государственной религіей, законъ отъ 18 ноября 1814 г. о воскресномъ отдыхѣ, обязавшій всѣхъ торговцевъ, рестораторовъ, кабатчиковъ и т. д. закрывать свои заведенія по воскресеньямъ подъ страхомъ штрафа, былъ вполнѣ логиченъ, хотя онъ и составлялъ прямое нарушеніе религіозной свободы. Этотъ законъ былъ уже отмѣненъ Хартіей 1830 г., въ силу которой католическая религія перестала быть государственной религіей. Но особо онъ былъ отмѣненъ лишь законами 12 іюля 1880 г. Законъ 20 апрѣля 1825 г. о кощунствѣ былъ также вполнѣ логическимъ послѣдствіемъ признанія католической религіи государственной религіей: дѣйствительно, всякій актъ, составляющій съ точки зрѣнія этой религіи кощунство, есть нарушеніе, направленное противъ общества, такъ какъ государственная религія тѣмъ самымъ уже есть общественное дѣло. Нѣтъ сомнѣнія, что этотъ законъ о кощунствѣ былъ глубокимъ нарушеніемъ религіозной свободы. Очень краснорѣчиво оспариваемый либеральными ораторами Моле, Брольи и даже Шатобріаномъ, онъ былъ отмѣненъ закономъ 11 октября 1830 г.

Слѣдуетъ не забыть также конкордатъ 1817 г., заключенный королемъ съ Піемъ VII безъ вѣдома министерства. Онъ возстановлялъ конкордатъ 1516 г., создавалъ новыя епархіи и отмѣнялъ органическія статьи X года, которыхъ папа не признавалъ. Когда этотъ конкордатъ сталъ извѣстенъ министерству и палатамъ, онъ вызвалъ такое неодобреніе, что послѣ долгихъ переговоровъ папа долженъ былъ сообщить духовенству, что новый конкордатъ пріостановленъ. Въ дѣй-

ствительности, онъ былъ забытъ, и конкордатъ 1802 г. продолжалъ неизмѣнно существовать [1]).

Въ силу Хартіи 1830 г. католическая религія перестала быть государственной религіей; она была объявлена только «религіей, исповѣдуемой большинствомъ французовъ»,—простая декларація, ни къ чему не обязывающая (ст. 6). Въ теченіе періода, начинающагося съ 1830 г. и продолжавшагося до закона объ отдѣленіи 9 декабря 1905 г., вопросъ о религіозной свободѣ почти сливается съ вопросомъ о свободѣ обученія (ср. §§ 84 и 85).

Замѣчанія. Ст. 1, § 3 констит. закона 16 іюля 1875 г. гласила слѣдующее: «Въ воскресенье, слѣдующее за открытіемъ палатъ, въ церквахъ и храмахъ будутъ совершаемы публичныя моленія Богу, чтобы призвать Его помощь на труды собраній». Это постановленіе подверглось сильнымъ нападкамъ, какъ противное религіозной свободѣ. Однако мы не думаемъ, чтобы оно было таковымъ. Въ самомъ дѣлѣ, оно не было легальнымъ признаніемъ какой-нибудь опредѣленной религіи; это было, несомнѣнно, утвержденіемъ религіознымъ, но абстрактнымъ, безъ обозначенія культа, ибо законодатель требовалъ моленій въ церквахъ и храмахъ. Съ другой стороны, конституція не обязывала никого, даже чиновниковъ, присутствовать на этихъ моленіяхъ. Однако текстъ былъ отмѣненъ конст. закономъ 14 авг. 1884 г., ст. 4.

Спрашивается, не являются ли нарушеніемъ принципа религіозной свободы постановленія нашихъ кодексовъ, дающія довольно обширное мѣсто присягѣ, напр., ст. 1357 и сл. гражданскаго кодекса относительно присяги въ гражданскихъ дѣлахъ, ст. 262 кодекса гражданскаго судопроизводства, статьи уголовнаго кодекса, требующія присяги отъ присяжныхъ засѣдателей, отъ свидѣтелей, отъ экспертовъ, отъ судебныхъ должностныхъ лицъ въ моментъ ихъ вступленія въ должность, отъ адвокатовъ и т. д. Законъ 30 іюня 1906 отмѣнилъ обязательную присягу аптекарей, установленную закономъ 21 жерминаля XI года, ст. 16.

Эти постановленія не являются нарушеніемъ религіозной свободы; но, разумѣется, они составляютъ нарушеніе фило-

---

[1]) Ср. Debidour, *Rapports de l'église et de l'état*, 1898, стр. 298 и сл.

софской свободы. Присяга, какъ понимаетъ ее французскій законъ, есть не религіозный, не ритуальный актъ, а актъ, заключающій въ себѣ извѣстное метафизическое мнѣніе. Въ силу этого акта призываютъ существо болѣе высокое, чѣмъ человѣкъ, въ свидѣтели того, что такая-то вещь истинна или неистинна, что данная вещь будетъ сдѣлана или не сдѣлана; слѣдовательно, тотъ, кто приноситъ присягу, вѣритъ въ существованіе высшаго существа. Обязанность приносить присягу для того, кто не вѣритъ въ существованіе верховнаго существа, есть, очевидно, нарушеніе свободы совѣсти. Но тотъ, кто вѣритъ въ Бога, не придерживаясь какой-либо положительной религіи, не можетъ жаловаться, такъ какъ законъ не обязываетъ его къ какому-нибудь ритуальному акту. Ни одинъ изъ законопроектовъ, представленныхъ въ 1881—82 гг., чтобы дозволить желающимъ давать торжественное обѣщаніе вмѣсто присяги, ни къ чему не привелъ.

Нѣкоторыя рѣшенія судебной практики [въ частности постановленія кассаціоннаго суда отъ 28 мая 1882 г. (D. 82, I, 387)] дозволили свидѣтелямъ или присяжнымъ засѣдателямъ приносить присягу въ формѣ, предписываемой ихъ религіей. Эти рѣшенія, съ нашей точки зрѣнія, подлежатъ большой критикѣ: изъ нихъ слѣдуетъ, что присяга есть ритуальный актъ; между тѣмъ онъ не таковъ въ нашемъ правѣ. Съ другой стороны, кодексъ уголовнаго процесса опредѣлилъ форму присяги для всѣхъ, и суды не могутъ ея измѣнять.

89. Отдѣленіе церквей отъ государства.—Въ то время, когда былъ обнародованъ законъ 9 декабря 1905 г. относительно отдѣленія церквей отъ государства, три культа: католическій, протестантскій и еврейскій занимали особое положеніе. Ихъ священнослужители получали вознагражденіе изъ государственнаго бюджета; наоборотъ, государство участвовало въ ихъ назначеніи. Отправленіе этихъ культовъ находилось подъ спеціальнымъ полицейскимъ режимомъ.—Что касается до другихъ культовъ, то они подчинялись полицейскому режиму, тѣмъ болѣе произвольному,

что онъ былъ регламентированъ лишь самымъ общимъ образомъ декретомъ 19 марта 1859 г. Всякій культъ, непризнанный государствомъ, могъ устраивать свои собранія, лишь съ особаго разрѣшенія административной власти (декретъ 19 марта 1859 г., ст. 3). Разумѣется, послѣ закона 30 іюня 1881 г., даже собранія, совершаемыя съ цѣлью отправленія культа, могли происходить свободно, такъ какъ этотъ законъ установилъ свободу собраній, какова бы ни была цѣль собранія. Но каждое собраніе для отправленія культа должно было въ такомъ случаѣ сопровождаться декларацією, требуемой ст. 2 закона 1881 г. Такимъ образомъ даже послѣ этого закона непризнанный культъ не могъ публично отправляться постояннымъ образомъ безъ разрѣшенія правительства согласно декрету 19 марта 1859 г.

Уже давно этотъ режимъ въ отношеніи къ культамъ былъ предметомъ живѣйшей критики. Съ одной стороны, справедливо говорили, что непризнанные государствомъ культы, были подчинены совершенно произвольному полицейскому режиму, и что, напримѣръ, буддисты и мусульмане, живущіе во Франціи, должны имѣть право свободно отправлять свой культъ. Что касается до режима въ отношеніи къ культамъ, признаннымъ государствомъ, онъ, говорили, также является отрицаніемъ принципа религіозной свободы и обусловливающаго его принципа нейтральности государства. Прежде всего, такъ какъ служители культовъ получаютъ содержаніе отъ государства, и государство вмѣшивается въ ихъ назначеніе, то они не могутъ имѣть въ отправленіи своего служенія полной независимости, требуемой истиннымъ режимомъ религіозной

свободы. Духовенство въ такомъ случаѣ есть чиновничье духовенство. Теоретически можно обсуждать вопросъ о томъ, являются или нѣтъ служители культа чиновниками. Нельзя, однако, помѣшать правительству, которое ихъ назначаетъ и оплачиваетъ, обращаться съ ними, какъ съ чиновниками. Какимъ образомъ, впрочемъ, церковь можетъ допустить, чтобы свѣтское государство вмѣшивалось, въ какой бы то ни было формѣ, въ назначеніе его священнослужителей? Это вмѣшательство логически допустимо лишь въ государствахъ, въ которыхъ политическій глава есть въ то же время и религіозный глава; иначе для истинно вѣрующихъ оно представляетъ невыносимое вторженіе свѣтской власти въ область религіознаго сознанія.

Съ другой стороны, система признанныхъ и содержимыхъ на государственный счетъ культовъ нарушаетъ принципъ религіозной свободы, принуждая гражданъ, не слѣдующихъ никакому культу или принадлежащихъ къ различнымъ религіямъ, участвовать въ издержкахъ на культъ, котораго они не признаютъ. Свободномыслящій, считающій, что всѣ религіи лишь ложь и колдовство, результатъ невѣжества и предразсудковъ, что нужно энергически работать надъ освобожденіемъ человѣчества отъ ихъ зловреднаго вліянія, вынужденъ оплачивать въ своей налоговой долѣ служителей этихъ религій. Подобный режимъ не можетъ быть режимомъ религіозной свободы. Правда, говорятъ, что во всѣхъ большихъ странахъ многіе граждане участвуютъ въ расходахъ, которыми они не пользуются и никогда не воспользуются, какъ, напримѣръ, крестьянинъ Севеннъ, Альпъ и Пиренеевъ участвуетъ въ своей доли нало-

говъ въ расходахъ по содержанію Лувра, Оперы, гдѣ онъ не побываетъ ни разу въ жизни. Это вѣрно, можно отвѣтить, но участіе въ этихъ издержкахъ не есть нарушеніе свободы совѣсти, какимъ можетъ быть участіе въ издержкахъ на религію, которую полагаютъ ложной. Кромѣ того, развитіе искусства во всѣхъ его формахъ, несомнѣнно, необходимо для величія и процвѣтанія страны, слѣдовательно, плательщикъ налога, который ни разу не побываетъ въ Луврѣ или Оперѣ, можетъ законно быть принужденъ участвовать въ этихъ издержкахъ, потому что этимъ онъ приноситъ свою часть въ издержки общаго интереса. Сторонники бюджета культовъ отвѣчали, что непонятно, какимъ образомъ болѣе или менѣе декольтированные балеты, которые даетъ опера, содѣйствуютъ величію страны и развитію искусства. Но это доказало бы только, что государство напрасно субсидируетъ театръ, въ которомъ даются балеты, но не то, что оно должно платить служителямъ нѣкоторыхъ религій.

Съ чисто теоретической точки зрѣнія, нѣтъ сомнѣнія, что режимъ въ отношеніи къ культамъ, предшествовавшій закону объ отдѣленіи (закону 9 декабря 1905 г.), былъ противоположенъ самому принципу религіозной свободы и свободы мнѣній, а также принципу равенства гражданъ. Но можно задать вопросъ, цѣлесообразно ли было устанавливать полное, абсолютное отдѣленіе французскаго государства отъ католической церкви. Что бы ни говорили, католическая церковь все еще представляетъ значительную моральную силу; она есть великое международное коллективное цѣлое, съ могучей іерархической организаціей. Уже четырнадцать сто-

лѣтій Франція представляетъ католическую страну; она насчитываетъ еще милліоны католиковъ, отправляющихъ культъ, и болѣе 60.000 церквей, открытыхъ народу. При этихъ условіяхъ, не было ли бы болѣе политичнымъ и мудрымъ сохранить, приспособивши его къ новымъ потребностямъ, режимъ конкордата? Многіе благоразумные люди это думали и продолжаютъ думать. Однако всеобщее избирательное право, повидимому, одобрило это отдѣленіе выборами 6 и 20 мая 1906 г. Будущее, и очень не далекое, покажетъ намъ, можетъ ли обезпечить законъ 9 декабря 1905 г. странѣ религіозный миръ, драгоцѣннѣйшее изъ благъ.

Впрочемъ, поспѣшный вотумъ этого закона отъ 9 декабря 1905 г., осуществившаго отдѣленіе церкви отъ государства, былъ вызванъ особыми обстоятельствами. Когда министерство Комба достигло власти, въ іюнѣ 1902 г., послѣ всеобщихъ выборовъ въ маѣ 1902 г., ни правительство, ни парламентское большинство не думали объ отдѣленіи. Министерство Вальдека-Руссо провело законъ 1 іюля 1901 г. объ ассоціаціяхъ и конгрегаціяхъ, и, казалось, что примѣненіе этого закона открывало достаточно широкое поле антиклерикальной дѣятельности новаго министерства. Ср. декларацію министерства Комба и рѣчь президента совѣта Комба въ палатѣ, 10 іюня 1902 г.[1]). Но различные инциденты въ теченіе 1904 года ускорили событія. Прежде всего, это былъ протестъ Святого престола (28 апрѣля 1904 г.) по поводу офиціальнаго визита, сдѣланнаго въ Римѣ итальянскому королю Лубэ, президентомъ французской республики, главою католическаго государства. Дальнѣйшимъ инцидентомъ были письма секретаря Ватикана, предложившаго дижонскому и лавальскому епископамъ явиться въ двухнедѣльный срокъ въ Римъ подъ угрозою самыхъ строгихъ каноническихъ наказаній. Вслѣдствіе этихъ фактовъ, палата депутатовъ, немного спустя послѣ паденія министерства Комба и образованія министерства Рувье, вотировала

---

[1]) *Année politique*, 1902, стр. 150.

слѣдующую резолюцію: «Палата, констатируя, что поведеніе Ватикана сдѣлало необходимымъ отдѣленіе церквей и государства, и будучи увѣрена, что правительство проведетъ вотумъ его тотчасъ же послѣ принятія бюджета и военнаго закона... переходитъ къ порядку дня» (10 февраля 1905 г., вотировано 386 голосами противъ 111). Въ теченіе 1905 г. законъ дѣйствительно былъ вотированъ (законъ 9 дек. 1905 г.). Онъ былъ дополненъ тремя административными регламентами, изданными въ примѣненіе ст. 43, § 1: декретъ 29 дек. 1905 г. относительно инвентарей; декретъ 19 января 1906 г. относительно пенсій и вознагражденій священнослужителямъ; декретъ 16 марта 1906 г. относительно религіозныхъ обществъ [1]).

Цѣлью закона 9 декабря 1905 г., по мысли его творцовъ, было установить, первый разъ во Франціи, режимъ религіозной свободы, обезпечить каждому свободное отправленіе его культа, установить полный нейтралитетъ государства, которое отнюдь не должно ни признавать, ни оплачивать, ни субсидировать никакого культа. Подъ рубрикою *Принципы*, въ тит. I, цѣль закона опредѣляется слѣдующимъ образомъ: «Республика обезпечиваетъ свободу совѣсти. Она гарантируетъ свободное отправленіе

---

[1]) См. докладъ, представленный въ Государственный Совѣтъ Saisset-Schneider, *Le Temps*, 21 и 22 іюля 1906 г. (очень важно).—Ср. докладъ Briand палатѣ *Jour. offic., doc. parlem.*, chambre, 1904, sess. extraord., стр. 254 и сл., длинный интересный докладъ. Пренія въ палатѣ депутатовъ на засѣданіи 21 марта 1905 г. и на пятидесяти слѣдующихъ засѣданій, особенно рѣчи Рибо, въ засѣданіи 3 апрѣля 1905 г., Бріана въ засѣданіи 3 іюля. *Докладъ* въ сенатѣ объ отдѣленіи церквей и государства Максима Леконта, *Jour. offic., doc. parlem.*, senat, 1905, стр. 529. Обсужденіе началось въ сенатѣ 10 ноября 1905 г.; оно было гораздо менѣе длинно и менѣе блестяще, чѣмъ въ палатѣ. См., однако, рѣчи Гуржю, Шар. Дюпюи, де-Ламорзеля противъ отдѣленій и рѣчь Мониса объ отдѣленіи.

культа съ единственными ограниченіями, которыя будутъ изданы впослѣдствіи въ интересѣ общественнаго порядка. Республика не признаетъ, не оплачиваетъ и не субсидируетъ никакого культа»... (ст. 1 и 2). Докладчикъ, министры и ораторы, защищавшіе этотъ законопроектъ, утверждали, что законъ либераленъ, что онъ долженъ быть либеральнымъ, и что онъ выработанъ для дѣйствительнаго обезпеченія свободы культовъ. Бріанъ писалъ въ своемъ докладѣ: «Новый режимъ въ отношеніи къ культамъ, предлагаемый вамъ, касается столь деликатныхъ и различныхъ интересовъ, онъ производитъ столь большія измѣненія въ вѣковыхъ обычаяхъ, что мудрость требуетъ прежде всего успокоить возбужденную щепетильность вѣрныхъ, торжественно провозгласивши, что не только республика не будетъ угнетать совѣсти или препятствовать внѣшнему выраженію религіозныхъ чувствъ въ его различныхъ формахъ, но что она намѣрена уважать и заставить уважать свободу совѣсти и свободу культовъ» [1]).

Наоборотъ, ораторы католической партіи неоднократно говорили въ парламентѣ и внѣ его о томъ, что законъ объ отдѣленіи не является закономъ свободы, что онъ имѣетъ лишь видимость этого, а въ основѣ онъ не имѣетъ другой цѣли, какъ уничтожить католическій культъ во Франціи [2]).

---

[1]) *Op. cit.*, стр. 289. Ср. рѣчи въ палатѣ Бьенвеню Мартена, министра культовъ, засѣданіе 4 апрѣля 1905 г., доклады Максима Леконта въ сенатѣ, *op. cit.*, стр. 529.

[2]) Ср. именно рѣчи де-Ламорзеля въ сенатѣ, въ засѣданіи 16 ноября 1905 г., де-Рамеля въ палатѣ при обсужденіи интерпелляціи Аллара относительно инцидентовъ, вызванныхъ инвентарями, произведенными въ исполненіе закона объ отдѣленіи (засѣданіе 1 февр. 1906 г.).

Въ энцикликѣ *Vehementer nos* отъ 11 февраля 1906 г. папа Пій X энергично протестовалъ противъ закона 9 декабря 1905 г. и противъ самаго отдѣленія, «которое, основываясь на принципѣ, что государство не должно признавать никакого религіознаго культа, прежде всего чрезвычайно оскорбительно для Бога». «Поэтому,—говоритъ онъ въ концѣ энциклики,—мы отвергаемъ и осуждаемъ вотированный во Франціи законъ объ отдѣленіи церкви и государства, какъ глубоко оскорбительный для Бога, котораго онъ официально отрицаетъ, устанавливая принципъ, что республика не признаетъ никакого культа. Мы отвергаемъ этотъ законъ и осуждаемъ, какъ нарушающій естественное право, международное право... Мы торжественно и всѣми нашими силами протестуемъ противъ вотума и противъ обнародованія этого закона и заявляемъ, что на него никогда нельзя ссылаться противъ вѣчныхъ и неизмѣнныхъ правъ церкви, для ихъ отмѣны» [1]).

Энциклика *Vehementer* была теоретическимъ протестомъ противъ самаго принципа закона объ отдѣленіи. Она заявила, что въ соотвѣтствующее время папою будутъ даны французскому епископату инструкціи относительно поведенія, котораго слѣдуетъ держаться. Энцикликой *Gravissimo officii munere*, отъ 10 августа 1906 г., Пій X заявилъ «относительно религіозныхъ ассоціацій, какъ ихъ предписываетъ законъ, что онѣ абсолютно не могутъ быть образованы безъ нарушеній священныхъ правъ, касающихся самой жизни церкви» [2]). Собраніе французскихъ епископовъ приняло 31 мая 1906 года большинствомъ 22 голосовъ, по докладу монсиньора Фульбертъ - Пети, безансонскаго архіепископа, проектъ устава ассоціацій, которыя получили названіе *фабриціанскихъ ассоціацій* и *союзы фабриціанскихъ ассоціацій*, ассоціацій одновременно и каноническихъ и легальныхъ; благодаря этимъ ассоціаціямъ, католическій культъ могъ бы организоваться согласно съ каноническимъ правомъ и съ закономъ 9 декабря

---

[1]) См. полный текстъ энциклики, *Temps*, 18 февр. 1906 г.— Ср. *Allocution consistoriale*, 21 февр. 1906 г., *Petit Temps*, 23 февр. 1906 г.

[2]) См. полный текстъ энциклики *Gravissimo*, *Temps*, 15 авг. 1906 г.

1905 г. [1]). Энциклика 10 августа 1906 г. запрещаетъ также и эти ассоціаціи, одновременно и каноническія и легальныя. Она гласитъ: «Оставивши въ сторонѣ эти ассоціаціи (для отправленія культа), одобрить которыя запрещаетъ намъ сознаніе нашего долга, можетъ показаться цѣлесообразнымъ разсмотрѣть, дозволено ли попытать вмѣсто нихъ другой родъ ассоціацій, одновременно легальныхъ и каноническихъ, и тѣмъ предохранить католиковъ Франціи отъ тяжкихъ осложненій, угрожающихъ имъ... Пока законъ останется таковымъ, каковъ онъ есть, мы заявляемъ, что не дозволено пытаться создать этотъ другой родъ ассоціацій, пока законъ опредѣленнымъ и правомѣрнымъ образомъ не констатируетъ, что божественное устройство церкви, неизмѣнныя права римскаго первосвященника и епископовъ и ихъ власть надъ имуществами, необходимыми для церкви, въ частности въ отношеніи къ священнымъ зданіямъ, будутъ непреложно въ полной безопасности въ указанныхъ ассоціаціяхъ» [2]).

Мы должны здѣсь отвлечься отъ обстоятельствъ, предшествовавшихъ принятію закона, отъ тайныхъ или явныхъ намѣреній того или другого министра [3]), отъ рѣчей тѣхъ или иныхъ ораторовъ и также отъ протестовъ папы. Законъ достаточенъ самъ по себѣ; мы должны взять его, какъ таковой, и посмотрѣть, согласны или нѣтъ его постановленія съ истинными принципами религіозной свободы.

---

[1]) См. докладъ монсиньора Фульбертъ-Пети, безансонскаго архіепископа, и проектъ уставовъ фабриціанскихъ ассоціацій, *Petit Temps*, 26 авг. 1906 г. Ср. мемуаръ монсиньора Фузе, руанскаго архіепископа, *Siecle*, 28 авг. 1906 г.

[2]) Ср. комментарій энциклики 10 августа 1906 г. (*Gravissimo*), сдѣланный монсиньоромъ Туше, орлеанскимъ епископомъ, *Gaulois*, 3 сент. 1906 г.; письмо епископовъ къ духовенству и вѣрующимъ Франціи, 7 сент. 1906 г., *Temps*, 20 сент. 1906 г.

[3]) См. именно циркуляръ Бріана отъ 1 сент. 1906 года, *Temps*, 2 сент.

Несомнѣнно, что французское правительство, признавши отмѣну бюджета культовъ и отдѣленіе отъ католической церкви, не отказавшись ранѣе отъ конкордата согласно съ дипломатическими формулами, совершило тяжкую некорректность съ дипломатической точки зрѣнія. Депанье, соглашаясь, что конкордаты не являются настоящими международными трактатами, пишетъ: «Нѣтъ сомнѣнія, что положеніе суверена, фактически признанное за верховнымъ первосвященникомъ, и двусторонній характеръ конвенцій, заключенныхъ съ нимъ, требуютъ, чтобы конкордаты прекращались въ силу правильнаго отказа, подобно международнымъ трактатамъ» [1]).

Первый упрекъ, сдѣланный самому закону со стороны католической партіи, заключается въ томъ, что законъ отмѣняетъ содержаніе, которое государство платило въ силу конкордата 1802 г. служителями католическаго культа. Ссылаются также на текстъ закона 2 ноября 1789 г., отдавшаго всѣ церковныя имущества въ распоряженіе націи, съ обязанностью, взамѣнъ этого, озаботиться приличествующимъ содержаніемъ культа и его священнослужителей. Указываютъ также на ст. 2 тит. V конст. 1791 г.: «Ни подъ какимъ предлогомъ не могутъ быть ни отмѣнены, ни пріостановлены средства, необходимыя для уплаты національнаго долга и оплаты цивильнаго листа. Содержаніе священнослужителей католическаго культа, получающихъ ли пенсію, сохранившихъ ли свои мѣста, избранныхъ или назначенныхъ въ силу декретовъ Учредительнаго Національнаго Собранія, составляетъ часть національнаго долга». Наконецъ, сближеніе ст. 13 и 14 конкордата, повидимому, устанавливаетъ, что между церковью и французскимъ правительствомъ былъ заключенъ двухсторонній договоръ. Церковь обѣщала «никоимъ образомъ не безпокоить лицъ, пріобрѣтшихъ отчужденныя церковныя имущества», а взамѣнъ этого правительство обязалось «обезпечить приличествующее содержаніе епископамъ и кюре» [2]).

---

[1]) Despagnet, *Droit international public*, 3 изд., 1905 г., стр. 173. Ср. рѣчь Рибо въ палатѣ, въ засѣданіи 3 апрѣля 1905 г.

[2]) См. именно въ этомъ смыслѣ рѣчь Груссо въ палатѣ въ засѣданіи 28 марта 1905 г. Ср. Le Duc, *L'Assemblée nationale et les biens du clergé*, *Revue critique*, 1906, стр. 175.

На это отвѣчали, что обѣщаніе, содержащееся въ конст. 1791 г., относится лишь къ служителямъ культовъ, «избраннымъ или назначеннымъ въ силу декретовъ Національнаго Собранія»,. т.-е. къ служителямъ культовъ, избраннымъ или назначеннымъ согласно съ гражданскимъ устройствомъ духовенства, и что, слѣдовательно, нельзя ссылаться на этотъ текстъ въ пользу служителей культа, отправляющихъ свою должность въ настоящее время. Содержаніе декрета 2 ноября 1789 г. даетъ болѣе солидный аргументъ. На это ограничились тѣмъ отвѣтомъ, что въ предусмотрѣнномъ назначеніи содержанія не было никакого характера возмѣщенія, что возмѣщеніе понимается и можетъ пониматься только тогда, когда есть ошибки или quasi-деликтъ, что вознагражденіе въ этомъ случаѣ было бы признаніемъ грабежа, что ни въ обсужденіи, предшествовавшемъ резолюціи, ни въ самой резолюціи ничто не дозволяетъ утверждать, будто Учредительное Собраніе полагало, что оно нарушаетъ чьи-либо пріобрѣтенныя права»[1]). Отвѣтъ не очень удаченъ, ибо, наоборотъ, изъ преній, предшествовавшихъ декрету 2 ноября 1789 г., слѣдуетъ, что церковныя имущества разсматривались, какъ владѣніе духовенства, изъ котораго оказывается помощь бѣднымъ, содержатся культъ и священнослужители, и что поэтому нація, перенеся на себя владѣніе этими имуществами, тѣмъ самымъ вынуждена оказывать помощь бѣднымъ и содержать культъ и священнослужителей. Но, говоритъ Бріанъ, не было договора. Разумѣется; но одностороннія обязательства связываютъ столь же строго государство и частныхъ лицъ, какъ и договоры.

Остаются постановленія ст. 13 и 14 конкордата. Говорятъ, что эти оба постановленія не зависятъ одно отъ другого. Стараются установить, что въ 1801 г. церковь, когда она отказалась отъ своихъ претензій на національныя имущества, сдѣлала жертву, а не рыночную сдѣлку, что она не только не подчинила отказа отъ своихъ требованій уплатѣ вознагражденія, но что самая форма, въ которой она отказалась отъ своихъ правъ, была чистымъ и простымъ отказомъ. Цитируютъ *мемуары* кардинала Консальви (I, стр. 401) для доказательства того, что обѣщаніе не требовать возврата цер-

[1]) Briand, *Rapport*, *op. cit.*, стр. 290.

ковныхъ имуществъ было жертвою, сдѣланною церковью въ интересѣ религіи. Слѣдовательно, говорятъ, ст. 14 конкордата не составляетъ обязанности, соотвѣтствующей ст. 13: «ничего въ ихъ содержаніи не можетъ установить связи между ними». Бріанъ добавляетъ въ своемъ докладѣ, что, даже допустивши, что бюджетъ культовъ является вознагражденіемъ, «если высчитать, что̀ было уплачено націей католической церкви съ эпохи Учредительнаго Собранія, прибавить къ этому свободное распоряженіе всѣми религіозными зданіями, принадлежавшими государству и коммунамъ», то будетъ ясно, что республика обезпечила церкви «достаточно богатый даръ, чтобы имѣть возможность со спокойной совѣстью отмѣнить бюджетъ культовъ». Съ точки зрѣнія права этотъ послѣдній аргументъ, очевидно, не имѣетъ цѣны [1]).

Въ указанной уже энцикликѣ *Vehementer*, отъ 11 февраля 1906 г., папа протестуетъ противъ постановленія ст. 2, гласящей, что «республика не признаетъ, не оплачиваетъ и не субсидируетъ никакого культа». Съ точки зрѣнія права, этотъ протестъ не имѣетъ значенія. Законодатель въ указанномъ текстѣ лишь подтвердилъ принципъ государственнаго нейтралитета въ религіозной области, являющійся логическимъ слѣдствіемъ принципа религіозной свободы, упомянутаго въ ст. 1. Религія есть индивидуальное и частное дѣло, къ которому государство должно остаться вполнѣ чуждымъ. Для него нѣтъ ни католиковъ, ни протестантовъ, ни евреевъ, ни мусульманъ, ни буддистовъ, есть лишь французы или, лучше сказать, люди, вѣрованія которыхъ оно должно уважать. Оно должно выступать

---

[1]) Объ этомъ вопросѣ, кромѣ уже цитированныхъ докладовъ и рѣчей, см. Maxime Lecomte, *Rapport au sénat*, *op. cit.*, стр. 555; Léouzon-Leduc, *Annales de l'école des sciences politiques*, IV, 1889, стр. 291; Grunebaum-Ballin, *La séparation des églises et de l'Etat*, 1900, стр. 23.

лишь съ тѣмъ, чтобы проявленія культа не нарушили свободы другихъ. Такимъ образомъ, ст. 1 и 2 закона 9 декабря 1905 г. безупречны.

Разумѣется, католическая церковь, считающая, что она одна владѣетъ истиной, всегда учившая, что государства должны признавать ея духовную власть, какъ верховную надъ ними, не могла не протестовать противъ такихъ принциповъ. Пій X лишь воспроизвелъ много разъ уже повторенное осужденіе, именно Пія IX *allocutio Acerbissimum* 27 сент. 1852 г., повторенное въ ст. 55 *Sillabus* 8 дек. 1864 г., и Льва XIII въ энцикликѣ *Immortale Dei* 1 ноября 1885 г.: «человѣческія общества не могутъ, не дѣлаясь преступными, вести себя такъ, какъ если бы Бога не существовало, или отказываться заботиться о религіи, какъ если бы она была чуждымъ дѣломъ или такимъ, которое не можетъ ему служить ни къ чему... Что касается до церкви, имѣющей своимъ творцомъ самого Бога, исключить ее изъ активной жизни націи, изъ законовъ, изъ воспитанія юношества, изъ семейнаго союза,—значитъ совершить большую и опасную ошибку». Но это теократическій принципъ, котораго не можетъ принять современное государство.

Ассоціаціи для отправленія культа. — Вся организація культовъ, какъ она регулируется закономъ 9 декабря 1905 г., покоится на образованіи *ассоціацій для отправленія культа (associations cultuelles).*

Законъ опредѣлилъ условія, на которыхъ эти ассоціаціи могутъ образовываться регулярно: 1) необходимо, чтобы онѣ сообразовались съ общими правилами того культа, отправленіе котораго онѣ предполагаютъ обезпечить (ст. 4); 2) онѣ должны имѣть исключительною цѣлью отправленіе культа (ст. 19); 3) онѣ должны быть составлены изъ извѣстнаго числа лицъ (7 въ коммунахъ съ менѣе 1000 жителей, 15 въ коммунахъ съ числомъ жителей отъ 1000 до 2000, 25—въ коммунахъ съ болѣе многочисленнымъ населеніемъ, ст. 19). 4) онѣ должны, кромѣ того, соображаться съ постановленіями; ст. 5 и сл. закона 1 іюля 1901 г. (декларація и публикація). Ассоціаціи для отправленія культа, правильнымъ образомъ

учрежденныя, могутъ получить переходъ всѣхъ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, принадлежавшихъ публичнымъ церковнымъ учрежденіямъ, уничтоженнымъ новымъ закономъ (ст. 4); взамѣнъ этого, онѣ принимаютъ на себя всѣ долги церковныхъ учрежденій, имущества которыхъ имъ переданы (ст. 6); онѣ будутъ имѣть безплатное пользованіе зданіями, служащими для публичнаго отправленія культа, пока ихъ предназначеніе останется тѣмъ же, подъ обязательствомъ производить всякаго рода ремонтъ (ст. 13). Эти ассоціаціи имѣютъ всѣ тѣ права, какія даетъ законъ 1 іюля 1901 г. заявленнымъ ассоціаціямъ (законъ 1905 г., ст. 18 и 19, § 7). Онѣ могутъ также получать результатъ сборовъ, сдѣланныхъ для содержанія культа, взимать плату за религіозныя церемоніи и службы, взимать плату за наемъ скамей и стульевъ и т. д. (ст. 19, § 7). Онѣ могутъ образовывать резервные фонды въ условіяхъ, опредѣленныхъ ст. 22, § 1, и, кромѣ того, спеціальный резервъ въ виду покупки, постройки, починки движимыхъ или недвижимыхъ имуществъ, предназначенныхъ на нужды ассоціаціи (ст. 22, § 2). Ассоціаціи для отправленія культа могутъ образовывать союзы въ формахъ, опредѣленныхъ ст. 7 декрета 16 августа 1901 г. (ст. 20). Ассоціаціи для отправленія культа и союзы ихъ подчинены финансовому контролю, осуществляемому администраціей регистраціи и общею финансовою инспекціей (ст. 21, § 2). Наконецъ, въ случаѣ, «если имущества, съ самаго ли происхожденія, или впослѣдствіи, будутъ требоваться многими ассоціаціями, созданными для отправленія одного и того же культа, то назначеніе этого имущества можетъ оспариваться передъ Государственнымъ совѣтомъ, постановляющимъ по судебно-административнымъ спорамъ; Государственный совѣтъ вынесетъ рѣшеніе, принимая во вниманіе всѣ фактическія обстоятельства» (ст. 8, § 3).

Дѣйствительно ли законодательство объ ассоціаціяхъ для отправленія культа согласно съ принципами религіозной свободы? Въ энцикликѣ отъ 11 февраля 1906 г., папа заявляетъ, что оно посягаетъ на религіозную свободу католиковъ, такъ, въ противность тому опредѣленному принципу, «что цер-

ковь есть *неравное* общество, т.-е. общество, заключающее въ себѣ двѣ категоріи лицъ, пастырей и стадо, тѣхъ, кто занимаютъ какой-нибудь рангъ на различныхъ ступеняхъ іерархіи, и толпу вѣрующихъ, оно передаетъ администрацію и попеченіе о публичномъ культѣ не іерархическому учрежденію, божественно установленному Спасителемъ, а ассоціаціи свѣтскихъ лицъ». Эта критика не обоснована даже съ чисто-католической точки зрѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, въ силу ст. 4, вотированной лишь послѣ долгаго и точнаго обсужденія, ассоціація для отправленія культа правильнымъ образомъ можетъ быть учреждена лишь тогда, если она сообразуется «съ правилами общей организаціи культа, отправленіе котораго она намѣрена обезпечить». Слѣдовательно, по закону, единственными ассоціаціями, которыя смогутъ обезпечить отправленіе католическаго культа и получить въ пользованіе церковныя зданія, являются тѣ, которыя будутъ учреждены согласно принципамъ католической іерархіи, указаннымъ папою Піемъ X, т.-е. такія, которыя будутъ имѣть во главѣ священника, назначеннаго и получившаго разрѣшеніе отъ епископа, который, въ свою очередь, будетъ въ общеніи со Святымъ престоломъ.

Это было подчеркнуто Рибо во время голосованія ст. 4 и подтверждено докладчикомъ Бріаномъ, въ засѣданіяхъ палаты 20, 21 и 22 апрѣля 1905 г. Въ своей рѣчи отъ 7 марта 1906 г. Рибо, возвращаясь къ вопросу, по поводу интерпелляціи относительно безпорядковъ, сопровождавшихъ составленіе инвентарей, сказалъ еще: «Что это (текстъ ст. 4) значитъ? Это значитъ, что эти ассоціаціи не будутъ имѣть никакого легальнаго существованія, если онѣ образуются *внѣ католической іерархіи, независимо отъ епископовъ*... Въ этомъ

все, что составляетъ самую сущность автономнаго церковнаго правительства» [1]).

Конечно, нельзя утверждать, что § 6 ст. 19 противорѣчитъ церковной доктринѣ относительно церковныхъ обществъ. Онъ гласитъ: «Невзирая ни на какія статьи, противорѣчащія уставу, акты финансоваго управленія и законной администраціи имуществъ, совершонные директорами и администраторами, по крайней мѣрѣ, ежегодно будутъ представляться на контроль общаго собранія членовъ ассоціаціи и подчинены его одобренію». Когда ученые церкви утверждаютъ, что она есть неравное общество, покоящееся на іерархіи, установленной самимъ Іисусомъ Христомъ, они имѣютъ въ виду духовное общество и управленіе душами. Указанное же постановленіе ст. 19 § 6 относится единственно къ администраціи внѣшняго имущества религіозной ассоціаціи. И даже для этой внѣшней администраціи невѣрно утверждать, подобно энцикликѣ *Vehementer*, «что хранятъ абсолютное молчаніе относительно іерархическаго корпуса пастырей», такъ какъ необходимо, чтобы ассоціація для отправленій культа была утверждена согласно съ самыми нормами католическаго культа.

Энциклика *Vehementer* протестуетъ также противъ «передачи высшей юрисдикціи надъ ассоціаціями для отправленія культа Государственному совѣту». Прежде всего, формула не точна. Законъ ограни-

---

[1]) *Jour. offic.*, 1906, *débats parlem.*, chambre, стр. 1267. См. также очень точное изложеніе идей въ письмахъ многихъ свѣтскихъ католиковъ (принца д'Аранберга, Брюнетьера) къ епископамъ (*Temps*, 27 марта 1906), отвѣтъ на это письмо де-Мёна въ газетѣ *Croix*, 28 марта 1906 г. и отвѣтъ его же на статьи *Temps* отъ 29 и 30 марта въ *Temps* отъ 31 марта 1906 г. Ср. также относительно значенія ст. 4 докладъ Saisset-Schneider Государственному совѣту, *Temps*, 21 іюля 1906 г. См. докладъ монсиньора Фульбертъ-Пети собранію епископовъ 31 мая 1906, *Petit Temps*, 26 авг. 1906 г.; Lamarzelle et Taudière, *Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, 1906, стр. 224 и слѣд.

чивается постановленіемъ, что, съ одной стороны, когда одни и тѣ же имущества будутъ требоваться многими ассоціаціями, учрежденными для отправленія одного и того же культа, то споръ будетъ разбираться Государственнымъ совѣтомъ (см. 8, § 3), и что, съ другой стороны, Государственному совѣту, постанавливающему въ судебно-административномъ порядкѣ, будетъ принесена жалоба противъ декрета, изданнаго въ Государственномъ совѣтѣ, въ силу котораго ассоціація для отправленія культа лишается пользованія зданіемъ или движимыми предметами, служащими для отправленія культа. Можетъ-быть, Государственный совѣтъ компетентенъ также, чтобы постановлять рѣшеніе по иску объ отмѣнѣ, направленному противъ акта передачи (декретъ 16 марта 1906 г., ст. 15). Таковы единственные случаи, для которыхъ законъ устанавливаетъ компетенцію Государственнаго совѣта. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ компетентны судебныя учрежденія; въ ихъ компетенцію входитъ разбирательство всякой тяжбы, возникшей между частнымъ лицомъ или коммуною, съ одной стороны, и ассоціаціею для отправленія культа—съ другой; они одни компетентны въ силу ст. 23, § 3, предписывать закрытіе какой-нибудь ассоціаціи для отправленія культа. Разумѣется, истиннымъ принципамъ административной юстиціи не соотвѣтствуетъ передача Государственному совѣту компетенціи для рѣшенія споровъ, возникшихъ между двумя ассоціаціями для отправленія культа. Но Государственный совѣтъ, постановляющій въ судебно-административномъ порядкѣ, является настоящей юрисдикціей, представляющей всѣ гарантіи независимости и знанія. Въ дѣйстви-

тельности, нельзя было дать самой церковной юрисдикціи компетенцію опредѣлять, въ случаѣ тяжбы, какая изъ религіозныхъ ассоціацій, будучи правильнымъ образомъ учреждена, имѣетъ право на пользованіе имуществомъ, предназначеннымъ для культа. Этого, быть-можетъ, желаетъ папа. Но этого никакое современное государство не можетъ ему уступить. Ст. 8, § 3, гласитъ, что Государственный совѣтъ будетъ рѣшать, «принимая во вниманіе всѣ фактическія обстоятельства», другими словами, совѣтъ долженъ разсмотрѣть, какая ассоціація для отправленія культа дѣйствительно учреждена «согласно общимъ правиламъ культа, отправленіе котораго она предполагаетъ осуществить». Далѣе нельзя было итти, и по этому пункту католики не могли требовать болѣе [1]).

Итакъ, постановленія закона 9 декабря 1905 г., указаныя выше и являющіяся его существеннымъ элементомъ, не заключаютъ въ себѣ никакого нарушенія религіозной свободы. Мы не скажемъ того же о ст. 5, § 3. ст. 21 и 22, возлагающихъ на ассоціаціи для отправленія культа нѣкоторыя обязательства съ точки зрѣнія управленія ихъ имуществами и подчиняющихъ ихъ финансовому контролю, осуществляемому администраціей регистраціи и общей

---

[1]) См. въ частности по вопросу о жалобахъ, приносимыхъ въ Государственный совѣтъ по поводу передачи имущества, и относительно ст. 15 декрета 16 марта 1906 г. цитированный докладъ Сайссе-Шнейдера (*Temps*, 22 іюля 1906 г.). Мы, однако, не рѣшимся признать нѣкоторыя изъ положеній, выставленныхъ въ немъ, особенно то, что актъ передачи, сдѣланный церковнымъ учрежденіемъ, есть актъ власти.

инспекціей финансовъ. Это противорѣчіе либеральному принципу закона можетъ открыть путь произволу. Торжественно заявляется, что республика „не признаетъ никакого культа“ (ст. 2), что ассоціаціи для отправленія культа суть частныя ассоціаціи, и что законъ устанавливаетъ свѣтскій характеръ и абсолютный нейтралитетъ государства, что государство выступаетъ лишь для того, чтобы помѣшать внѣшнимъ выраженіямъ культа нарушить индивидуальную свободу тѣхъ, кто не участвуетъ въ немъ. Докладчикъ Бріанъ особенно настаивалъ на этой идеѣ [1]). И, однако, подчиняютъ управленіе религіозными обществами административному и финансовому контролю, какъ если бы они были публичными учрежденіями; здѣсь противорѣчіе. Законодатель не могъ избавиться отъ наполеоновскаго духа, постоянно вдохновляющаго большинство нашихъ законовъ. Слѣдуетъ, однако, сказать, что этотъ контроль, какъ онъ былъ регламентированъ ст. 37—46 декрета 16 марта 1906 года, повидимому, не долженъ быть притѣснительнымъ.

Точно такъ же противорѣчатъ принципу свободы постановленія, ограничивающія пріобрѣтательную способность ассоціацій для отправленія культа. Правда, эти ограниченія примѣняются по закону 1 іюля 1901 г. (ст. 6) ко всѣмъ ассоціаціямъ, и пріобрѣтательная способность ассоціацій для отправленія культа, быть-можетъ, даже болѣе обширна, чѣмъ у обыкновенныхъ ассоціацій. Упорство французскихъ законодателей въ отказѣ ассоціаціямъ, какія бы онѣ ни были, полной гражданской способно-

---

[1]) *Op. cit.*, стр. 290.

сти въ предѣлахъ ихъ цѣли поистинѣ недостойна свободной страны (ср. § 90).

Ассоціаціи для отправленія культа, правильнымъ образомъ установленныя, въ принципѣ, имѣютъ способность, даруемую закономъ 1 іюля 1901 г. (ст. 6) заявленнымъ ассоціаціямъ. Онѣ могутъ выступать въ судѣ, пріобрѣтать и владѣть взносами своихъ членовъ, пріобрѣтать за вознагражденіе недвижимыя имущества, необходимыя для ихъ цѣли (законъ 9 дек. 1905 г., ст. 18 и 19, § 4). Кромѣ того, ассоціаціи для отправленія культа могутъ получать результатъ сборовъ на издержки по культу, получать плату за церемоніи и религіозныя службы, даже по учрежденію (ст. 19, § 4). По этому послѣднему пункту, декретъ 16 марта 1906 г. содержитъ одно постановленіе (ст. 33, § 3), которое для насъ непонятно: «Суммы, получаемыя въ силу фундацій, установленныхъ для церемоній и религіозныхъ службъ, какъ актомъ послѣдней воли, такъ и актомъ между живыми, *во всякомъ случаѣ, опредѣляются коммутативнымъ договоромъ* и должны представлять только оплату церемоній и службъ». Несмотря на всю нашу добрую волю, мы не понимаемъ, какимъ образомъ «суммы, получаемыя въ силу фундацій, *установленныхъ... актомъ послѣдней воли...*» могутъ быть «опредѣлены коммутативнымъ *договоромъ*»!

Законодатель 1905 г. провозгласилъ въ принципѣ право собственности государства, департаментовъ и коммунъ на соборы, церкви, часовни, храмы, синагоги, епископскіе и архіепископскіе дома, пресвитеріи, семинаріи (ст. 12, § 1). Но въ силу ст. 13 зданія, служащія для отправленія культа, предоставляются безплатно въ распоряженіе публичныхъ учрежденій культа (пока они будутъ существовать), и ассоціацій, призванныхъ ихъ замѣнить (т. - е. ассоціацій отправленія культа), которыя и обязаны будутъ производить всякаго рода ремонты.

Въ энцикликѣ отъ 11 февраля 1906 г. папа сказалъ по этому поводу: «Намъ также чрезвычайно больно, что въ пре-

зрѣніе ко всякому праву законъ объявляетъ собственностью государства, департаментовъ и коммунъ всѣ церковныя зданія, построенныя ранѣе конкордата. И если законъ и уступаетъ неопредѣленное и даровое пользованіе этими зданіями ассоціаціямъ для отправленія культа, то онъ подчиняетъ эту уступку столькимъ и такимъ оговоркамъ, что въ дѣйствительности онъ предоставляетъ публичнымъ властямъ свободу располагать ими». Отсутствіе гарантіи владѣнія зданіями, посвященными культу, повидимому, составляетъ главное основаніе, въ силу котораго папа энцикликой *Gravissimo* (10 авг. 1906 г.) запретилъ епископамъ образовывать каноническія и легальныя ассоціаціи. Онъ, дѣйствительно, сказалъ въ ней, что Святой престолъ не можетъ разрѣшить каноническихъ и легальныхъ ассоціацій, «пока не будетъ установлено, что неизмѣнныя права римскаго первосвященника и епископовъ... въ частности на священныя зданія, будутъ безспорно въ полной безопасности въ указанныхъ ассоціаціяхъ» [1]).

Вопросъ о собственности на церкви есть чрезвычайно сложный вопросъ, но рѣшеніе котораго, по нашему мнѣнію, не представляетъ никакого интереса, такъ какъ юридическая категорія собственности не можетъ примѣняться къ вещамъ, предназначеннымъ, подобно церквамъ и храмамъ, для коллективной пользы. Слѣдовательно, вопросъ заключается лишь въ томъ, достаточно ли гарантировано установленное закономъ 1905 г. предназначеніе церквей и храмовъ для публичнаго культа. Между тѣмъ это намъ кажется несомнѣннымъ. Правда, въ силу § 3, ст. 13 законъ всегда можетъ предписать новое назначеніе религіознаго зданія. Но въ этомъ нѣтъ ничего особеннаго, ибо вообще нѣтъ собственности, которая не могла бы быть уничтоженной за-

---

1) См. статью Flourens въ *Eclair*, 26 мая 1906 г., которая могла дать Святому престолу это основаніе для отверженія закона.

комъ. Та же ст. 13 перечисляетъ ограничительно случаи, когда новое назначеніе можетъ быть произведено декретомъ Государственнаго совѣта, всегда могущимъ быть обжалованнымъ въ совѣтъ, постановляющій въ судебно-административномъ порядкѣ. И нѣтъ ни одного случая, въ которомъ новое назначеніе не представлялась бы вполнѣ законнымъ и необходимымъ. Дѣйствительно, во всѣхъ случаяхъ новое назначеніе есть послѣдствіе того, что ассоціація для отправленія культа не выполняетъ болѣе цѣли, ради которой она была учреждена.

Энциклика *Vehementer* осуждаетъ, наконецъ, законъ, «потому что онъ лишаетъ церковь внутренней полиціи въ храмахъ, дабы надѣлить ею государство, потому что онъ ставитъ препятствія проповѣди вѣры и католической морали и издаетъ противъ духовныхъ лицъ строгій и исключительный режимъ наказаній». Этотъ протестъ имѣетъ въ виду тит. V закона 1905 г., помѣщенный подъ рубрикой: *Полиція культовъ*. Вообще говоря, этотъ протестъ не обоснованъ.

Въ силу ст. 25, собранія для отправленія культа въ помѣщеніяхъ религіозной ассоціаціи публичны. Изъ этого логически слѣдуетъ, что надзоръ надъ этими собраніями долженъ принадлежать агентамъ государственной власти, въ компетенцію которой входитъ обезпеченіе добраго порядка во всѣхъ мѣстахъ, открытыхъ для публики. Дѣйствительно, нельзя было передать самимъ служителямъ культовъ это право полиціи; они лишь простые граждане, обязанные подчиняться законамъ. Законодатель сдѣлалъ даже одно исключеніе въ законѣ 30 іюня 1881 г. о публичныхъ собраніяхъ, требуя лишь одно заявленіе для всѣхъ періодическихъ или случайныхъ собраній для отправленія культа, которыя будутъ имѣть мѣсто въ теченіе года въ опредѣленномъ зданіи.

Законъ 1881 г. требуетъ спеціальной декларації для всякаго публичнаго собранія. Исключеніе, впрочемъ, вполнѣ оправдывается. Ст. 26 запрещаетъ политическія собранія въ помѣщеніяхъ, обычно служащихъ отправленію культа. Это запрещеніе не можетъ подвергнуться критикѣ ни съ какой точки зрѣнія. Ст. 28 запрещаетъ постановку религіозныхъ знаковъ или эмблемъ на публичныхъ памятникахъ и мѣстахъ. Эти эмблемы никому не причиняютъ зла. Но въ странѣ официально свѣтской и нейтральной это запрещеніе обязательно. Что касается до внѣшнихъ проявленій культа, законодатель (ст. 27) мудро предоставляетъ мѣстной администраціи и спеціально муниципальной власти заботу объ ихъ регламентаціи и ихъ запрещеніи.

Точно такъ же вполнѣ слѣдуетъ одобрить постановленія ст. 31 и 32, наказывающія тѣхъ, кто путемъ насилія или угрозъ принудитъ другое лицо выполнять или воздерживаться отъ выполненія культа, вступить или выйти изъ религіозной ассоціаціи, платить или перестать платить на содержаніе культа, и тѣхъ, кто смятеніемъ или безпорядкомъ, учиненнымъ въ помѣщеніи, служащемъ для отправленія культа, помѣшаетъ, задержитъ или прерветъ отправленіе культа. Эти тексты помѣщаютъ принципы религіозной свободы подъ охрану уголовнаго закона, и надо лишь пожелать, чтобы прокуратура и суды въ точности примѣняли эти постановленія.

Ст. 34 и 35 предвидятъ случаи, когда священнослужитель въ мѣстѣ, предназначенномъ для культа, оскорбляетъ или порочитъ гражданина, несущаго общественную службу, и когда въ мѣстахъ, гдѣ отправляется культъ, произносятся рѣчи и раздаются писанія, содержащія прямую провокацію къ сопротивленію законамъ и легальнымъ актамъ общественной власти или стремящіяся поднять и вооружить одну часть гражданъ противъ другой. Ст. 34 и 36 устанавливаютъ компетенцію судовъ исправительной полиціи. Нѣтъ спора, что эти статьи не логичны. Разъ, по гражданскому закону, нѣтъ ни священнослужителей, ни культа, ни религіи, слѣдовало бы примѣнить общее право, уголовный кодексъ закона 29 іюля 1881 г. Однако нельзя слишкомъ упрекать законодателя за эти постановленія: предусматриваемыя правонарушенія принимаютъ при условіяхъ, при которыхъ они совершаются, особен-

ный характеръ, на который нельзя не обратить вниманія, и который дѣлаетъ ихъ болѣе тяжкими. Съ другой стороны, наказанія, предписанныя ст. 34 и 35, не намного строже, чѣмъ наказанія по общему праву. Законодатель допускаетъ доказательство позорящаго факта, когда онъ относится къ отправленію должности (ст. 34, § 2).

Слѣдуетъ добавить, что новымъ закономъ и дополнившими его декретами не было внесено никакихъ помѣхъ ни свободному выбору епископовъ папою, ни назначенію кюре епископами, ни собранію епископовъ, ни публикаціи въ мѣстахъ, посвященныхъ культу, актовъ, исходящихъ отъ папы, и что такимъ образомъ церковная іерархія уважается вполнѣ и даже лучше, чѣмъ при конкордатѣ и органическихъ статьяхъ, по которымъ гражданская власть участвовала въ назначеніи епископовъ и въ выборѣ кюре и могла воспротивиться всякому собранію епископовъ и публикаціи всякаго акта, исходящаго отъ папы. Мы скажемъ вмѣстѣ съ Рибо: «Законъ, давшій Святому престолу право безконтрольнаго назначенія епископовъ...; законъ, позволившій вамъ (католикамъ) и вашимъ епископамъ собираться, обсуждать и управлять интересами католической церкви; законъ, дающій вамъ пользованіе церквами, не обусловливая уплатою наемной платы, не требуя ничего унизительнаго, не устанавливая срока..., такой законъ можетъ вамъ не подходить, но это не законъ насилія и гоненія» (засѣданіе въ Палатѣ 7 марта 1906 г.). Въ этихъ условіяхъ, папа, запретивши энцикликой *Gravissimo* (10 августа 1906 г.) образованіе каноническихъ ассоціацій, согласныхъ въ то же время съ закономъ 9 декабря 1905 г., епископы, рѣшивши на собраніи 7 сентября 1906 г. оказать пассивное сопротивленіе выполненію закона,

въ дѣйствительности претендовали безъ серьезнаго основанія на то, чтобы освободить французскую церковь отъ примѣненія законовъ и власти французскихъ судовъ. На такую недопустимую претензію никакое правительство не согласилось бы.

Большинство служителей католическаго культа приняло законъ, потребовавши пенсій и вознагражденій, назначенныхъ ст. 11 и урегулированныхъ декретомъ 19 янв. 1906 г. Послѣ этого достаточно неудаченъ шагъ Святого престола, запретившаго своему духовенству подчиняться закону и образовывать ассоціаціи для отправленія культа.

Въ энцикликѣ *Gravissimo* (10 авг. 1906 г.) сказано: «Итакъ, вамъ, почтенные братья, остается приняться за дѣло и принять всѣ мѣры, которыя *право* признаетъ за всѣми гражданами, чтобы организовать религіозный культъ». Эта фраза возбудила вопросъ о томъ, не можетъ ли публичный культъ быть организованъ внѣ закона 1905 г. на основаніи общихъ законовъ о свободѣ собраній и ассоціацій, закона 30 іюня 1881 г. и 1 іюля 1901 г. Нѣтъ сомнѣнія, публичныя собранія могутъ происходить согласно закону 1881 г. и тогда, когда они имѣютъ цѣлью отправленіе культа. Но тогда должны быть примѣняемы различныя постановленія этого закона: всякой публичной религіозной церемоніи должна предшествовать декларація, требуемая ст. 2 закона 1881 г.; эта церемонія должна происходить подъ управленіемъ бюро, состоящаго, по крайней мѣрѣ, изъ трехъ лицъ, согласно ст. 8; и въ силу ст. 9 административное или судебное должностное лицо можетъ всегда на немъ присутствовать. Мы не видимъ, какія выгоды имѣли бы католики, если бы они отправляли свой публичный культъ подъ покровомъ закона 1881 г. и устранили примѣненіе закона 1905 г., который освобождаетъ публичныя собранія для отправленія культа отъ формальностей ст. 8 закона 1881 г. и требуетъ лишь одну декларацію для всѣхъ собраній, устраиваемыхъ въ теченіе года въ одномъ помѣщеніи.

Остается вопросъ о томъ, можетъ ли легально быть образована, согласно закону 1901 г., ассоціація, имѣющая цѣлью обезпечить публичное отправленіе культа. Само собою раз-

умѣется, организованная такимъ образомъ ассоціація не могла бы воспользоваться ни однимъ изъ преимуществъ, обезпеченныхъ закономъ 1905 г. ассоціаціямъ для отправленія культа, организованнымъ согласно этому закону: передачею церковныхъ имуществъ, безплатнымъ и исключительнымъ пользованіемъ зданіями, предназначенными для культа. Но должна ли подобная ассоціація разсматриваться, какъ имѣющая противозаконную цѣль и могла ли бы она быть закрыта согласно ст. 3 и 7 закона 1 іюля 1901 г.? Можно утверждать, что нѣтъ. Принципъ закона 1901 г. имѣетъ вполнѣ общій характеръ. Законъ 1905 г. предоставилъ ассоціаціямъ, учрежденнымъ согласно изданнымъ имъ предписаніямъ, съ цѣлью обезпечить публичный культъ, извѣстныя преимущества и взамѣнъ этого возложилъ на нихъ нѣкоторыя обязанности. Но ассоціаціи, учрежденныя согласно закону 1901 г. съ цѣлью обезпечить публичный культъ, не имѣютъ незаконной цѣли. Слѣдовательно, католики могутъ легально, согласно закону 1901 г., учреждать ассоціаціи для содержанія публичнаго культа. Но въ этомъ мы не видимъ преимуществъ для нихъ. Если законъ 1905 г. возлагаетъ нѣкоторыя обязательства на ассоціаціи для отправленія культа, то эти обязанности ничто въ сравненіи съ громадными преимуществами, которыя оно обезпечиваетъ: передачу церковныхъ имуществъ, неограниченное и безплатное пользованіе церквами, признаніе закономъ (ст. 4) принциповъ іерархіи и церковной дисциплины. Папа, позволивши, повидимому, энцикликой *Gravissimo* образованіе ассоціацій, согласно закону 1901 г., совершилъ грубую ошибку, если полагалъ, что эти ассоціаціи представляютъ католикамъ болѣе гарантій, чѣмъ ассоціаціи по закону 1905 г.

Впрочемъ, можно съ серьезными основаніями утверждать, что всякая ассоціація, имѣющая цѣлью обезпечить публичное отправленіе культа, является религіозной ассоціаціей (association cultuelle) и тѣмъ самымъ оказывается подчиненной постановленіямъ закона 1905 г. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 19 этого послѣдняго закона гласитъ: «Ассоціаціи, образованныя для участія въ издержкахъ, содержаніи и отправленіи культа, должны быть образованы согласно ст. 5 и сл. тит. I закона 1 іюля 1905 г. Онѣ будутъ, кромѣ того, подчинены предписаніямъ настоящаго закона». Откуда, повидимому, слѣдуетъ,

что ассоціація, имѣющая цѣлью обезпечить публичное отправленіе культа, не можетъ быть легально образована лишь въ силу одного закона 1901 г. Такое толкованіе далъ этому тексту Бріанъ, докладчикъ закона и министръ культовъ. Въ своемъ циркулярѣ отъ 1 сентября 1906 г. онъ говоритъ: «Два принципа господствуютъ въ режимѣ религіозныхъ ассоціацій. Они проистекаютъ отъ комбинаціи ст. 18 и 19 закона...: 1) всякая ассоціація и всякое соединеніе, имѣющее прямымъ или косвеннымъ объектомъ публичное отправленіе культа или его содержаніе есть ассоціація для отправленія культа (association cultuelle) (ср. примѣчаніе Государственнаго совѣта отъ 7 марта 1906 г. къ регламенту ассоціацій для отправленія культа); 2) ассоціація для отправленія культа можетъ имѣть прямымъ или косвеннымъ объектомъ лишь публичное отправленіе культа и его содержаніе» [1]). Послѣднее положеніе неоспоримо; но, несмотря на авторитетъ министра, мы колеблемся признать, что ассоціація, имѣющая цѣлью обезпечить публичный культъ и учрежденная согласно закону 1901 г., должна разсматриваться, какъ нелегальная. Мыслью законодателя 1905 г. было установить для ассоціацій, созданныхъ для отправленія культа, режимъ покровительства. Если извѣстныя религіозныя группы не желаютъ воспользоваться имъ и хотятъ жить подъ режимомъ общаго права, то, намъ кажется, нельзя имъ въ этомъ помѣшать [2]).

---

[1]) *Temps*, 2 сент. 1906 г. См. также заявленія Бріана въ совѣтѣ министровъ 11 сентября 1906 г. *Temps*, 13 сентября 1906 г.

[2]) Принятіе и примѣненіе закона 9 декабря 1905 г. вызвали, кромѣ уже указанныхъ отчетовъ и рѣчей, очень обильную литературу. См. особенно Grunebaum-Ballin, *La séparation de l'église et de l'Etat*, 1905; Gide, *La séparation des églises et de l'Etat*, conférence 1904; Mgr Mignot, *Le concordat et la séparation de l'église et de l'Etat*, 1905; Hemmer, *Politique religieuse et séparation*, 1905; G. Berry, *La séparation des églises et de l'Etat à la chambre*, 1905; L'Hopiteau et Thibaut, *La loi de la séparation des églises et de l'Etat*, 1906; Lagrésille, *Y aura-t-il des associations cultuelles? Revue des associations cultuelles*, 1 янв. 1906; P. Sabatier, *A propos de la séparation des églises et de l'Etat*, 1905;

90. **Свобода союзовъ.**—Индивидуальная свобода заключаетъ въ себѣ свободу ассоціацій или союзовъ. Если человѣкъ имѣетъ право свободно развивать свою дѣятельность, онъ долженъ имѣть право свободно соединять ее съ дѣятельностью другихъ. И, однако, ни въ одной изъ нашихъ декларацій и нашихъ конституцій революціоннаго періода нѣтъ ни одного слова, которое было бы хотя простымъ намекомъ на свободу ассоціацій. Только конституція 1848 г., первая, признала особо «право гражданъ соединяться въ ассоціаціи» (ст. 8). Не только редакторы Декларацiи 1789 г. не видѣли въ свободѣ ассоціацій необходимаго слѣдствія индивидуальной свободы, но даже очень вѣроятно, что ассоціація имъ казалась возможнымъ нарушеніемъ самаго принципа индивидуальной свободы. Ст. 1 знаменитаго закона Ле-Шапелье 14—17 іюня 1791 г., запретившаго профессіональныя ассоціаціи, очень знаменательна въ этомъ отношеніи: «такъ какъ уничтоженіе всякаго рода корпорацій гражданъ одного того же сословія и профессіи является одною изъ важнѣйшихъ основъ французской конституціи, то запрещается возстановлять ихъ подъ какимъ бы то ни было предлогомъ и въ какой бы то ни было формѣ».

Comte d'Haussonville, *Après la séparation*, 1906; E. Faguet, *L'anticlericalisme*, 1906; Lamarzelle et Taudière, *Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, 1906; Flourens, статья въ газетѣ *Leclair* 26 мая 1906, утверждающая, что культуальныя ассоціаціи не могутъ функціонировать; отвѣтъ Berthélemy, *Journal des Débats*, 29 мая 1906; Berthélemy, *Droit administratif*, 4 изд., 1906. стр. 247 и сл.; Bire, *La séparation des églises et de l'Etat*, 1906; Marc Réville et Ambrus'er, *Le régime des cultes, guide pratique*, 1906. По вопросу объ инвентаряхъ ст. Berthélemy, *Revue des associations cultuelles*, 1906, стр. 95.

Имѣли въ виду, несомнѣнно, лишь профессіональныя ассоціаціи; но въ этомъ было, конечно, приложеніе той общей идеи, что ассоціація противорѣчитъ истинной индивидуальной свободѣ. Правда, законъ 13 ноября 1790 г. заявлялъ, что «граждане имѣютъ право мирно собираться и образовывать между собою свободныя общества». Но этотъ законъ имѣлъ въ виду только клубы, которые не являются настоящими ассоціаціями, а скорѣе собраніями (см. выше, § 83, разницу между ассоціаціей и собраніемъ).

Послѣднія тридцать лѣтъ были отмѣчены въ всей Европѣ, и въ частности во Франціи, *ассоціаціонистскимъ* движеніемъ чрезвычайной интенсивности, распространившимся на всѣ проявленія человѣческой дѣятельности. Во всѣхъ странахъ законодатель вынужденъ былъ вмѣшаться. Во Франціи парламентъ, послѣ того какъ призналъ и регламентировалъ профессіональные синдикаты (законъ 21 марта 1884 г.), синдикаты собственниковъ (законъ 22 дек. 1888 г.), общества взаимопомощи (законъ 1 апрѣля 1898 г.), провозгласилъ, наконецъ, и организовалъ свободу ассоціацій вообще закономъ 1 іюня 1901 г., обязаннымъ иниціативѣ и авторитету Вальдека-Руссо, въ то время президента совѣта. Этотъ законъ тщетно ожидали съ тѣхъ поръ, какъ конституція 1848 г. провозгласила право ассоціацій.

Всякая ассоціація заключаетъ въ себѣ особую связь, соединяющую однихъ лицъ съ другими и состоящую изъ двухъ элементовъ: 1) вступившія въ ассоціацію лица преслѣдуютъ общую сознаваемую ими цѣль; 2) они оказываютъ другъ другу взаимныя услуги, дабы этимъ болѣе вѣрно достигнуть общей цѣли. Принимая уже употреблявшуюся нами терминологію (см. § 6), можно сказать, что всякая ассоціація является состояніемъ солидарности по сходству и въ силу

раздѣленія труда, соединяющемъ извѣстное число лицъ въ виду опредѣленной цѣли. Всякая соціальная группа, даже сама нація, есть ассоціація. Но внутри національной ассоціаціи образуются частныя соціальныя соединенія; между нѣкоторыми лицами, членами націи, устанавливается особая и болѣе тѣсная солидарность. Растущее съ каждымъ днемъ образованіе союзовъ не стремится уменьшить или поглотить человѣческую индивидуальность; оно, напротивъ, благопріятствуетъ ея болѣе широкому развитію. Въ самомъ дѣлѣ, индивидуальность человѣка дѣлается тѣмъ болѣе сложной и содержательной, чѣмъ большаго числа соціальныхъ группъ она составляетъ часть. Человѣкъ является индивидомъ-гражданиномъ, какъ членъ націи, индивидомъ-работникомъ, какъ членъ профессіональной корпораціи, индивидомъ-артистомъ или ученымъ, какъ членъ артистической или ученой корпораціи, и т. д. Такимъ образомъ его индивидуальная дѣятельность возрастаетъ сообразно числу ассоціацій, членомъ которыхъ онъ является. Пусть поэтому не говорятъ, что индивидуальность человѣка теряется въ корпоративныхъ группахъ. Въ этомъ заключается великая ошибка либеральной и чисто индивидуалистической школы [1]).

Ассоціація вообще появляется при двухъ совершенно различныхъ условіяхъ: ассоціаціи, созданныя съ цѣлью реализовать денежную прибыль, предназначенную къ распредѣленію между членами, и ассоціаціи, образованныя съ другими цѣлями, кромѣ реализаціи денежной прибыли. Ассоціаціи, образованныя съ цѣлью наживы, являются, на юридическомъ языкѣ, гражданскими и коммерческими обществами, каковыя всегда, за нѣкоторыми исключеніями, могли свободно образовываться. Гражданскій кодексъ ихъ призналъ (ст. 1832—1873); торговый кодексъ опредѣлилъ ихъ формы, но постановилъ при этомъ, что анонимныя общества могутъ возникать лишь съ разрѣшенія

---

[1]) Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 61.

правительства (ст. 37). Начиная съ закона 24 іюля 1867 г., анонимныя общества могутъ образовываться свободно. Этотъ законъ исключилъ лишь банки для пожизненныхъ доходовъ (tontines) и общества страхованія жизни (ст. 66, 1),—постановленіе, отмѣненное нынѣ закономъ 17 марта 1905 г., ст. 22. Такъ какъ, съ другой стороны, процессъ юридической конструкціи, употребляемый для охраны назначенія богатства для коллективной цѣли, есть атрибутъ юридическаго лица, то законодатель и юриспруденція признали за обществами въ собственномъ смыслѣ слова таковую личность, что̀ позволило имъ владѣть имуществомъ подъ гарантіей права. Законодатель, дѣйствительно, не боялся, что ассоціаціи, преслѣдующія цѣли обогащенія, вторгнутся въ область государственной дѣятельности и сдѣлаются препятствіемъ правительству и его дѣйствіямъ.

Иное отношеніе было къ обществамъ, устанавливаемымъ съ другими цѣлями, кромѣ раздѣла барышей, слѣдуя формулѣ закона 1901 г. (ст. 1). Почти всѣ законодатели, и въ частности французскій законодатель, выказывали по отношенію къ нимъ крайнее недовѣріе. Основаніемъ къ этому, выдвинутымъ во Франціи, было то, что будто бы свобода ассоціацій противорѣчитъ индивидуалистическимъ принципамъ. Кромѣ того, что это не точно, это, безъ сомнѣнія, не было и дѣйствительнымъ опредѣляющимъ основаніемъ. На самомъ дѣлѣ, различныя правительства боялись, чтобы ассоціаціи, не преслѣдующія цѣлей наживы, не вторгались въ области, которыя они хотѣли сохранить за собой, и не стѣсняли такимъ образомъ ихъ дѣйствія и ихъ авторитарныхъ и централистическихъ тенденцій.

Раньше закона 1 іюля 1901 г. ассоціаціи были подчинены полицейскому режиму и предварительному разрѣшенію, по крайней мѣрѣ, для ассоціацій, состоящихъ болѣе, чѣмъ изъ двадцати лицъ. Мы уже указывали (§ 87), что во время революціи смѣшивали ассоціаціи съ собраніями: законодатель сначала разрѣшилъ, потомъ запретилъ клубы,—политическія общества, имѣющія единственной цѣлью устраивать политическія собранія. Ст. 291—294 уголовнаго кодекса подчинили предварительному правительственному разрѣшенію всѣ ассоціаціи болѣе чѣмъ двадцати лицъ, подъ угрозою закрытія и штрафа отъ 16 до 200 франковъ начальниковъ, директоровъ и администраторовъ ассоціаціи, и подвергали тому же наказанію всякое лицо, которое, безъ разрѣшенія муниципальной власти, предоставило бы свой домъ или свою квартиру, отчасти или цѣликомъ, для собранія членовъ неразрѣшеннаго общества. Нѣкоторыя общества, чтобы обойти этотъ законъ, прибѣгали къ раздробленію на секціи меньше двадцати членовъ; противъ этого выступилъ законъ 10 апрѣля 1834 года, ст. 1 котораго постановляла, что содержаніе ст. 291 уголовнаго кодекса простирается на общества болѣе двадцати человѣкъ «даже въ томъ случаѣ, если эти общества раздѣлятся на секціи меньшаго состава». Ст. 2 этого закона 1834 г. усилила наказанія, установленныя уголовнымъ кодексомъ: она постановила, что всякое лицо, состоящее въ неразрѣшенномъ обществѣ, подлежитъ заключенію отъ 2 мѣсяцевъ до года и штрафу отъ 50 до 1.000 франковъ, при чемъ наказаніе могло быть удвоено въ случаѣ рецидива. Такому же наказанію подлежали тѣ, кто нанималъ или предоставлялъ свой домъ или квартиру для одного или нѣсколькихъ собраній неразрѣшеннаго общества.

Констит. 1848 г. (ст. 8) провозгласила право ассоціацій, и, однако, драконовское законодательство 1834 г. оставалось въ силѣ до закона 1 іюля 1901 г., 21 ст. котораго отмѣнила какъ его, такъ статьи 291—293 уголовнаго кодекса. Ст. 294 была отмѣнена закономъ 9 декабря 1905 г. объ отдѣленіи церквей и государства.

Нужно, однако, сказать, что ранѣе закона 1901 г. правительство, въ лицѣ префектовъ, очень свободно давало разрѣшенія, такъ что образовалось множество мирно существовавшихъ артистическихъ, научныхъ, литературныхъ, филан-

тропическихъ и даже религіозныхъ обществъ, и нужны бывали особенно важныя политическія событія, къ счастію рѣдкія, для того, чтобы правительство примѣняло законъ 1834 г., какъ, напримѣръ, въ 1898—9 гг. во время кризиса, вызваннаго дѣломъ Дрейфуса.

Законъ 1 іюля 1901 г. составилъ значительный прогрессъ по сравненію съ прежнимъ законодательствомъ. Вообще говоря, онъ установилъ свободу ассоціацій. Однако надо сказать, въ одномъ отношеніи онъ остановился на полпути. Въ самомъ дѣлѣ, для того, чтобъ свобода ассоціацій дѣйствительно существовала, необходимо, чтобы всякая ассоціація, свободно учрежденная съ какой-нибудь дозволенной цѣлью, могла свободно пріобрѣтать, возмезднымъ или безмезднымъ путемъ, всякія движимыя и недвижимыя имущества, подъ тѣмъ однимъ условіемъ, что бы имущества предназначались для цѣлей ассоціаціи. Разъ употребленіе богатствъ на цѣли коллективности обезпечено тѣмъ, что коллективности дается право юридической личности, законъ долженъ былъ бы дать право юридической личности всякой правильно образованной, заявленной и опубликованной ассоціаціи подъ тѣмъ однимъ условіемъ, чтобы пріобрѣтенныя ею имущества исключительно шли на цѣли, которыя она себѣ поставила. Законодатель 1901 г. не сдѣлалъ этого. «Ассоціаціи, гласитъ ст. 2, могутъ свободно образовываться, безъ предварительнаго разрѣшенія или заявленія; но онѣ пользуются правами юридической правоспособности въ томъ случаѣ, если онѣ заявлены согласно ст. 5». Это вполнѣ логично. Это принципъ личной свободы ассоціацій. Справедливо, чтобъ ассоціація имѣла по отношенію къ третьимъ лицамъ юридическую жизнь только въ томъ случаѣ,

если она заявлена, не будучи, однако, вынуждаема получать какое-нибудь разрѣшеніе. Однако съ момента, когда ассоціація такимъ образомъ заявлена, она должна имѣть полную юридическую правоспособность въ границахъ, разумѣется, своей цѣли, такъ какъ эта цѣль есть самое основаніе ея существованія и должна обозначать границу ея дѣятельности. Законодатель 1901 г. не хотѣлъ этого, и именно поэтому его работа не закончена. Онъ позаботился перечислить ограничительно тѣ юридическія дѣйствія, которыя можетъ производить заявленная ассоціація. Она можетъ выступать въ судахъ, пріобрѣтать возмезднымъ путемъ, владѣть и управлять, исключая субсидіи отъ государства, департаментовъ и коммунъ: 1) взносами своихъ членовъ или суммами, вносимыми вмѣсто этихъ взносовъ, при чемъ эти суммы не могутъ быть выше 500 франковъ; 2) помѣщеніемъ, предоставленнымъ для управленія ассоціаціей и для собранія ея членовъ; 3) недвижимыми имуществами, строго необходимыми для цѣли, которую она преслѣдуетъ (ст. 5). Это не является полной правоспособностью, такъ какъ заявленныя ассоціаціи не могутъ ничего пріобрѣтать даромъ, за исключеніемъ субсидій отъ государства, департаментовъ и коммунъ.

Какъ до закона 1901 г., такъ и послѣ него, ассоціаціи не могутъ пріобрѣтать даромъ, если только онѣ не признаны правительствомъ общественно-полезными. Это признаніе есть дискреціонный актъ администраціи, и, разъ данное, оно можетъ всегда быть взято обратно. Ассоціація, признанная общественно-полезною, дѣлается общественно-полезнымъ учрежденіемъ и становится подъ администра-

тивный контроль. Она можетъ собирать пожертвованія, но только подъ условіемъ разрѣшенія административной власти, согласно ст. 910 гражд. кодекса и ст. 5 закона 4 февраля 1901 г. Все это не является свободой ассоціацій (ст. 10 и 11 зак. 1 іюля 1901 г.). Ст. 11, § 1 оговариваетъ, что даже ассоціаціи, признанныя общественно-полезными, не могутъ владѣть и пріобрѣтать другихъ недвижимыхъ имуществъ, кромѣ тѣхъ, которыя необходимы для преслѣдуемой ими цѣли. Это логично. Это принципъ спеціальности: преслѣдуемая цѣль есть основаніе и граница правоспособности ассоціацій. Но въ этой границѣ цѣли всякое пріобрѣтеніе, возмездное или безмездное, должно свободно производиться всякой заявленной ассоціаціей. Только въ этомъ случаѣ будетъ свобода ассоціацій.

Традиціонное соображеніе, приведенное въ 1901 г., чтобы отвергнуть такое рѣшеніе, ссылается на опасность, происходящую отъ возможнаго сосредоточиванія коллективныхъ имуществъ, извлеченныхъ изъ сдѣлокъ между живыми и переходовъ по наслѣдству, или, по общеупотребительному выраженію, опасность мертвой руки. Аргументъ не имѣетъ цѣны. Опасность мертвой руки въ нашихъ современныхъ обществахъ химерична. Не говорятъ вѣдь объ опасности мертвой руки для имуществъ, иногда очень значительныхъ, принадлежащихъ коммерческимъ обществамъ. Почему мертвая рука не является опасностью, когда дѣло идетъ о страховомъ обществѣ, объ универсальномъ магазинѣ? Почему она налицо, когда дѣло идетъ о филантропическомъ или учебномъ обществѣ? Нѣтъ для этого основаній. Но правительства всегда боятся, чтобы свобода ассоціацій не была слишкомъ великой, и чтобы свободные союзы не захватили тѣ области, въ которыхъ они сохранили, если не монополію, то управленіе. И въ этомъ случаѣ они потрясаютъ пугаломъ мертвой руки. Какъ, впрочемъ, говорить о мертвой рукѣ въ эпоху, когда концентрація капиталовъ является феноменомъ непреодолимаго могущества

и подготавливаетъ соціалистическую форму будущаго государства? Странная вещь, именно соціалистическіе политики наиболѣе выдвинули въ 1901 г. мнимую опасность мертвой руки.

Слѣдуетъ добавить, что интересамъ фиска нечего бояться того факта, что имущества, находящіяся во владѣніи ассоціацій, не будутъ нести пошлинъ, налагаемыхъ на переходы послѣ смерти; законодателю легко установить, въ качествѣ компенсаціи, соотвѣтствующій налогъ, который, впрочемъ, уже и существуетъ (зак. 20 февр. 1849 г. и 30 марта 1872 г.), и принципъ котораго можно было бы только расширить.

Практическое соображеніе, слабость котораго очевидна, хотѣли подкрѣпить теоретическимъ аргументомъ, который имѣетъ то же небольшую цѣну. Говорили, что коллективности не имѣютъ реальности и, слѣдовательно, могутъ имѣть юридическую правоспособность лишь въ томъ случаѣ, если ее имъ далъ законодатель и въ той мѣрѣ, въ какой онъ ее имъ далъ. Это относится къ той идеѣ, что юридическая правоспособность предполагаетъ лицо—субъекта правъ; что коллективности, ассоціаціи, не имѣютъ юридической личности, что онѣ могутъ ихъ имѣть только въ силу законодательной фикціи, концессіи всемогущаго государства.

Здѣсь не мѣсто изучать различныя современныя теоріи относительно личности коллективныхъ соединеній. Но идея фиктивной личности является теперь отжившей идеей, которой законодатель не можетъ слѣдовать. Какъ бы различны ни были доктрины относительно коллективной личности, онѣ согласны въ томъ пункгѣ, что всякое соединеніе, правильно образованное съ законной цѣлью, есть, de facto и естественно, субъектъ права, сфера юридической дѣятельности котораго именно и опредѣлена преслѣдуемой цѣлью, независимо отъ какой бы то ни было уступки законодателя; этотъ послѣдній долженъ выступать только для того, чтобы констатировать и регламентировать эту *юридическую субъективность*, а не для того, чтобы ее уступать [1]).

---

[1]) См. особенно уже сдѣлавшуюся классическою по этому вопросу книгу Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906; а также Hauriou, *Mouvement social*, 1899, 2-е приложеніе; Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, развившаго идеи Безелера; Giner, *Theoria de la persona social*, 1895.

Остается указать, что законъ 1901 г. примѣнилъ принципъ свободы ассоціацій, постановивши, что ассоціація можетъ быть объявлена распущенной только судебной властью и по опредѣленнымъ основаніямъ. Такимъ образомъ законъ этотъ, согласно принципамъ 1789—1791 гг., ставитъ свободу ассоціацій, которая является лишь послѣдствіемъ индивидуальной свободы, подъ охрану судебной власти. Это закрытіе общества есть юрисдикціонный актъ, въ чемъ заключается для членовъ общества наилучшая гарантія того, что оно не будетъ произвольнымъ.

Однако правило подвергается исключеніямъ, которыя широко открываютъ двери правительственному произволу. Общества, состоящія въ большей части изъ иностранцевъ, а также тѣ, которыя имѣютъ администраторовъ - иностранцевъ или имѣютъ свое центральное мѣсто за границей, и дѣйствія которыхъ въ состояніи повліять на финансовый рынокъ или угрожать внутренней или внѣшней безопасности государства, могутъ быть распущены декретомъ совѣта министровъ [1]).

91. **Конгрегаціи.** — Цѣлью законодателя 1901 года скорѣе было подчинить нѣкоторыя ассоціаціи, именно конгрегаціи, особенно ограничительной системѣ, чѣмъ дать свободу ассоціацій. Его работа въ этомъ отношеніи была пополнена законами 4 декабря 1902 г., 17 іюля 1903 г. и 7 іюля 1904 г. Эти законы подчиняютъ конгрегаціи строгому полицейскому режиму, который можно резюмировать слѣдующимъ образомъ.

---

[1]) См. Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, 1902 (Труйо былъ докладчикомъ закона въ палатѣ депутатовъ); Eyquem, *De la capasité civile des associations*, these, Bordeaux, 1903.

Ни одна конгрегація не можетъ возникнуть безъ законнаго разрѣшенія, устанавливающаго условія ея функціонированія (зак. 1 іюля 1901 г., ст. 13, § 1 и ст. 16). Конгрегаціямъ, уже существовавшимъ въ моментъ обнародованія закона, поставлено было въ обязанность испросить разрѣшеніе въ трехмѣсячный срокъ; не получивъ его, онѣ должны были прекратить свое существованіе и ликвидировать свое имущество (ст. 18, пополненная закономъ 17 іюля 1903 г.). Ни одна разрѣшенная конгрегація не можетъ основать какого-нибудь новаго учрежденія, на которое не было получено дозволенія въ силу декрета Государственнаго совѣта (ст. 13, § 2 и зак. 4 декабря 1902 г.). Уничтоженіе даже легализованной конгрегаціи и закрытіе разрѣшеннаго учрежденія могутъ быть всегда произведены въ силу декрета, изданнаго совѣтомъ министровъ (ст. 13, § 3) [1]).

Суровость этого режима еще была усилена закономъ 7 іюня 1904 г., въ которомъ говорится, что всѣ конгрегаціи, разрѣшенныя лишь какъ занимающіяся преподаваніемъ, будутъ закрыты въ теченіе десяти лѣтъ, и что, слѣдовательно, такимъ конгрегаціямъ впредь авторизаціи даваться не будетъ. Эти конгрегаціи не могутъ принимать новыхъ членовъ; ихъ школы считаются закрытыми въ силу закона, за исключеніемъ тѣхъ, которыя предназначаются для образованія учащаго персонала во французскія школы въ другихъ странахъ, въ колоніяхъ и странахъ, находящихся подъ протекторатомъ (зак. 7 іюля 1904 г., ст. 1

---

[1]) Ср. Декреты 16 августа 1901 г. и министер. постановленіе 1 іюля 1901 г.

и 2). Статья 3 говоритъ, что въ теченіе десяти лѣтъ закрытіе каждаго школьнаго учрежденія произойдетъ въ срокъ, назначенный постановленіемъ министра внутреннихъ дѣлъ. Статья 4 предписываетъ и подчиняетъ извѣстнымъ правиламъ ликвидацію закрытыхъ такимъ образомъ конгрегацій. Статья 6 объявляетъ уничтоженной ст. 109 декрета 17 марта 1808 г., которая давала право легальнаго существованія Институту братьевъ христіанскаго ученія [1]).

Авторы этого драконовскаго законодательства противъ конгрегацій ссылались на двоякаго рода соображенія. Во-первыхъ, они хотѣли будто бы, заставить уважать историческое французское право по этому вопросу; они не переставали указывать на тотъ принципъ монархическаго права, по которому конгрегаціи могли существовать только съ королевскаго разрѣшенія и всегда были во власти центральнаго управленія. Они настаивали на необходимости, чтобы третья республика слѣдовала принципамъ и политикѣ прежней монархіи. Съ другой стороны, они говорили, что нельзя примѣнять общаго права къ конгрегаціямъ, которыя сильно отличаются отъ обыкновенныхъ ассоціацій, ибо ихъ члены отрекаются отъ міра, отказываются отъ семьи, оставляютъ въ сторонѣ свои личные интересы и даютъ обѣтъ слѣдовать уставу, предписывающему имъ пассивное повиновеніе и отреченіе отъ всякой личной иниціативы. Къ этому прибавляли, что такой суровый полицейскій режимъ былъ тѣмъ необходимѣе, что конгрегаціи подъ религіозными предлогами вели

---

[1]) Съ закономъ 7 іюля 1904 г. сопост. зак. 22 апрѣля 1905 г., ст. 36; декреты 2 января и 17 іюня 1905 г.

активную политическую кампанію, что ихъ богатство росло въ значительной пропорціи (оно равнялось, говорятъ, милліарду), и что, наконецъ, ихъ дѣйствіе на совѣсть вѣрующихъ и вліяніе на умы становилось, дѣйствительно, опаснымъ [1]).

Безъ сомнѣнія, при дѣйствіи прежняго права, въ эпоху, когда свобода ассоціацій не была признана, религіозныя конгрегаціи были подчинены дискреціонному режиму. Слѣдуетъ разсмотрѣть, допустимъ ли подобный режимъ при законодательствѣ, которое провозглашаетъ и организуетъ свободу союзовъ и свободу личности.

При старомъ порядкѣ, конгрегаціи не могли законно возникать иначе, какъ въ силу личнаго дозволенія короля, даннаго въ видѣ жалованной грамоты и зарегистрованнаго парламентомъ [2]). Это было логично. Монашескій обѣтъ влекъ за собой извѣстную неправоспособность въ гражданскомъ правѣ; гражданское общество, очевидно, имѣло право опредѣлять тѣ конгрегаціи, члены которыхъ были неправоспособны.

Во введеніи къ конст. 1791 г. говорится, что законъ не признаетъ *религіознаго монашескаго обѣта*. Уже законъ 13 февраля 1790 г. говоритъ: «Конституціонный законъ королевства не признаетъ болѣе монашескихъ торжественныхъ обѣтовъ лицъ ни того ни другого пола; вслѣдствіе этого, ордена и религіозныя конгрегаціи, въ которыхъ давались подобные обѣты, объявляются во Франціи подъ запретомъ, запрещается также устраивать подобныя конгрегаціи и впредь. Всѣ лица обоихъ половъ, находящіяся въ монастыряхъ и

---

1) Ср. общія пренія о законѣ 1901 г. въ палатѣ въ засѣданіяхъ съ 15—24 января 1901 г., въ сенатѣ въ засѣданіяхъ съ 11—15 іюня 1901 г. и въ особенности докладъ палатѣ Trouillot, *J. off., doc. parlem., chamb.*, 1900, p. 1217; докладъ сенату Vallé, *J. off., débats parlem.*, засѣданіе 6 іюня 1901 г., p. 784; рѣчь Waldeck-Rousseau, въ засѣданіи палаты 21 января 1901 г. и въ сенатѣ 13 іюня 1901 г.

2) Ср. особенно эдиктъ д'Агессо 1749 г.

религіозныхъ домахъ, могутъ покинуть ихъ». Дѣлая это постановленіе, Національное Собраніе было вполнѣ вѣрно самому себѣ. Старое гражданское право признавало силу монашескихъ обѣтовъ. Новое гражданское право объявило ихъ не имѣющими силы и, съ другой стороны, не признало права ассоціацій. Итакъ, религіозныя общества, въ которыхъ давались монашескіе обѣты, не могли больше легально существовать. Мысль, господствующая въ законѣ 13 февраля 1790 г., тожественна со смысломъ закона Ле-Шапелье, изданнаго въ іюнѣ 1791 г. и запрещавшаго профессіональныя корпораціи.

Законъ 1790 г. запрещалъ только религіозныя конгрегаціи, т. е. тѣ, въ которыхъ давались торжественные монашескіе обѣты. Признавая невозможнымъ по новой конституціи существованіе какой бы то ни было конгрегаціи, революція должна была итти дальше и запретить всѣ конгрегаціи мужскія и женскія, даже такъ называемыя мірскія, въ которыхъ не давалось никакихъ торжественныхъ обѣтовъ. Это и было цѣлью закона 18 августа 1792 г., въ которомъ говорится, что «корпораціи, извѣстныя во Франціи подъ именемъ мірскихъ духовныхъ конгрегацій, какъ-то (слѣдуетъ длинное перечисленіе), считаются уничтоженными и закрытыми со дня опубликованія сего декрета». Въ 1792 г., какъ и въ 1791 г., господствовалъ взглядъ, что въ обществѣ, основывающемся, главнымъ образомъ, на принципѣ индивидуальной свободы, одинаково не могутъ существовать корпораціи какъ свѣтскія, такъ и духовныя. Говорили, что корпорація гражданъ въ политическомъ тѣлѣ то же, что засореніе въ человѣческомъ тѣлѣ [1]).

Въ началѣ консульства нѣкоторыя конгрегаціи сестеръ милосердія были дозволены, какъ исключеніе: конкордатъ 1802 г. не содержалъ никакой статьи, относящейся къ религіознымъ обществамъ. Ст. 11 *articles organiques* (зак. 18 жерминаля X года) гласитъ: «Архіепископы и епископы могутъ, съ дозволенія правительства, учреждать въ своихъ епархіяхъ капитулы соборовъ и семинаріи. Всѣ другія духовныя учре-

---

[1]) Рѣчь Торне, на которую ссылается Aulard, *La Révolution française et les congrégations*, 1903 г.; Оларъ даетъ полный текстъ доклада Годена и рѣчи Торне, стр. 218 и 233.

жденія запрещены». Подъ этими учрежденіями подразумѣвались, очевидно, духовныя конгрегаціи; изъ доклада Порталиса вытекаетъ, что намѣреніе законодателя X года, дѣйствительно, было оставить на конгрегаціяхъ запрещенія, наложенныя законами революціоннаго періода.

Но, благодаря общему успокоенію, образовалось довольно быстро нѣсколько мужскихъ конгрегацій, подъ именемъ Отцовъ вѣры, Поклонниковъ Іисуса или Панакаристовъ, вѣроятно, являвшихся отдѣленіями ордена іезуитовъ. Это-то и вызвало декретъ 3 мессидора XII года, который объявилъ ихъ закрытыми, распространивши это запрещеніе и на всѣ другіе союзы или ассоціаціи, образовавшіяся подъ религіозными предлогами и не получившія разрѣшенія. Тотъ же декретъ приказывалъ духовнымъ лицамъ, составлявшимъ эти ассоціаціи, возвратиться въ свои епархіи и жить подъ общей юрисдикціей. Ст. 3 гласитъ, что законы, запрещающіе всякіе религіозные ордена, связывающіе своихъ членовъ вѣчными монашескими обѣтами, будутъ попрежнему приводиться въ исполненіе. Въ ст. 4 говорится, что «никакой союзъ или ассоціація мужчинъ или женщинъ не можетъ образовываться подъ религіозными предлогами, если только она не получитъ формальнаго разрѣшенія въ силу императорскаго декрета». Этотъ актъ вполнѣ гармонировалъ съ наполеоновской диктатурой. Кассаціонный судъ его, впрочемъ, призналъ, какъ законъ, и не внесъ въ сенатъ, какъ противный конституціи. Во времена имперіи нѣкоторыя женскія конгрегаціи были дозволены [1]).

Во время реставраціи, закономъ 2 января 1817 г. было установлено, что всякое духовное учрежденіе, *признанное закономъ*, можетъ съ разрѣшенія короля получить привилегію. Постоянно оставалось сомнѣніе въ смыслѣ этого текста: требуется ли для разрѣшенія формальный законъ, или просто законно выданное разрѣшеніе, хотя бы даже только правительствомъ. Законъ 24 мая 1825 г. признавалъ за правительствомъ право разрѣшать путемъ ордонанса женскія конгре-

---

[1]) См. декретъ 3 мессидора XII г., ст. 5. Институтъ братьевъ христіанскаго ученія былъ разрѣшенъ ст. 109 декрета 17 марта 1808 г., учреждавшаго университетъ,—статья, уничтоженная теперь закономъ 7 іюля 1904 г. (ст. 6).

гаціи, изъ чего можно было заключить, что, напротивъ, конгрегаціи мужчинъ разрѣшались не иначе какъ закономъ.

Ср. декретъ-законъ 31 января 1852 г., а также ордонансъ 16 іюня 1828 г. о среднихъ духовныхъ школахъ, который, будучи продолженіемъ «Мемуара Монлозье о религіозной системѣ, стремящейся разрушить религію и тронъ», гдѣ были описаны злоупотребленія *конгрегаціи*, требуетъ, чтобы учрежденія, извѣстныя подъ названіемъ среднихъ духовныхъ школъ, гдѣ обучаются лица, принадлежащія къ неразрѣшенной религіозной конгрегаціи, подчинились университетскому режиму, и чтобы никто не могъ быть ни директоромъ, ни профессоромъ въ университетскихъ учрежденіяхъ или среднихъ духовныхъ школахъ, не давши предварительно подписку о не принадлежности ни къ какой религіозной конгрегаціи, не утвержденной закономъ во Франціи».

Законъ 15 мая 1850 г. (законъ Фаллу) упразднилъ эти ограниченія (ср. § 84) и подъ защитой этого закона Франція покрылась конгрегаціонистскими учебными заведеніями. Благодаря терпимости сначала императорскаго правительства, а затѣмъ республиканскаго, число конгрегацій всякаго рода сильно увеличилось. Возвращаясь къ традиціи наполеоновской и монархической политики, министръ народнаго просвѣщенія, Жюль Ферри, издалъ декретъ 29 марта 1880 г., который, ссылаясь на *существующіе* будто бы законы (зак. 1790, 1792 гг., декреты мессидора XII года, зак. 1817 г., 1825 г.), повелѣвалъ немедленное закрытіе Товарищества Іисуса, давалъ три мѣсяца всѣмъ другимъ конгрегаціямъ на полученіе авторизаціи и предписывалъ ихъ закрытіе, если онѣ не обратятся за разрѣшеніемъ или если, спросивъ его, не получатъ. Эти декреты сначала строго примѣнились, особенно противъ іезуитовъ. Но правительство не могло или не хотѣло продолжать этого примѣненія. Конгрегаціи продолжали мирно существовать, независимо отъ того, получили ли онѣ, или не получили авторизаціи. Государство, кромѣ того, само косвенно признавало существованіе такихъ конгрегацій, взимая съ нихъ особый налогъ [1]).

---

[1]) Законы 29 декабря 1884 г., ст. 9, и 16 апрѣля 1895 г., ст. 3.

Кризисъ, возникшій, благодаря дѣлу Дрейфуса, и политическая роль, приписанная нѣкоторымъ конгрегаціямъ, вызвали внесеніе министерствомъ Вальдека-Руссо 14 ноября 1899 г. законопроекта, сдѣлавшагося закономъ 1 іюля 1901 г.

Такъ какъ теперь свобода ассоціацій признана и организована, то особый полицейскій режимъ, подъ который подводятъ конгрегаціи законы 1 іюля 1901 г. и 7 іюля 1904 г., можетъ быть оправданъ только въ томъ случаѣ, если найдется вѣрный юридическій признакъ, позволяющій установить точную разницу между обыкновенными ассоціаціями и конгрегаціями. Намъ кажется, что такого признака нѣтъ.

Законодатель, повидимому, самъ это призналъ. Проектъ закона, внесенный правительствомъ 14 декабря 1899 г., не говорилъ ни слова о конгрегаціяхъ. Онъ говорилъ «объ ассоціаціяхъ, требующихъ отказа отъ правъ, не подлежащихъ торговому обороту», и объявлялъ подобныя ассоціаціи несуществующими. Сверхъ того, правительство предлагало постановить, чтобы ассоціаціи между французами, правленіе или дирекція которыхъ будутъ находиться за границей или поручена иностранцамъ, получали авторизацію посредствомъ декрета, при чемъ эта авторизація была бы простымъ полицейскимъ разрѣшеніемъ, и не давала бы правъ личности. Но эта редакція подверглась очень сильной критикѣ въ парламентской комиссіи. Было указано, что этими перифразами имѣли въ виду конгрегаціи, но что въ то же время задѣвали многія ассоціаціи, не имѣющія ничего общаго съ конгрегаціями, какъ, напр., литературные и политическіе союзы. Къ этому добавляли, что формула «отказъ отъ правъ, не подлежащихъ торговому обороту» неясна; что прежніе законы говорили всегда о конгрегаціяхъ, не опредѣляя ихъ; что нужно сдѣлать то же, и никто тогда не ошибется; отсюда текстъ ст. 13 [1]). Въ сенатѣ Беранже предложилъ внести въ за-

---

[1]) Ср. Trouillot, докладъ палатѣ, *J. off.*, 1900, *doc. parl*, p. 1217: Trouillot и Chapsal, *Du contrat d'association*, 1902 г., стр. 201.

конъ слѣдующее опредѣленіе: «Религіозная конгрегація есть ассоціація, состоящая изъ болѣе чѣмъ двадцати человѣкъ, связанныхъ религіозными монашескими обѣтами и живущихъ общиной». Но, по предложенію Вальдека-Руссо и докладчика Валле, сенатъ отвергъ эту поправку и вотировалъ текстъ, принятый палатой, составившій ст. 13 закона, говорящую просто о конгрегаціяхъ, не давая имъ никакого опредѣленія (сенатъ, засѣданіе 19 іюня 1901 г.).

Для того, чтобы былъ налицо юридическій критерій, позволяющій выдѣлить конгрегаціи изъ разряда обыкновенныхъ ассоціацій, нужно, чтобы со стороны членовъ конгрегаціи было внѣшнее обнаруженіе воли, подпадающее подъ дѣйствіе права и могущее дать разсматриваемой ассоціаціи особенный характеръ. Намъ же кажется, что подобнаго критерія не существуетъ. Характерно, что докладчики закона въ палатѣ и въ сенатѣ, Труйо и Валле, повидимому, признавали за отличительные признаки конгрегаціи слѣдующее: прежде всего, торжественные или вѣчные, простые или временные, монашескіе обѣты, вообще, обѣты цѣломудрія, бѣдности и повиновенія; статуты конгрегаціи, имѣющіе каноническую часть, образующую *уставъ;* вѣчность ассоціаціи, являющаяся слѣдствіемъ ихъ благочестиваго назначенія; особое одѣяніе и жизнь въ коммунѣ. Легко показать, что ни одинъ изъ вышеназванныхъ элементовъ не можетъ вліять на характеръ ассоціаціи.

Сначала разсмотримъ религіозное назначеніе и характеръ вѣчности, являющійся слѣдствіемъ его; ясно, что религіозная цѣль, въ виду которой создается ассоціація, не даетъ ей характера конгрегаціи; говорилось много разъ и въ палатѣ и въ сенатѣ, что ассоціаціи, устраиваемыя между свѣтскими лицами съ религіозной цѣлью, останутся под-

чиненными общимъ законамъ; и палата ясно показала, что она принимаетъ это рѣшеніе, отказавшись отъ поправки, лишающей религіозныя ассоціаціи дѣйствія ст. 2 зак. 1901 (засѣданіе 4 февраля 1901). Теперь не можетъ существовать ассоціаціи съ религіозной цѣлью, образованной священниками, такъ какъ послѣ закона объ отдѣленіи церкви для гражданскаго закона нѣтъ больше священниковъ. Что касается до жизни въ общинахъ, то она не можетъ вліять на природу ассоціаціи. Прежде всего, было признано, что могутъ быть конгрегаціи безъ жизни въ коммунѣ. Съ другой стороны, можетъ-быть, налицо жизнь въ коммунѣ извѣстнаго числа лицъ и въ то же время будетъ ясно, что нѣтъ въ данномъ случаѣ ни ассоціаціи, ни конгрегаціи. Что касается ношенія особаго костюма, то это дѣло полиціи, и оно не можетъ оказывать вліянія на природу ассоціаціи. Въ частномъ и закрытомъ помѣщеніи всякій можетъ одѣваться, какъ ему угодно; въ публичномъ же мѣстѣ полицейская власть должна опредѣлять условія, требуемыя отъ костюма соображеніями приличія и общественнаго спокойствія.

Что касается обѣтовъ, то они не могутъ, конечно, составить элемента, дающаго ассоціаціи юридически особенный характеръ. Эти обѣты не производятъ никакого гражданско-правового послѣдствія (конст. 1791 г., введ.). Съ точки зрѣнія современнаго права, эти обѣты не являются внѣшними проявленіями воли, имѣющими въ виду произвести юридическое послѣдствіе. Обѣты бѣдности, цѣломудрія и повиновенія—рѣшенія внутреннія, которыя составляютъ дѣло внутренней совѣсти каждаго отдѣльнаго индивида, которыя законодатель не можетъ и не

имѣетъ права знать. Поэтому онъ не можетъ обосновать цѣлую законодательную систему на внутреннемъ актѣ воли, совершенно ускользающемъ отъ его власти.

Труйо и Шапсаль хорошо поняли это возраженіе; они пишутъ: «Если подобные монашескіе обѣты и не имѣютъ цѣны въ глазахъ гражданскаго закона..., свѣтская власть можетъ быть вынуждена ими заняться... съ точки зрѣнія примѣненія закона къ конгрегаціонисту, принадлежащему къ противозаконнымъ соединеніямъ» [1]. Поистинѣ, такія вещи серьезно не пишутъ. Такимъ образомъ, по мнѣнію Труйо и Шапсаля, монашескіе обѣты не имѣютъ никакой цѣны въ глазахъ гражданскаго закона, или, иначе сказать, они ни хороши, ни дурны; они какъ будто не существуютъ, это дѣло совѣсти каждаго; но именно за этотъ фактъ, несуществующій для законодателя, онъ наказываетъ французскихъ гражданъ, желающихъ воспользоваться свободой ассоціацій, освященной республиканской конституціей 1848 г. и организованной закономъ 1901 г., наложеніемъ наказаній, указанныхъ въ ст. 16 этого закона и въ законѣ 4 декабря 1902 г.; именно въ силу этого факта, не существующаго для законодателя, онъ лишаетъ французскихъ гражданъ свободы обученія, освященной конституціей 1848 г. и рядомъ позднѣйшихъ законовъ. Все это сводится къ тому, что всякій французъ, котораго подозрѣваютъ въ томъ, что онъ далъ монашескій обѣтъ, является заподозрѣннымъ въ глазахъ закона и подлежитъ уголовному наказанію и лишенію правъ [2].

Такимъ образомъ законодательство 1901 г. и 1904 г. можетъ, быть-можетъ, получить объясненіе соображеніями политическаго порядка, оцѣнивать которыя не наше дѣло. Но съ точки зрѣнія права, оно составляетъ прямое нарушеніе принциповъ

---

[1] *Du contrat d'association,* стр. 203.

[2] См. изложеніе мотивовъ проекта Флоке 5 іюля 1888 г., гдѣ существованіе, съ точки зрѣнія гражданскаго закона, монашескихъ обѣтовъ представлено наиболѣе рельефно.

свободы ассоціацій, свободы обученія и гражданскаго равенства.

Мы не говоримъ объ управленіи надъ имуществами, принадлежащими религіознымъ конгрегаціямъ,—это совсѣмъ другой вопросъ. Возможно, что вслѣдствіе правительственной вѣротерпимости создалось положеніе, не допустимое съ точки зрѣнія закона объ имуществахъ. Примѣненія общаго права, однако, было бы достаточно для возстановленія положенія, требуемаго закономъ; нужно было бы просто примѣнить къ конгрегаціямъ правила, изданныя для обыкновенныхъ ассоціацій [1]).

92. **Право собственности.**—Законодатель не можетъ издавать законовъ, наносящихъ ущербъ собственности отдѣльныхъ лицъ. Въ силу Декларацiи правъ, собственность относится къ числу естественныхъ правъ, которыми человѣкъ надѣленъ въ самый моментъ своего рожденія. «Люди родятся и живутъ свободными и равными въ правахъ... Этими правами являются... собственность» (Декларація 1789 г., ст. 1 и 2). Но авторовъ Декларацiи не удовлетворяла эта общая формула; они рѣшили точнѣе опредѣлить ее и вотировали ст. 17: «Собственности, какъ права неприкосновеннаго и священнаго, никто не можетъ быть лишенъ, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда общественная необходимость, законно установленная, очевидно, требуетъ этого, и то подъ условіемъ предварительнаго и справедливаго вознагражденія». (Деклар. правъ 1789 г., ст. 17). Сообразно этому принципу, конституція 1791 г. гарантируетъ «неприкосновенность собственности или предварительное и справедливое вознагражденіе за нее въ томъ

---

[1]) Относительно ликвидаціи имуществъ конгрегацій, ср. з. 1 іюля 1901 г., ст. 17, 18; з. 17 іюля 1903 г., з. 7 іюля 1904 г., ст. 5; 2-й декретъ 16 августа 1901 г., декреты 2 января и 17 іюня 1905 г.

случаѣ, когда общественная необходимость, законно установленная, требуетъ этой жертвы» (тит. I, § 4). Право собственности подтверждено въ такомъ же смыслѣ Декларацiей правъ 1793 г., ст. 19, и констит. 1793 г., ст. 122. Съ перваго же дня своего существованія, Конвентъ объявилъ, что «личность и собственность находятся подъ охраной нацiи (Декретъ 21 сентября 1792 г.) и 18 марта издалъ декретъ, опредѣляющій смертную казнь каждому, кто «предложитъ аграрный или другой какой-нибудь законъ, нарушающій территоріальную, коммерческую и промышленную собственность» [1]).

Текстъ, утверждавшій, что «право собственности есть право неприкосновенное и священное», не былъ въ проектѣ Декларацiи правъ 1789 г. Но, когда ст. 16 была уже вотирована, большое число депутатовъ просило включить въ Декларацію особый пунктъ о собственности. Дюпортомъ была предложена редакцiя, принятая немедленно, несмотря на многочисленныя поправки; она составила ст. 17 вышеупомянутой Декларацiи правъ 1789 г. (засѣданіе 26 августа 1789 г., *Archives parlem.*, I-я серія, VIII, стр. 489).

Въ какомъ смыслѣ законодатель-учредитель понималъ въ указанныхъ законахъ собственность? Очевидно, въ смыслѣ римскаго права: это есть исключительное предназначеніе извѣстнаго богатства для потребностей индивида, съ возможностью пользоваться вещью, получать съ нея плоды и ею располагать. Декларацiя 1789 г. не опредѣлила права собственности. Но въ ст. 16 Декларацiи 1793 г., мы читаемъ: «Право собственности, принадлежащее всѣмъ гражданамъ, заключается въ правѣ пользо-

---

[1]) Ср. Декларацію правъ III года, ст. 1 и 5; конст. III г., ст. 358; Хартія 1814 г., ст. 19; Хартію 1830 г., ст. 8; конст. 1848 г., пред. ст. IV, VIII, ст. II; конст. 1852, ст. 26.

ваться и располагать по своей волѣ своимъ имуществомъ, доходами, плодами своего труда и своего промысла» и въ ст. 5 Декларацiи правъ III года совершенно одинаковая формула. Наконецъ, гражданскiй кодексъ, главной цѣлью котораго было установить гарантiи праву собственности, неприкосновенность котораго была закрѣплена Декларацiями и конституцiями революцiоннаго перiода (такъ что справедливо можно назвать его *кодексомъ собственности*), опредѣлилъ собственность въ ст. 544: «Собственность есть право абсолютнымъ образомъ пользоваться и располагать вещами, лишь бы при этомъ не были перейдены предѣлы, установленные закономъ и регламентами».

Заявляя, что собственность есть естественное право человѣка, право священное и неприкосновенное, исключая случаи экспропрiацiи для общей пользы и за справедливое и предварительное вознагражденiе, законодатель 1789 г., разумѣется, не хотѣлъ сказать, что человѣкъ, только потому, что родился человѣкомъ, можетъ быть собственникомъ извѣстнаго количества богатства. Если бы Декларацiя 1789 г. имѣла въ виду такой смыслъ, то она выразила бы принципы чистаго коммунизма. Конечно, понявъ буквально вышеупомянутые тексты и законы 1789 г., можно заключить, что каждый человѣкъ, рождаясь, приноситъ съ собой естественное и священное право быть собственникомъ, и что всѣ люди имѣютъ право быть собственниками равнаго количества имущества. По смыслу ст. 1, всѣ люди рождаются и живутъ свободными и равными въ правахъ, а по ст. 2, эти права суть свобода и собственность; слѣдовательно, какъ всѣ люди должны

быть одинаково свободными, такъ они должны быть и равно имущими. Разъ государство должно обезпечить всѣмъ равную свободу, оно должно обезпечить и равную собственность. Такой мысли, конечно, не было у составителей Декларацiи и констит. 1789—1791 г., ни даже у авторовъ декларацiи 1793 г. Но, безъ сомнѣнiя, провозглашенныя тогда формулы цѣликомъ содержали въ себѣ бабувизмъ, который явился лишь логическимъ слѣдствiемъ изъ заключающагося въ нихъ принципа.

Бабувизмъ есть логическое развитiе якобинства. *L'Analyse de la Doctrine de Babeuf* и *Manifeste des égaux* суть только логическое развитiе Декларацiи правъ. Въ первомъ изъ этихъ документовъ говорится: «1⁰ Природа дала всѣмъ людямъ право равенства въ пользованiи всѣми благами... 6⁰ Никто не могъ, не совершая преступленiй, присвоивать себѣ исключительной собственности на землю или на промышленность... 7⁰ Въ настоящемъ обществѣ не должно быть ни бѣдныхъ, ни богатыхъ». При этомъ авторъ этого документа ссылается именно на конституцiю 1793 г. «Конституцiя 1793 г. есть истинный законъ французовъ... Тѣ, кто налагаетъ руку на конституцiю 1793 г., совершаютъ преступное оскорбленiе народнаго величества[1]).

Все это было въ частности подготовлено якобинской теорiей собственности, изложенной Робеспьеромъ въ рѣчи, произнесенной въ Конвентѣ 24 апрѣля 1793 г. и начинавшейся словами: «Я предложу вамъ сначала нѣсколько статей, необходимыхъ для пополненiя вашей теорiи о собственности. Пусть это слово никого не тревожитъ. Души изъ грязи, цѣнящiя лишь золото, я не хочу касаться вашихъ сокровищъ,

---

[1]) Цитировано по Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1901 г., стр. 628 и 629. Ср. A. Thomas, *Babeuf et la doctrine des égaux, extrait des oeuvres complètes*, 1906 г.; Buonarroti, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, Bruxelles, 1828 г.; Advielle, *Histoire de Graccus Babeuf et du Babouvisme*, 1884 г.; Deville, *Thermidor et Directoire*, v. V, *Histoire socialiste*, изд. подъ редакцiей Жореса, стр. 302—336.

какъ бы ни былъ нечистъ ихъ источникъ». Робеспьеръ развиваетъ ту идею, что собственность есть соціальное учрежденіе, и предлагаетъ опредѣлить собственность, какъ «право каждаго гражданина пользоваться и располагать своей долей имущества, гарантированной ему закономъ»; и такъ какъ въ то же время онъ утверждаетъ, что всѣ люди равны и общество должно гарантировать это равенство, можно вывести отсюда, что законъ, чтобы провести принципъ равенства, долженъ обезпечить каждому гражданину владѣніе и пользованіе равной долей богатства. Это не было сказано Робеспьеромъ, но это логическій выводъ изъ его заявленій [1]).

Такимъ образомъ, когда новѣйшіе коллективисты ссылаются, въ пользу своихъ доктринъ, на принципы революціи, они не вполнѣ неправы. Ни доктрины коммунистовъ, ни доктрины коллективистовъ не были, конечно, въ умахъ людей 1789—91 и 1793 г.; но, со строгой логичностью, можно сказать, что онѣ содержались въ принципахъ, которые тѣ формулировали.

Идея, господствовавшая въ умѣ законодателя революціоннаго періода, была очень проста, именно, что сохраненіе существующей собственности должно быть гарантировано за нынѣшними носителями этой собственности. Онъ хотѣлъ подтвердить, что для того, кто является или явится въ будущемъ собственникомъ, существуетъ право, которое исключаетъ права, которыя другіе могутъ потребовать, и на которое самъ законодатель не можетъ посягать безъ предварительнаго вознагражденія экспропріируемому собственнику.

Эта неприкосновенность существующей собственности была уже въ засѣданіи 4 августа подтверждена для феодальныхъ правъ, которыя были признаны настоящими правами собственности и не подлежащими уничтоженію безъ вознагражденія. Ст. 1 декрета гласитъ: «Національное Собраніе объявляетъ феодальный режимъ совершенно уничтоженнымъ.

---

[1]) *Moniteur*, réimpression, XVI, стр. 212 и 295.

Феодальныя права, относящіяся къ реальной или личной мертвой рукѣ и къ вѣчному крѣпостному состоянію, уничтожаются безъ вознагражденія, всѣ остальныя объявляются подлежащими выкупу; цѣну и способъ выкупа опредѣлитъ Національное Собраніе»[1]). Такимъ образомъ, права, происшедшія отъ крѣпостного права, были уничтожены безъ вознагражденія; но эти права, являющіяся слѣдствіемъ ограниченія свободы личности, не могутъ быть разсматриваемы, какъ собственность. Что касается до другихъ феодальныхъ правъ, то это законныя права, уничтоженныя только потому, что уничтожались всѣ остатки феодализма, но уничтоженныя за вознагражденіе. 4 августа 1789 г. герцогъ д'Эгійонъ сказалъ подъ аплодисменты Собранія: «Эти права суть истинная собственность, а всякая собственность неприкосновенна»[2]). Нужно добавить, впрочемъ, что въ дѣйствительности этого вознагражденія уплачено не было.

Утверждая неприкосновенность существующей собственности, имѣли ли Учредительное Собраніе и Конвентъ опредѣленный взглядъ на основаніе законности личной собственности?

Фагэ писалъ: «Члены Учредительнаго Собранія и Конвента были сторонниками собственности, потому что они были либералами; они стояли за личную собственность, потому что стояли за личную свободу со всѣмъ, что изъ нея проистекаетъ, и что ее поддерживаетъ»[3]). Такимъ образомъ, подобно либеральной школѣ XIX вѣка, они видѣли въ неприкосновенности личной собственности необходимое и прямое слѣдствіе индивидуальной свободы, ибо собственность является результатомъ свободнаго развитія дѣятельности личности, а личность по природѣ имѣетъ законное и священное право на продукты своей дѣятельности и можетъ распоряжаться ими свободно.

---

[1]) Ср. законъ 15—28 марта 1790 г., относящійся къ феодальнымъ правамъ, принятый по докладу Мерлена.

[2]) *Archives parlem.*, I série, VIII, p. 344.

[3]) *Le liberalisme*, 1904, стр. 78.

Очень вѣроятно, что громадное большинство членовъ Учредительнаго Собранія и Конвента не имѣло яснаго воззрѣнія на основаніе собственности; они не задавали себѣ этого вопроса. Они понимали собственность въ юридическомъ смыслѣ, т.-е. съ точки зрѣнія слѣдствій, которыя она влечетъ за собой, и выгодъ, которыя она приноситъ имѣющимъ ее, не касаясь ни философскаго, ни экономическаго ея значенія, ни ея основаній, ни ея общественнаго значенія. Они хотѣли подтвердить, что всякая существующая собственность должна быть неприкосновенной; но не желали указать, почему именно это должно быть такъ. Если они торжественно утверждали право собственности, то потому, что громадное большинство изъ нихъ было собственниками. Съ политической и соціальной точки зрѣнія, революція была дѣломъ третьяго сословія, т.-е. класса среднихъ собственниковъ; представители этого класса составляли большинство и въ Учредительномъ Собраніи и въ Конвентѣ. Ихъ постоянной заботой было поставить собственность подъ защиту конституцій и Декларацій правъ, и укрѣпить такъ, чтобы даже самъ законодатель испытывалъ къ ней почтеніе.

Поэтому, въ томъ короткій моментъ, когда демократическій элементъ, казалось, долженъ былъ восторжествовать, въ 1793 г. Робеспьеръ, лучше всѣхъ представлявшій его, утверждалъ, что собственность является только уступкою закона, откуда онъ выводилъ, что законъ, когда ему угодно, можетъ взять обратно эту концессію [1]). Робеспьеръ, очевидно, долженъ былъ вдохновляться Руссо, который въ своемъ *Contrat social* пишетъ: «Государство, по отношенію къ своимъ членамъ, является хозяиномъ всего ихъ имущества, по общественному

---

[1]) См. уже цитированную рѣчь Робеспьера, 24 апрѣля 1793 г., *Moniteur*, réimpression, XVI, стр. 212.

договору, лежащему въ основаніи всѣхъ правъ въ государствѣ... Какимъ бы образомъ ни совершилось это пріобрѣтеніе, право каждаго частнаго человѣка на собственное имущество всегда подчинено праву общества на все, безъ чего не существовало бы ни прочности въ общественной связи, ни реальной силы въ отправленіи суверенитета» [1]).

Впрочемъ, лучшимъ доказательствомъ, что громадное большинство членовъ Учредительнаго Собранія и Конвента не имѣло яснаго понятія объ основаніяхъ собственности, служитъ то, что ни тѣ, ни другіе не колебались конфисковать имущества духовенства и дворянства въ пользу націи. А, конечно, если собственность — право естественное и основанное на свободѣ личности, то всякая собственность должна быть одинакова уважаема. Многіе законы революціонной эпохи, которые, подобно вышеуказаннымъ, освящаютъ неприкосновенность собственности, имѣютъ въ виду особенно безвозвратность продажи національныхъ имуществъ [2]). Такимъ образомъ, эти тексты освящаютъ сразу и конфискацію этихъ имуществъ у ихъ прежнихъ собственниковъ, вопреки принципу неприкосновенности собственности, и неприкосновенность пріобрѣтеній, сдѣланныхъ скупщиками національныхъ имуществъ. Словомъ, собственность дворянъ и духовенства не была неприкосновенной, но собственность буржуа, творцовъ и наслѣдниковъ Революціи, напротивъ, неприкосновенна.

Декретъ 2 ноября 1789 г., который «передаетъ въ распоряженіе націи всѣ церковныя имущества», былъ принятъ только послѣ очень длиннаго обсужденія. Изъ чтенія этихъ дебатовъ получается очень ясное впечатлѣніе, что лица, руководившія Собраніемъ, не имѣли опредѣленной доктрины объ основаніи собственности, что они принимали собственность, какъ фактъ, который они желали сохранить въ такой мѣрѣ, въ какой измѣненіе въ положеніи вещей могло причинить имъ вредъ, но который они смѣло измѣняли въ той степени, въ какой это ихъ не касалось. Туре является единственнымъ ораторомъ, утверждающимъ, что собственность есть *естествен-*

---

1) *Contrat social.*, кн. I, гл. IX.

2) Ср. именно зак. 28 октября—5 ноября 1790 г. и Констит. III года, ст. 373 и 374.

ное право, предшествующее закону, но при этомъ онъ прибавляетъ, что это справедливо только относительно личной собственности. «Лица и организаціи въ этомъ случаѣ различны въ своихъ правахъ. Лица, существующія раньше закона, имѣютъ права, исходящія отъ природы, права неотъемлемыя; таково право собственности. Всѣ организаціи, наоборотъ, не имѣютъ природныхъ правъ, имъ права даются закономъ и могутъ имъ измѣняться и уничтожаться» [1]). Что касается Мирабо, то онъ признавалъ, какъ сдѣлалъ потомъ и Робеспьеръ, что собственность имѣетъ основаніемъ только законъ, и логическимъ слѣдствіемъ отсюда является, что законъ можетъ уничтожить собственность [2]).

Итакъ, Учредительное Собраніе и Конвентъ, прежде всего, имѣли въ виду гарантировать существующую собственность буржуазнаго класса, къ которому принадлежала большая часть изъ нихъ. У нихъ не было твердыхъ принциповъ относительно основанія собственности. Нѣкоторые видѣли въ ней естественное право, но громадное большинство видѣло въ ней только созданіе положительнаго закона, объ общественномъ значеніи котораго, однако, не высказывались точно. Впрочемъ, неопредѣленныя и общія формулы, которыя они употребляли, могутъ, въ соединеніи съ принципомъ равенства, дать точку опоры для новѣйшихъ коммунистическихъ и коллективистическихъ доктринъ.

Изъ этого слѣдуетъ, что постановленія Декларації правъ 1789 г., относящіяся къ собственности, не могутъ нынѣ имѣть ограничительной силы, которую имѣютъ для законодателя положенія относительно свободы. Эта послѣдняя есть право, предшествующее обществу; Декларація правъ освящаетъ

---

[1]) *Moniteur*, réimpression, II, стр. 84.

[2]) *Moniteur*, réimpression, II, стр. 11.

ее, и положенія, заключающіяся въ ней по этому вопросу, обязательны для законодателя. Собственность, безъ сомнѣнія, фигурируетъ въ Декларацiи правъ; не смотря на это, она только уступка законодателя; этотъ послѣдній, слѣдовательно, можетъ измѣнить и ограничить, и даже уничтожить ее, не нарушая высшаго закона.

Быть-можетъ, возможно утверждать, что въ конст. 1848 г. собственность разсматривалась, какъ право, высшее по отношенію къ положительнымъ законамъ, ускользая такимъ образомъ отъ посягательства обыкновеннаго законодателя. Въ ст. 3 введенія мы читаемъ: «Республика признаетъ права и обязанности, предшествующія положительному закону и стоящія выше его», и въ ст. 8: «Республика должна охранять гражданина въ его личности... въ его собственности». Сопоставляя эти два текста, кажется, легко вывести, что въ мысляхъ законодателя-учредителя 1848 г. собственность есть естественное право, стоящее надъ законодателемъ и обязательное для этого послѣдняго.

Какъ нужно понимать, внѣ текстовъ закона, право собственности съ политической, экономической и соціальной точки зрѣнія? Это важный вопросъ, изученіе котораго, однако, не входитъ въ рамки руководства по конституціонному праву. Скажемъ только, что доктрина, которая, въ извѣстныя эпохи, пользовалась большимъ довѣріемъ, и по которой право собственности, происходящее изъ свободы личности, основывается на правѣ каждаго пользоваться продуктомъ своего труда, дѣлаетъ абсолютно невозможнымъ обоснованіе собственности, существующей въ современныхъ обществахъ. Быть-можетъ, можно было бы обосновать личную собственность на движимое имущество; но ясно, что она не можетъ сдѣлать законной ни недвижимую собствен-

ность, ни капиталистическую собственность въ ея различныхъ формахъ, ни, тѣмъ болѣе, передачу ея по наслѣдству. Недвижимая, капиталистическая и наслѣдственная собственность можетъ объясняться только соціальной полезностью, и законность ея можно доказать только въ томъ случаѣ, если будетъ доказано, что въ данную эпоху она соціально полезна.

Изъ этого вытекаетъ нѣсколько очень важныхъ слѣдствій. Собственность, опирающаяся единственно на соціальную пользу, должна существовать только въ потребной для этой пользы мѣрѣ. Слѣдовательно, законодатель можетъ создать для личной собственности всѣ ограниченія, которыя соотвѣтствуютъ общественнымъ нуждамъ. Собственность не принадлежитъ къ числу священныхъ и неприкосновенныхъ правъ, но является правомъ безпрерывно мѣняющимся, которое должно согласоваться съ соціальными нуждами. Если пришелъ моментъ, когда личная собственность не отвѣчаетъ болѣе общественной потребности, то законодатель долженъ вмѣшаться для организаціи другой формы пріобрѣтенія богатствъ. Въ странѣ, гдѣ собственность утверждена положительнымъ закономъ, собственникъ уже потому, что онъ собственникъ, долженъ выполнять опредѣленную общественную роль; и объемъ этого права собственности долженъ быть опредѣленъ закономъ и примѣняющей его судебной практикой, соотвѣтственно той соціальной роли, которую оно должно выполнять; онъ не можетъ претендовать на другое право, кромѣ какъ только на возможность свободно, полно и совершенно выполнять соціальную функцію собственника.

Съ этой точки зрѣнія объясняется очень просто вся новѣйшая судебная практика по вопросу объ отвѣтственности собственника за вещь, собственникомъ которой онъ является, и въ случаѣ злоупотребленія имъ своимъ правомъ [1]).

Промышленная собственность. Въ нашу исключительно промышленную эпоху родилась новая форма собственности: право собственности на изобрѣтенія, на промышленныя производства, гарантированныя законодательствомъ о привилегіяхъ на изобрѣтеніе и о фабричныхъ маркахъ. Принципъ этотъ уже былъ утвержденъ ст. 357 конст. III года, и былъ проведенъ въ жизнь законами 5 іюля 1844 г., 31 мая 1856 г., 23 іюня 1856 г. и 3 мая 1892 г.

Спрашивается, не является ли эта такъ гарантированная собственность вредной для свободы труда и промышленности. Конечно, въ обществѣ, покоящемся на чисто-соціалистическомъ воззрѣніи на право, съ трудомъ можно было бы допустить, чтобы законодатель сохранялъ за одними прибыль съ промышленнаго изобрѣтенія или со способа фабричнаго производства. Но наши современныя общества не пришли еще къ такому воззрѣнію, хотя, впрочемъ, приближаются къ нему постоянно. Слѣдовательно, понятно, что законодатель укрѣпляетъ за каждымъ прибыль съ его изобрѣтенія. Но это законодательство о промышленной собственности должно основываться скорѣе на идеѣ общественной роли, которую выполняетъ промышленный изобрѣтатель, чѣмъ на идеѣ исключительнаго обладанія богатствомъ, основаннаго на личномъ правѣ.

То же воззрѣніе и то же замѣчаніе должны примѣняться къ художественной и литературной собственности, признаваемой и регламентируемой нынѣ законами 19 іюля 1793 г., 14 іюля 1866 г. и 11 марта 1902 г.

93. **Положительныя обязанности государства.**—До сихъ поръ мы указывали на то, что государство не мо-

---

1) Ср. именно Ripert, *De l'exercice du droit de propriété*, 1902 г. Для соціальнаго обоснованія личной собственности, см. Gide, *Economie politique*, 9-e édit, 1905, стр. 403 и слѣд.; Landry, *L'utilité sociale de la propriété individuelle*, 1900; Marguery, *Le droit de propriété et le régime démocratique*, 1905.

жетъ дѣлать. Но, несомнѣнно, по современнымъ воззрѣніямъ, подчиненіе государства праву влечетъ нѣкоторыя другія слѣдствія. Мало того, что государство не можетъ совершать нѣкоторыхъ дѣйствій, но есть дѣйствія, которыя оно обязано дѣлать; есть положительныя обязанности, возлагаемыя на него; есть законы, которые оно обязано издавать. Если и нѣтъ единогласія въ рѣшеніи вопроса объ объемѣ и основаніи этихъ обязанностей, то, во всякомъ случаѣ, всѣ признаютъ ихъ существованіе, и современныя государства, особенно Франція, открыто признали въ послѣднихъ законахъ нѣкоторыя изъ этихъ обязанностей и организовали общественныя службы для ихъ реализаціи.

Прежде всего современное государство должно, конечно, дать безплатно всѣмъ минимумъ образованія. Въ § 84, мы говорили, что государство не превышаетъ своихъ полномочій, обязывая всѣхъ пріобрѣтать минимумъ образованія. Поэтому государство обязано организовать всеобщее и безплатное первоначальное обученіе. Извѣстно, что во Франціи это сдѣлано [1]).

Мало того, чтобы государство не приносило никакого ущерба своими законами свободному развитію дѣятельности индивида, нужно еще, чтобы каждый могъ развивать свою личную дѣятельность. Слѣдовательно, если человѣкъ безпомощенъ и не можетъ содержать себя работой, вслѣдствіе немощности, болѣзней или старости, государство должно обезпечить ему средства для лѣченія, или, если онъ

---

[1]) Ср. законы 16 іюня 1881 г., 28 марта 1882 г. и 30 октября 1886 г.

неизлѣчимъ, средства къ существованію. Государство должно издавать законы, помня эту обязанность и осуществляя ее.

Сошлемся на законъ 15 іюля 1893 г. о безплатной медицинской помощи (см. законы 22 марта 1897 г., ст. 43, и 13 апрѣля 1898 г., ст. 58); на законъ 27 іюля 1904 г. о помощи малолѣтнимъ, измѣненный закономъ 22 апрѣля 1905 г., ст. 44; на законъ 14 іюля 1905 г. относительно обязательной помощи старикамъ, хилымъ и неизлѣчимымъ, лишеннымъ средствъ къ существованію. Этотъ законъ формулируетъ очень яснымъ образомъ принципъ обязательности въ ст. 1: «Каждый французъ, лишенный средствъ къ существованію, неспособный своимъ трудомъ добывать себѣ необходимое для существованія и имѣющій болѣе 70-ти лѣтъ, пораженный слабостью или болѣзнью, признанной неизлѣчимою, получаетъ... помощь, установленную настоящимъ закономъ». Ср. циркуляръ Клемансо, министра внутреннихъ дѣлъ, объявлявшій префектамъ, что, по соглашенію между правительствомъ и бюджетной комиссіей, законъ 14 іюля 1905 г. будетъ примѣняться полностью, начиная съ 1907 г.

Чтобы обезпечить исполненіе своихъ обязанностей, законодатель изобрѣлъ остроумный способъ: онъ возложилъ часть издержекъ по обученію и большую часть расходовъ по вспомоществованію на подчиненныхъ административныхъ лицъ, на департаменты и на коммуны и, такимъ образомъ, благодаря системѣ обязательныхъ издержекъ, государство можетъ непосредственно заставлять департаменты и коммуны исполнять обязанности, которыя обезпечиваютъ дѣятельность учрежденій по обученію и вспомоществованію.

Таковъ, напримѣръ, муниципальный законъ 5 апрѣля 1884 г. (ст. 136, п. 9), который объявляетъ обязательными для коммунъ расходы на общественное образованіе, согласно законамъ. Ср. законы 30 октября 1886 г., ст. 11—15, и 10 іюля 1903 г. См. еще зак. 15 іюля 1893 г. (ст. 26, § 3), который

объявляетъ обязательными для департаментовъ и коммунъ обыкновенные расходы на безплатную медицинскую помощь; зак. 27 іюня 1904 г. (ст. 56), который, сообразуясь съ закономъ 5 апрѣля 1884 г., ст. 136, п⁰ 10, въ число расходовъ, обязательныхъ для коммунъ и департаментовъ, вноситъ часть падающихъ на нихъ расходовъ на вспомоществованіе дѣтямъ; зак. 14 іюля 1905 г. (ст. 27 и 28), дѣлающій также обязательными для коммунъ и департаментовъ расходы на помощь старикамъ, слабымъ и неизлѣчимымъ.

Современное положительное законодательство не вмѣнило еще въ обязанность государству обезпечить работу каждому лицу, которое, ища ее, не находитъ. Но признаютъ вообще, что государство обязано выступать для организаціи труда и для защиты трудящихся (см. § 81). Слѣдуетъ указать на законъ, связанный съ мыслью, что государство обязано обезпечить работу каждому индивиду, желающему работать, именно, на законъ 14 марта 1904 г., обязывающій коммуны, имѣющія болѣе 10.000 жителей, устраивать, муниципальныя бюро по пріисканію работы, и вообще всѣ коммуны имѣть списокъ, региструющій спросъ и предложенія труда и занятій (ст. 4). Что касается до основанія этихъ различныхъ положительныхъ обязанностей государства, то ее легко опредѣлить, если признать доктрину общественной солидарности, изложенную въ § 6. Норма права возлагаетъ на всѣхъ обязанность не дѣлать ничего, что противорѣчитъ общественной солидарности, и дѣлать все для развитія этой солидарности. Такъ обоснованная и такъ понятая, норма права обязательна для всѣхъ, и для правящихъ и для управляемыхъ; она обязательна и для абсолютнаго монарха, и для парламента, выбраннаго ограниченнымъ голосованіемъ, и для парламента, выбраннаго всеобщимъ

голосованіемъ; она обязательна и для народа, если даже онъ самъ непосредственно устанавливаетъ законъ. Словомъ, она обязательна для государства, какой бы политическій строй оно ни имѣло. Государство не только обязано не издавать ни одного закона, вреднаго для общественной солидарности, но и обязано издавать всѣ законы, нужные для лучшаго осуществленія общественной солидарности. Факторомъ же общественной солидарности (какъ было показано въ § 6) является прежде всего личная дѣятельность, поэтому государство не только не должно не дѣлать ничего вреднаго для свободнаго развитія физической, интеллектуальной и моральной дѣятельности индивида, но и должно издавать всѣ законы, организовать всѣ учрежденія, которыя дадутъ возможность всѣмъ лицамъ развить возможно полно ихъ физическую, моральную и интеллектуальную дѣятельность.

Напримѣръ, недопустимо, чтобы человѣкъ здоровый и желающій работать не могъ найти себѣ работы, и обязанность государства—организовать дѣла такимъ образомъ, чтобы каждый индивидъ, желающій работать и нуждающійся въ трудѣ для существованія, могъ найти работу. Недопустимо, чтобы работающій за счетъ другого эксплуатировался своимъ хозяиномъ и былъ вынужденъ, побуждаемый голодомъ, соглашаться на самое низкое вознагражденіе или работать сверхъ силъ; государство должно издавать законы, покровительствующіе труду; издавая ихъ, оно только исполняетъ свою обязанность обезпечивать свободу развитія физической дѣятельности личности. По тѣмъ же соображеніямъ государство должно обезпечивать лѣченіе больнымъ,

средства къ существованію старикамъ, слабымъ и неизлѣчимымъ, и всѣмъ, наконецъ, минимумъ умственной культуры, ибо это служитъ первымъ условіемъ возможности для каждаго свободно развивать свою умственную и моральную дѣятельность [1]).

Часто ставится вопросъ, имѣетъ ли индивидъ право на помощь, трудъ и обученіе отъ государства. Индивидуалистическая школа должна была поставить этотъ вопросъ, ибо она основываетъ ограниченіе государства на существованіи правъ, предшествующихъ государству и принадлежащихъ индивиду. Вопросъ, такъ поставленный, неразрѣшимъ. Впрочемъ, рѣшеніе не важно. Достаточно, въ самомъ дѣлѣ, установить, что государство *положительно обязано* издавать законы, организующіе общественныя службы такимъ образомъ, чтобы всякій индивидъ могъ получить помощь, когда не можетъ работать и не имѣетъ средствъ къ существованію, работу, когда онъ ея требуетъ и можетъ работать, и всегда безплатный минимумъ образованія. Безразлично, имѣется ли при этомъ *субъективное право* индивида или нѣтъ; главное—установить существованіе *объективной обязанности* государства и организовать общественныя учрежденія, необходимыя для обезпеченія ея исполненія.

Индивидуалистическая доктрина безсильна доказать субъективное право личности на активную помощь со стороны государства. Въ самомъ дѣлѣ, если эта доктрина и доказываетъ, что человѣкъ имѣетъ право требовать отъ себѣ подобныхъ, чтобы они не наносили ущерба его свободѣ, она не претендуетъ на то, чтобы каждый имѣлъ право требовать отъ другихъ активной помощи. Если индивидъ не имѣетъ этого права противъ другихъ людей, онъ не можетъ его имѣть и противъ совокупности людей, противъ государства.

Однако нѣкоторые изъ современныхъ писателей, особенно Анри Мишель [2]), утверждаютъ, что правильно понятая индивидуалистическая доктрина должна признавать эти обя-

---

[1]) См. для развитія этихъ мыслей, Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 255—318.

[2]) *L'idée de l'Etat*, 1898 г., стр. 96 и 646.

занности государства. Но они не показываютъ, какъ эта формальная обязанность можетъ быть выведена изъ индивидуалистическихъ принциповъ. Нео-индивидуалисты ясно признаютъ, что право каждаго человѣка на существованіе и на развитіе своего «я» не заключаетъ въ себѣ по отношенію къ другимъ людямъ юридической обязанности помощи, что обязанность помогать — обязанность чисто нравственная, а не юридическая и позитивная, вытекающая изъ права на существованіе. Если это такъ, то почему индивидуальныя права человѣка могли бы возлагать на государство, т.-е. на совокупность людей, юридическую и позитивную обязанность, обезпечить каждому средства къ существованію и къ умственному и физическому развитію? Если индивидуалистическая доктрина не можетъ обосновать активной юридической обязанности для индивида, то тѣмъ менѣе она можетъ обосновать ее для совокупности индивидовъ. Если хотятъ обосновать публичное право на индивидуалистическихъ принципахъ, то могутъ, пожалуй, обосновать моральный долгъ государства доставлять помощь, руководить обученіемъ и обезпечивать работу; но нельзя дать юридическаго обоснованія этимъ обязанностямъ.

Анри Мишель полагаетъ, что Національное Собраніе 1789 г. и особенно Конвентъ признали, если не право на работу, то, по крайней мѣрѣ, право на помощь и право на обученіе [1]). Мы же думаемъ, напротивъ, что Національное Собраніе 1789 г. никогда не признавало права на помощь или на обученіе, и что, если Конвентъ, въ извѣстный моментъ, казалось, утверждалъ обязанность для государства доставлять помощь и давать образованіе, то, во всякомъ случаѣ, онъ не выводилъ этой обязанности изъ индивидуалистическихъ принциповъ.

Въ Декларації правъ 1789 г. не было ни одного слова, намекающаго, какимъ бы то ни было способомъ, на признаніе права на помощь, обученіе или работу. Въ конституціи 1791 г. находится только слѣдующее положеніе: «Будетъ создано и организовано главное учрежденіе *общественной помощи*, чтобы воспитывать покинутыхъ дѣтей, помогать слабымъ и доставлять работу здоровымъ, которые сами себѣ

---

[1]) *L'idée de l'Etat*, 1898 г., стр. 90.

не могутъ найти ее. Будетъ создано и организовано народное обученіе, общее для всѣхъ гражданъ, безплатное относительно тѣхъ частей образованія, которыя необходимы для всѣхъ людей, при чемъ учебныя заведенія будутъ распредѣлены соотвѣтственно раздѣленіямъ королевства» (Конст. 1791 г., тит. I, §§ 7 и 8). Что это постановленіе не имѣло въ виду провозгласить существованіе индивидуальныхъ правъ человѣка на помощь, обученіе и работу, это ясно слѣдуетъ изъ того, что это заявленіе не было вписано въ Декларацію правъ человѣка, но было внесено только въ тит. I конституціи, въ томъ же параграфѣ, гдѣ говорилось, «что будутъ учреждены національные праздники для сохраненія памяти о Французской революціи и для поддержанія братства между гражданами»... Не думали, конечно, что граждане имѣютъ право на устройство національныхъ празднествъ; тѣмъ менѣе думали, что они имѣютъ право на устройство учрежденія общественной помощи и народнаго образованія. Правда, Національное Собраніе считало себя какъ бы обязаннымъ организовать общественную помощь, но только не въ силу права, признаннаго за индивидами, а въ силу даннаго имъ обязательства въ моментъ, когда были націонализованы церковныя имущества. Дѣйствительно, въ декретѣ 2 ноября 1789 г., было сказано: «Національное Собраніе объявляетъ, что всѣ церковныя имущества передаются въ распоряженіе націи, съ условіемъ принять мѣры... для облегченія бѣдныхъ...» Эта обязанность раньше падала на духовенство; нація конфисковала его имущества; съ этого момента она должна была сама исполнять эти обязанности. Но въ этомъ не видѣли слѣдствія изъ индивидуальнаго права. Это настолько справедливо, что въ засѣданіи 9 августа 1791 г., въ моментъ, когда приступали къ общему пересмотру конституціи и когда Рабо Сенъ-Этьенъ предложилъ измѣнить текстъ и редактировалъ его такъ: «нація смотритъ на это, какъ на *священный долгъ*»..., Національное Собраніе отвергло эту поправку и вотировало простую формулу, предложенную конституціоннымъ комитетомъ [1]).

Конвентъ, напротивъ, въ извѣстный моментъ готовъ былъ признать право на работу, помощь и образованіе. Дѣйстви-

[1]) *Archives parlem.*, 1 серія, XXIX, стр. 300.

тельно, въ ст. 21 и 22 Декларации правъ 1793 г., мы читаемъ: «Общественная помощь есть священный долгъ. Общество должно содержать бѣдныхъ гражданъ, доставляя имъ работу и обезпечивая средства къ существованію для тѣхъ, которые не въ состояніи работать. Образованіе есть всеобщая потребность. Общество должно всячески способствовать прогрессу народнаго просвѣщенія и давать образованіе, доступное всѣмъ гражданамъ» (Ср. Декларацію правъ жирондистовъ, ст. 23 и 24). Эти тексты, повидимому, носятъ формальный характеръ. Но если вспомнить всѣ исключительныя условія, при которыхъ была составлена и вотирована монтаньярская конституція, то необходимо будетъ, конечно, признать, что эти разсужденія не являются выраженіемъ истиннаго мнѣнія Конвента. Съ другой стороны, мы твердо убѣждены въ томъ, что въ умѣ тѣхъ, кто предлагалъ и вотировалъ эти постановленія, они не соединялись съ чистой индивидуалистической доктриной. Это настоящая якобинская и, прежде всего, *робеспьеровская* мысль. Безъ сомнѣнія, аналогичныя постановленія находились и въ Декларации жирондистовъ; но составители этой Декларации не могли избавиться отъ якобинскаго вліянія. Въ моментъ вотированія конституціи 1793 г., Робеспьеръ воскликнулъ: «Если что есть дѣйствительно народнаго, дѣйствительно справедливаго въ Декларации правъ, такъ это принципъ, освященный въ ней, что общество необходимо должно доставить работу всѣмъ своимъ членамъ, не могущимъ найти ее» [1]). Доктрина же якобинцевъ не имѣетъ ничего общаго съ индивидуалистической доктриной въ точномъ смыслѣ, какъ она была выражена въ Декларации 1789 г. Мысль, господствующая въ ней,—не естественная свобода человѣка, а естественное равенство людей со всѣми его послѣдствіями, что приводитъ даже къ уничтоженію всякой свободы [2]). Истинное воззрѣніе Конвента нужно искать не въ конституціи 1793 г., актѣ случайномъ и не примѣненномъ, а въ Декларации и конституціи III года. Тамъ нѣтъ ни слова, хоть отдаленно намекающаго на право

---

[1]) *Moniteur*, *réimpression*, XVI, стр. 670, засѣданіе 17 іюня 1793 г.

[2]) Ср. *выше*, § 73 и E. Faguet, *Le libéralisme*, 1901, стр. 62.

на помощь, трудъ и обученіе. Ст. 296—300 указываютъ только главные принципы, на которыхъ будетъ учреждена организація народнаго образованія.

Декретомъ 5 февраля 1848 г. временное правительство обязывалось «гарантировать рабочему существованіе трудомъ..., гарантировать трудъ всѣмъ гражданамъ». Конституціонная комиссія, которая вписала право на трудъ въ свой первый проектъ, уничтожила его въ окончательной редакціи. Національное Собраніе, послѣ долгихъ и очень живыхъ дебатовъ, отвергло цредложеніе Матье де-ла-Дромъ, которое гласило: «Республика... признаетъ *право* всѣхъ гражданъ на образованіе, трудъ и помощь» [1]). Національное Собраніе удовлетворилось вотированіемъ очень неясной формулы: «Республика должна покровительствовать гражданину въ его личности..., въ его трудѣ и сдѣлать доступнымъ каждому образованіе, необходимое для всѣхъ людей; она должна, братской помощью, обезпечить существованіе бѣднымъ гражданамъ, или доставлять имъ работу въ предѣлахъ своихъ средствъ, или, оказывая помощь тѣмъ, кто не имѣетъ семьи и лишенъ возможности трудиться» (Конст. 1848 г., введ., ст. VIII). Это не было правомъ на трудъ, потому что Національное Собраніе опредѣленно отвергло его. Есть ли это право на обученіе и помощь? Въ этомъ можно сомнѣваться [2]).

94. **Санкція обязанностей государства, какъ законодателя.**—Не можетъ существовать прямой санкціи обязанностей, лежащихъ на государствѣ, какъ на законодателѣ. Въ самомъ дѣлѣ, государство само, посредствомъ законовъ, организуетъ прямую и положительную санкцію права; оно не можетъ организовать этой санкціи противъ самого себя. Правители располагаютъ государственной силой; въ то же время

---

[1]) Засѣданіе 14 сентября 1848 г., *Moniteur*, 15 сентября 1848 г., стр. 2453.

[2]) О правѣ на трудъ, см. Rapin, *Le droit au travail, son histoire et ses fondements*, Lausanne, 1894, и подробный отчетъ объ этой книгѣ, *Revue générale de droit*, іюль—августъ 1894.

именно они подчинены праву; они не могутъ обратить противъ самихъ себя силу, которой они господа, ради обезпеченія исполненія ими же самими нормъ права.

Въ силу этого, государство оказывается подчиненнымъ особенной обязанности, которая является необходимымъ дополненіемъ къ обязанностямъ, признаннымъ нами падающими для него. Государство должно дать себѣ такую внутреннюю организацію и принять такія мѣры, чтобы была сведена до минимума возможность для него издавать законы, нарушающіе эти обязанности, или не издавать законовъ, которые оно обязано издавать. Государство исполняетъ всѣ эти обязанности только въ томъ случаѣ, если оно даетъ себѣ внутреннюю организацію, соотвѣтствующую этой цѣли.

Авторы Декларацiи, основывающіе всѣ обязанности государства на правахъ личности, указывали, при перечисленіи личныхъ правъ, на право, которое они называли *безопасностью* (Декларація 1789 г., ст. 2; 1793 г., ст. 2; III г., ст. 1). Безопасность, по-настоящему, не есть особое право, но именно совокупность индивидуальныхъ правъ, поскольку изъ нихъ вытекаетъ для государства обязанность дать себѣ такую внутреннюю организацію и принять такія мѣры, чтобы была сведена до минимума опасность ихъ нарушенія. Ср. опредѣленіе безопасности, данное въ Декларацiи правъ 1793 г., ст. 8. Въ странѣ, гдѣ государство уважаетъ въ этомъ смыслѣ безопасность гражданъ, существуетъ, какъ принято говорить, *гарантія правъ*.

Декларацiи и конституцiи революціонной эпохи указывали норму внутренней организацiи, являющуюся необходимымъ условіемъ гарантіи правъ. Въ

ст. 16 Декларації 1789 г. мы читаемъ: «Всякое общество, въ которомъ не обезпечена *гарантія правъ*, и не установлено раздѣленіе властей, не имѣетъ конституціи». Ни въ декларації, ни въ конституціи 1793 г. нѣтъ вопроса о раздѣленіи властей; но въ ст. 24 Декларації сказано: «Она (общественная гарантія) не можетъ существовать, если ясно не опредѣлены закономъ границы общественныхъ функцій». Ст. 22 Декларації правъ III года въ выраженіяхъ, аналогичныхъ выраженіямъ Декларації 1789 г., указываетъ на раздѣленіе властей, какъ на условіе гарантіи правъ. Изъ всего этого слѣдуетъ, что, по системѣ нашихъ Деклараційй, на государствѣ лежитъ обязанность обезпечивать безопасность гражданъ, организовать гарантію правъ созданіемъ такого политическаго строя, необходимымъ элементомъ котораго является раздѣленіе властей или, по меньшей мѣрѣ, разграниченіе функцій. Конечно, мы не хотимъ сказать, что законодатель обязанъ организовать режимъ раздѣленія властей, тожественный тому, который имѣло въ виду Національное Собраніе 1789 г. Мы дали достаточныя объясненія по этому пункту въ §§ 54 и 55. Но законодатель-учредитель долженъ организовать государство такъ, чтобы вся власть не была сконцентрирована въ рукахъ одного органа: нужно, чтобы было нѣсколько органовъ, другъ друга ограничивающихъ, нужно, чтобы было и нѣсколько властей, область дѣйствія которыхъ была бы строго ограничена закономъ. Неоспоримо, что нынѣшняя система политической организаціи французскаго государства, въ принципѣ, осуществляетъ эти условія.

Въ странахъ, какъ Франція, Соединенные Штаты, въ которыхъ примѣняется строго конституціонный

строй, обыкновенный законодатель не можетъ издать закона, противорѣчащаго статьямъ, установленнымъ конституціонными законами, которые, какъ предполагается, всѣ имѣютъ цѣлью предупредить нарушеніе законодателемъ принциповъ права, обязательныхъ для государства. Такимъ образомъ различеніе неподвижныхъ конституціонныхъ законовъ и законовъ обыкновенныхъ составляетъ особую гарантію уваженія права законодателемъ. Но нужно помнить, что ограниченіе законодательной власти имѣетъ истиннымъ основаніемъ не это существованіе неподвижнаго конституціоннаго закона. Законодатель всюду, даже въ странахъ, гдѣ нѣтъ системы неподатливыхъ конституцій, ограниченъ правомъ, стоящимъ надъ нимъ. Даже въ Англіи, гдѣ всемогущество парламента считается существеннымъ принципомъ, есть нѣкоторыя верховныя нормы, которыя само сознаніе англійскаго народа отказывается видѣть нарушенными парламентомъ. Поэтому въ существованіи неподатливыхъ конституціонныхъ законовъ, высшихъ по отношенію къ обыкновеннымъ законамъ, нужно видѣть не основаніе ограниченія законодательной власти, а только положительную гарантію, и притомъ очень неполную, ограничительныхъ нормъ, обязательныхъ для государства, какъ законодателя.

Не слѣдуетъ ли пойти дальше и сказать, что каждое государство, признающее принципъ своего подчиненія праву, признающее, что есть законы выше его компетенціи, должно, чтобы вполнѣ уважать этотъ принципъ, установить верховную юрисдикцію, представляющую всѣ возможныя гарантіи самостоятельности и способности и имѣющую

компетенцію отмѣнять законы, противные праву, или, слѣдуя менѣе общей и менѣе точной формулѣ, имѣющую право опредѣлять конституціонность законовъ и лишать ихъ силы въ случаѣ ихъ неконституціонности.

Ставя этотъ вопросъ, мы оставляемъ, впрочемъ, въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ наличность государственной власти, отдѣльной отъ власти законодательной и стоящей надъ ней самой, можетъ согласоваться теоретически съ принципомъ единой и недѣлимой личности государства, какъ можно представить себѣ, что государство, какъ судья легальности закона, можетъ лишать силы постановленія государства, какъ законодателя. Это, въ окончательномъ выводѣ, вопросъ о раздѣленіи властей и о его примиреніи съ принципомъ недѣлимости государственнаго суверенитета.

Система, которая даетъ высокой и нелицепріятной, безъ политической окраски, юрисдикціи компетенцію для оцѣниванія законовъ съ точки зрѣнія права и лишенія силы законовъ, противныхъ праву, кажется, съ перваго взгляда очень привлекательной. Однако, по размышленіи, возникаютъ сомнѣнія и ставится вопросъ, дѣйствительно ли это было бы счастливымъ учрежденіемъ. Во-первыхъ, какъ будетъ составлена эта высокая юрисдикція, и какъ будутъ назначаться ея члены? Если они будутъ назначаться правительствомъ или парламентомъ, придется опасаться, что у нихъ не будетъ никакой самостоятельности. Если они будутъ выбираться народомъ, прямой или двухстепенной системой выборовъ, эта высшая юрисдикція станетъ политическимъ учрежденіемъ и не будетъ безпристрастной, что отъ нея требуется. Если она будетъ пополняться путемъ кооптаціи, то она скоро сдѣлается аристократическимъ учрежденіемъ, несовмѣстимымъ съ современной демократіей.

Предположимъ, однако, что это высокое учрежденіе существуетъ. Какъ будетъ оно приводиться въ дѣйствіе? Если оно приводится въ дѣйствіе правительствомъ, то слѣдуетъ бояться, что оно будетъ вмѣшиваться только для уничтоженія закона, ему неугоднаго. Если высшее судилище можетъ вмѣшиваться ex officio и отвергать самопроизвольно каждый законъ, какъ не соотвѣтствующій конституціи, оно становится политическимъ органомъ, могущимъ сдѣлаться слишкомъ сильнымъ въ государствѣ. Наконецъ, если каждому индивиду, считающему себя задѣтымъ неконституціоннымъ закономъ, будетъ разрѣшено приводить въ дѣйствіе эту юрисдикцію, то можно будетъ опасаться, что законодательное дѣло будетъ вполнѣ задержано. Можно понять, что простое частное лицо можетъ вызвать отмѣну акта, изданнаго въ административномъ порядкѣ (жалоба на превышеніе власти). Труднѣе понять, намъ кажется, чтобы простое частное лицо могло вызвать отмѣну закона, который, изданный конституціонными органами страны, долженъ предполагаться полезнымъ и согласнымъ съ правомъ.

Впрочемъ, опытъ, сдѣланный во времена консульства, первой и второй имперіи въ самой Франціи съ *сенатомъ-охранителемъ*, обязаннымъ оцѣнивать конституціонность законовъ, достаточенъ, намъ кажется, чтобы не стремиться къ возстановленію подобной системы.

Сіейэсъ, въ своемъ проектѣ конституціи, доложенномъ Конвенту 2 термидора VIII года, въ моментъ преній о конституціи III года, предлагалъ созданіе особаго рода *конституціоннаго жюри* (*jurie constitutionnaire*), обязанностью котораго было бы разбирать жалобы противъ всякаго ущерба, наносимаго конституціи [1]). *Конституціонное* жюри Сіейэса явля-

[1]) *Moniteur*, réimpression, XXV, стр. 291 и сл.

лось сенатомъ-охранителемъ конституціи VIII года, «который укрѣплялъ или отмѣнялъ всѣ акты, которые вносились въ него, какъ неконституціонные, трибунатомъ или правительствомъ» (конст. VIII г., ст. 21), который получилъ, кромѣ того, въ силу рѣшенія сената 16 термидора X года, «право регулировать все то, что не предусмотрѣно конституціей и что необходимо для ея хода, и объяснять статьи конституціи, дающія поводъ къ различнымъ толкованіямъ».

Сенатъ-охранитель былъ возстановленъ въ конституціи 1852 г. Въ прокламаціи 2 декабря 1852 г. (*les cinq bases*) говорилось подъ № 5: «Второе собраніе, созванное изъ всѣхъ выдающихся лицъ страны, власть, уравновѣшивающая, охранитель основного договора и народныхъ свободъ»; и въ ст. 25—27 конст. 1852 г.: «Сенатъ есть охранитель основного договора и народныхъ свободъ. Ни одинъ законъ не можетъ быть изданъ, не будучи предварительно имъ разсмотрѣнъ. Сенатъ препятствуетъ обнародованію: 1) законовъ, противныхъ или приносящихъ ущербъ конституціи, религіи, нравственности, свободѣ вѣроисповѣданія, свободѣ личности, равенству гражданъ предъ закономъ, неприкосновенности собственности и принципу несмѣняемости судей; 2⁰ тѣхъ, которые будутъ противны охранѣ территоріи. Сенатъ опредѣляетъ сенатскимъ рѣшеніемъ... 2) все то, что не предусмотрѣно конституціей, и что необходимо для ея дѣйствій; 3) смыслъ статей конституцій, дающихъ къ различнымъ толкованіямъ». Извѣстно, что сенатскимъ постановленіемъ отъ 21 мая 1870 г. сенатъ изъ охранительнаго учрежденія превратился во вторую законодательную палату.

Если сенатъ-охранитель конституціи VIII года имѣлъ еще нѣкоторую самостоятельность въ началѣ консульства, то скоро онъ сталъ послушнымъ орудіемъ въ рукахъ перваго консула и императора, чтобы измѣнять конституцію, пріостанавливать ее, отвергать или утверждать по желанію владыки законодательные, судебные и административные акты, особенно, когда ст. 63 и слѣд. сенатскаго рѣшенія 28 флореаля XII года ему дали исключительныя полномочія относительно свободы личности и свободы печати (ср. §§ 75 и 86). Сенатъ второй имперіи былъ не болѣе независимъ, и его роль ограничивалась измѣненіемъ конституціи 1852 г. по волѣ государя.

Вопреки этому двойному опыту, нѣкоторые и теперь требуютъ созданія высшаго судебнаго учрежденія для опредѣленія конституціонности законовъ. Ср. въ этомъ смыслѣ предложеніе, внесенное Ж. Рошъ, Шарлемъ Бенуа, Одифредомъ 28 января 1903 г. въ палату и имѣвшее въ виду прибавить къ конституц. закону 25 февраля 1875 г. ст. 9, которая была бы такъ изложена: «Учреждается верховная палата, обязанная дѣлать постановленія по жалобамъ гражданъ на нарушенія ихъ конституціонныхъ правъ властью законодательной или исполнительной» (*J. off., doc. parl.*, 1903, sess. ord., стр. 97). Авторы этого предложенія требуютъ также, чтобы къ ст. 1 конституціоннаго закона 19 февраля 1875 г. былъ прибавленъ параграфъ, имѣющій въ виду Декларацію правъ 1789 г. и кончающійся такими словами: «Законодательная власть не можетъ издавать ни одного закона, приносящаго ущербъ этимъ правамъ или препятствующаго пользованію ими» [1]).

Въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ практикуется система, насчитывающая много послѣдователей во Франціи, и которую можно резюмировать такъ. Предъ всякимъ трибуналомъ, въ которомъ ссылаются на примѣненіе закона, тотъ, противъ котораго дѣлается такая ссылка на законъ, можетъ противопоставить ей указаніе на его *неконституціонность;* трибуналъ можетъ тогда разсмотрѣть конституціонность закона, и если найдетъ его неконституціоннымъ, прекратитъ его примѣненіе. Это право принадлежитъ каждому суду, каждому суду федераціи или штата, а не только (вопреки тому, что говорятъ иногда) высшему союзному суду. Съ другой стороны, судъ, даже верховный союзный, найдя законъ не конституціоннымъ, не отмѣняетъ его; онъ не имѣетъ на это права; онъ отказывается примѣнять законъ въ случаѣ, отъ него зависящемъ. Это право американскихъ судовъ содержится въ ст. III разд. 2 конституціи, довольно неопредѣленная формула которой всегда толковалась въ этомъ смыслѣ. Оно вполнѣ аналогично праву французскихъ судовъ, которые, въ силу ст. 471, n⁰ 15 уголовнаго кодекса могутъ

---

[1]) Ср. предложеніе закона Шарля Бенуа объ организаціи верховнаго судилища для наблюденія за ущербомъ, наносимымъ правамъ и свободѣ гражданъ (*J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord., 1903 г., стр. 99).

принять возраженіе о незаконности, приводимое относительно регламента, хотя бы даже исходящаго отъ главы государства, и отказаться въ случаяхъ, имъ подлежащихъ, отъ примѣненія регламента, который они признаютъ незаконнымъ.

Относительно рѣшенія о конституціонности законовъ американскими судами см. длинное и интересное сообщеніе, сдѣланное Ларнодомъ обществу сравнительнаго законовѣдѣнія, *Bulletin*, 1902, стр. 175 и сл., и пренія, слѣдовавшія за нимъ, стр. 240 и сл. Ларнодъ даетъ подробный анализъ нѣсколькихъ интересныхъ дѣлъ, въ которыхъ ставился вопросъ о конституціонности, именно дѣла Поллока, въ которыхъ верховный судъ объявилъ неконституціоннымъ федеральный актъ 15 августа 1894 г., учреждающій въ Соединенныхъ Штатахъ подоходный налогъ (*Income tax*). Ларнодъ совершенно справедливо своимъ разборомъ этого дѣла показываетъ, «что не подается жалоба въ судъ непосредственно на законъ, а дѣлется это только косвенно при рѣшеніи какого-нибудь частнаго дѣла, каковое рѣшеніе вынуждаетъ судъ высказаться о конституціонности закона» (*ibid.*, стр. 197).

Это право судовъ опредѣлять конституціонность законовъ существуетъ также въ нѣкоторыхъ странахъ Южной Америки: въ Аргентинской республикѣ, конст. 25 сентября 1860 г., ст. 101; Бразиліи, конст. 24 февраля 1891 г., ст. 59, § 1. Оно признается также судебной практикой въ Норвегіи.

Имѣютъ ли суды во Франціи право, въ дѣлѣ имъ подвластномъ, принимать возраженія о неконституціонности и отказываться примѣнять законъ, который они признаютъ неконституціоннымъ? Согласно старинной судебной практикѣ и слѣдуя традиціонной доктринѣ, французскіе суды не имѣютъ власти опредѣлять конституціонность законовъ. Это вытекаетъ изъ принципа, формулированнаго въ ст. 3, гл. 4 тит. III конституціи 1791 г. и являющагося главной нормой нашего публичнаго права въ этомъ отношеніи: «Суды не могутъ вмѣшиваться ни въ дѣла власти законодательной, ни пріостанавливать исполненія законовъ...»

Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что если судебное сословіе является третьей властью, совершенно отличной и независимой отъ власти законодательной и ей равной, то оно логично должно было бы имѣть право отказываться примѣнять неконституціонный законъ. Въ самомъ дѣлѣ, судебная власть и законодательная, будучи отдѣльными, независимыми и равными, имѣютъ только одну общую высшую власть,— учредительную. Возлагать на судью обязанность примѣнять неконституціонный законъ, значитъ объявлять его подчиненнымъ законодателю, дѣлать его зависимымъ, нарушать принципъ раздѣленія властей.—Эти именно соображенія заставили нѣкоторыхъ современныхъ авторовъ утверждать, что французскіе суды, какъ и американскіе, имѣютъ право, когда поднимается вопросъ о неконституціонности, отказываться примѣнять законъ, признанный ими неконституціоннымъ. Ср. въ этомъ смыслѣ Борегаръ, который полагаетъ, что суды должны не считаться съ закономъ, который установилъ бы систему *cadenas*, такъ какъ онъ нарушилъ бы конституціонный принципъ, что ни одинъ налогъ не можетъ быть установленъ иначе какъ въ силу закона [1]). Жезъ безъ колебаній высказывается за то, что, когда законъ содержитъ явное противорѣчіе съ конституціей, судъ не можетъ его примѣнять, ибо, находясь предъ двумя противорѣчивыми текстами, онъ долженъ обезпечить исполненіе уже дѣйствующаго закона, каковымъ и является конституціонный законъ; авторъ болѣе колеблется, когда разногласіе съ конституціей не такъ явно [2]).

Въ судебной практикѣ никогда не допускалось, чтобы французскіе суды могли отказаться примѣнять законъ изъ-за его неконституціонности. Въ 1833 г., кассаціонная палата занялась этимъ вопросомъ по слѣдующему поводу: газета *Le National*, будучи осуждена въ силу ст. 16 закона 25 марта 1822 г., подала кассаціонную жалобу, основанную на томъ, что къ ней нельзя было примѣнить ни ст. 16 за-

---

[1]) *Monde économique*, 17 ноября 1894 г., стр. 505.

[2]) Jeze, *Du contrôle des délibérations des assemblées deliberantes* (*Revue générale d'administration*, 1895 г., II, стр. 411). Ср. Signorel, *Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif* (*Revue pol. et parl.*, іюнь 1904 г., стр. 526).

кона 25 марта 1822 года, ни закона 8 октября 1830 г., объявленнаго ею сохраняющимъ силу, потому что эти тексты противорѣчили ст. 69 Хартіи 1830 г., передающей проступки по дѣламъ печати компетенціи суда присяжныхъ. Палата отвергла жалобу: «принявъ во вниманіе, что законъ 8 октября 1830 г., обсужденный и утвержденный въ конституціонныхъ формахъ, предписанныхъ Хартіей, сдѣлался нормой для судовъ и не можетъ быть отвергнутъ по причинѣ неконституціонности» (Cass., 11 мая 1833 г., S. 33, I, стр. 357).

Мы думаемъ, что при настоящемъ положеніи нашего законодательства французскіе суды не могутъ рѣшать вопроса о конституціонности законовъ; мы не соединяемъ этого рѣшенія съ мнимымъ принципомъ раздѣленія властей (ср. § 55), но полагаемъ, что при режимѣ, основанномъ, какъ у насъ, на принципѣ законности, нельзя позволить агентамъ государства опредѣлять легальность закона, который они обязаны исполнять. Законъ—основаніе и граница ихъ компетенціи; позволить имъ оцѣнивать этотъ законъ значитъ позволить имъ возставать противъ того самаго принципа, въ силу котораго они могутъ дѣйствовать; это значитъ вводить настоящій элементъ анархіи.

Не слѣдуетъ указывать на примѣръ Соединенныхъ Штатовъ; тамъ есть многочисленныя и своеобразныя причины, которыя объясняютъ особую власть американскихъ судовъ. Эта власть ведетъ свое начало отъ колоніальной эпохи, во время которой колоніи не могли, разумѣется, законодательствовать внѣ границъ тѣхъ правъ, которыя были признаны за ними хартіями. Эта власть сохранилась, потому что она являлась отвѣтомъ на особую нужду, свойственную союзнымъ государствамъ, урегулировать отношенія союзной власти и членовъ-государствъ. Наконецъ, особенная организація Соединенныхъ Штатовъ, столь исключительное обаяніе, которымъ пользуется въ нихъ верховный союзный судъ, высокая роль, которую играютъ различные *chiefs of justice*, и цѣлый рядъ

особыхъ обстоятельствъ объясняютъ развитіе этой власти у американскихъ судовъ и пользу, которую она приноситъ. Но ничего подобнаго не существуетъ во Франціи. Наконецъ, политическій режимъ Франціи во многихъ пунктахъ существенно различенъ отъ американскаго режима; у насъ парламентъ занимаетъ мѣсто, которое не можетъ быть сравнено съ положеніемъ американскаго конгресса, особенно съ тѣхъ поръ, какъ президентская власть, какъ извѣстно, стала развиваться и расширяться въ Соединенныхъ Штатахъ (ср. § 59). Итакъ, мы думаемъ, что нѣтъ никакого интереса примѣнять во Франціи американскую систему и что она могла бы даже вызвать конфликты, которые дали бы новую причину для агитаціи и раздоровъ [1]).

Нѣкоторые полагаютъ, однако, что нужно дать французскимъ судамъ власть опредѣлять конституціонность закона. Ср., главнымъ образомъ, мнѣнія Saleilles (съ извѣстными ограниченіями и оговорками), Thaler, Jalabert, высказанныя послѣ сообщенія Larnaude, *Bulletin société de législation comparée*, 1902 г., стр. 240 и сл.

Нужно, впрочемъ, замѣтить, что если мы не признаемъ за судами право опредѣлять конституціонность закона, то мы признаемъ за ними право и даже обязанность примѣнять только законъ, правильно обнародованный главой государства. Обнародованіе— актъ законодательный, необходимый элементъ закона; пока нѣтъ обнародованія, нѣтъ и закона, и, слѣдовательно, суды не должны примѣнять акта, который, съ конституціонной точки зрѣнія, не имѣетъ характера закона. Если, напримѣръ, президенты палатъ передали судамъ текстъ закона, вотированнаго обѣими палатами, но не обнародованнаго президентомъ республики, они не должны его примѣнять.

---

[1]) Ср. по этому вопросу Larnaude, *op. cit.*, *Bulletin société législation comparée*, 1902 г., стр. 227—229.

Не нужно, впрочемъ, итти дальше: суды не могутъ, напримѣръ, отказаться примѣнять текстъ, обнародованный президентомъ республики, подъ предлогомъ, что онъ не былъ правильно обсужденъ и вотированъ палатами. Суды не компетентны разбирать правильность парламентской процедуры; и въ моментъ, когда текстъ правильно обнародованъ, какъ законъ, они только должны его примѣнять. Мы не дали бы такое же рѣшеніе, если бы президентъ республики обнародовалъ, какъ законъ, текстъ, не вотированнный обѣими палатами. Тогда, несмотря на имя закона, данное тексту, онъ былъ бы простымъ регламентарнымъ декретомъ, а, по общему мнѣнію, суды могутъ опредѣлять его законность. Правду сказать, послѣдняя гипотеза можетъ имѣть мѣсто въ жизни почти исключительно при государственныхъ переворотахъ, когда сила замѣняетъ право, и когда, слѣдовательно, юристу нечего дѣлать [1]).

95. Право и государство, какъ администраторъ и судья.— Въ стадіи юридической эволюціи, которой достигли современныя общества, легальное право, т.-е. право, установленное положительнымъ закономъ, совпадаетъ приблизительно съ общимъ объективнымъ правомъ. Поэтому сказать, что государство, какъ администраторъ и судья, связано правомъ, значитъ сказать, что оно связано положительнымъ закономъ, что оно можетъ дѣйствовать только въ предѣлахъ закона, что оно можетъ дѣлать только то, что позволитъ ему за-

---

[1]) Обо всѣхъ этихъ пунктахъ, кромѣ вышеназванныхъ авторовъ, см. V. Clappier, *Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire*, рѣчь, произнесенная въ конференціи адвокатовъ въ кассаціонной палатѣ 13 декабря 1902 г., *Gazette des tribunaux*, 19 декабря 1902 г.

конъ, и обязано дѣлать все, что прикажетъ ему законъ. Главныя примѣненія этой общей идеи указаны уже въ различныхъ мѣстахъ этой книги (ср. особенно §§ 36—42, 44—46, 66). Здѣсь достаточно лишь напомнить ихъ, сгруппировавши ихъ систематически.

Слѣдствія, вытекающія изъ общей, только что указанной, идеи, можно сгруппировать въ десять рубрикъ: 1) административный актъ имѣетъ силу только тогда, когда объявленіе воли, служащей ему опорой, вызвано цѣлью, которую законъ призналъ справедливой; 2) административный актъ имѣетъ силу только тогда, когда онъ изданъ должностнымъ лицомъ, дѣйствующимъ въ предѣлахъ компетенціи, данной ему закономъ; 3) административный актъ имѣетъ силу только тогда, когда должностное лицо исполняетъ свою компетенцію съ цѣлью, которую законъ, давая ему ее, имѣлъ въ виду; 4) административный актъ, какой бы онъ ни былъ, изданный съ нарушеніемъ закона, будетъ ли онъ административнымъ актомъ въ точномъ смыслѣ или матеріальнымъ дѣйствіемъ, можетъ дать основаніе для денежной отвѣтственности государства (ср. § 96); 5) административный актъ, изданный надлежащимъ образомъ, односторонній или договорный (что то же самое), актъ власти или актъ выполненія, обязываетъ съ такой же силой государство, какъ и частное лицо; 6) государство, осуществляя юридическую функцію, должно всегда разрѣшать вопросъ объективнаго права или вопросъ субъективнаго права, согласно постановленію самаго закона; 7) государство можетъ быть стороной въ процессѣ, и рѣшеніе, вынесенное судьей, имѣетъ по отношенію къ нему

ту же силу, что и къ частному человѣку; 8) государство должно юрисдикціонно вмѣшиваться, чтобы санкціонировать каждое юридическое положеніе, возникшее внѣ его; 9) государство обязано вмѣшиваться юрисдикціонно, чтобы отмѣнять каждый юридическій актъ, произведенный съ нарушеніемъ закона; 10) государство обязано вмѣшиваться юрисдикціонно, чтобы обезпечить сообразную съ закономъ репрессію или исправленіе каждаго акта, изданнаго съ нарушеніемъ закона. Это только примѣненія современной идеи правового государства (*Rechtsstaat*). Современное государство — государство правовое: 1) потому, что оно не можетъ издавать извѣстныхъ законовъ, противныхъ праву; 2) потому, что правомъ на него возложена обязанность издавать извѣстные законы (см. § 69—94); 3) потому, что, какъ администраторъ и судья, оно связано законами, имъ изданными, при условіяхъ, которыя только что указаны.

Какимъ образомъ государство, издающее законъ, можетъ быть связано, какъ администраторъ и судья, закономъ, который оно же само издало? Это вопросъ о самомъ основаніи публичнаго права, а такъ же о повелительномъ характерѣ закона, который былъ уже разсмотрѣнъ въ §§ 16, 17 и 36, и къ которому мы не возвратимся здѣсь. (Объ обязательномъ характерѣ договоровъ, заключаемыхъ государствами, см. § 29).

Въ рамки этого руководства не могло войти изученіе способовъ санкціи, организованныхъ положительнымъ закономъ, чтобы гарантировать въ возможной мѣрѣ уваженіе къ законамъ со стороны государства, какъ администратора и судьи. Это зна-

чило бы изучить все административное право и все гражданское и уголовное судопроизводство. Что касается уваженія къ закону со стороны государства, какъ судьи, достаточно указать, что современныя законодательства пытаются гарантировать его различными способами юрисдикціоннаго обжалованія, которые даны противъ рѣшенія различныхъ судовъ и главные изъ которыхъ — апелляція и кассаціонная жалоба.

Для административныхъ актовъ гарантія уваженія закона обезпечивается сложной системой чиновничьей іерархіи и административнаго контроля (см. § 68), и особенно объективнымъ судебно-административнымъ споромъ, жалобой на превышеніе власти, которой судебная практика Государственнаго совѣта даетъ съ каждымъ днемъ все большій объемъ (см. §§ 46 и 66).

Наконецъ, примѣненіе закона гарантируется еще отвѣтственностью служащихъ (см. § 67) и отвѣтственностью государства (см. § 96).

Но нужно замѣтить, что, несмотря на всѣ эти способы обжалованія, наступаетъ всегда моментъ, когда рѣшеніе исходитъ отъ власти, противъ которой нѣтъ способа обжалованія. Это или высшіе суды, какъ во Франціи кассаціонная палата и Государственный совѣтъ, или извѣстные органы, какъ парламенты, противъ которыхъ законодательство не допускаетъ возможности обжалованія. Но если нарушеніе закона этими властями или этими органами и не можетъ быть устранено, то это еще не значитъ, что они могутъ нарушать законъ. Никто не можетъ нарушать закона и пока онъ существуетъ, онъ равно обязателенъ какъ для парламента, или верховнаго суда, такъ и для самаго низшаго изъ чиновниковъ.

96. Отвѣтственность государства. — Вопросы отвѣтственности—теперь основные вопросы какъ публичнаго права, такъ и права частнаго. Дѣйствительно, объемъ отвѣтственности мѣняется въ прямой зависимости отъ сферы дѣятельности субъекта разбираемаго права. Если область индивидуальной дѣятельности расширяется, величина индивидуальной отвѣтственности увеличивается въ той же пропорціи. Такъ какъ, съ другой стороны, сознаніе общественной солидарности съ каждымъ днемъ все болѣе точно опредѣляется, понятіе о взаимной отвѣтственности индивидовъ такъ же точно опредѣляется, и обязанности, возникающія изъ этой отвѣтственности, дѣлаются болѣе многочисленными и болѣе тѣсными. Съ этой двойной идеей соединяется теорія объ объективной отвѣтственности, съ каждымъ днемъ все болѣе укрѣпляющаяся [1]).

Тѣ же факторы производятъ увеличеніе отвѣтственности государства. Область государственной дѣятельности съ каждымъ днемъ все больше расширяется. Это несомнѣнно. Логическое и необходимое слѣдствіе изъ этого—расширеніе отвѣтственности государства по отношенію къ частнымъ лицамъ. Такъ какъ, съ другой стороны, государство

---

[1]) См. Teisseire, *Fondement de la responsabilité*, 1901 г.; Géuy, *Risque et responsabilité (Revue trimest. de droit civil*, 1902 г., стр. 812); *Rapport* de M. Saleilles, *Bulletin de la Société des études législatives*, 1905 г., стр. 335 и особ. стр. 339.— См., между прочимъ, Hauriou. Примѣчаніе государств. совѣт., 19 февраля 1905 г., S. 1905 г., III, стр. 113; Planiol, *Etudes sur la responsabilité, Revue critique*, 1905, стр. 277 и 1906 г., стр. 80; Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilté civile, Revue critique*, 1906 г., стр. 352; Desserteau, *Abus du droit, Revue trimest. de droit civil*, 1906, стр. 119; Josserand, *De l'abus des droits*, 1906.

есть соединеніе коллективныхъ интересовъ, и такъ какъ имущество государства есть имущество общества, то естественно прійти къ той идеѣ, что государство должно озаботиться исправленіемъ вреда, нанесеннаго частнымъ лицамъ исполненіемъ коллективныхъ интересовъ. Отвѣтственность государства является, такимъ образомъ, необходимымъ принципомъ современнаго права. Но если общій принципъ неоспоримъ и единодушно принятъ въ доктринѣ и въ юриспруденціи, то остается еще очень большое сомнѣніе насчетъ самого основанія и размѣровъ этой отвѣтственности. Мы не намѣрены изслѣдовать здѣсь детально отвѣтственности государства, а только хотимъ показать, какъ принятыя уже рѣшенія составляютъ санкцію отрицательныхъ и положительныхъ обязанностей, возложенныхъ правомъ на государство.

Рѣшеніе проблемы, которую возбуждаетъ отвѣтственность государства, содержитъ въ себѣ предварительное рѣшеніе болѣе общаго вопроса, въ томъ смыслѣ, что проблема эта ставится не только для государства, но и для всякаго коллективнаго лица. Отвѣтственность кажется связанной съ проступкомъ, сдѣланнымъ лицомъ, которое объявляется отвѣтственнымъ; можетъ ли коллективное лицо совершить ошибку, влекущую за собою его отвѣтственность? Это ни больше ни меньше какъ проблема о коллективной личности. Въ нашу программу не можетъ войти детальное изученіе ея. Въ доктринѣ, которая признаетъ въ коллективностяхъ только фиктивную личность, произвольное созданіе закона, невозможно, разумѣется, говорить объ основанной на идеѣ проступка отвѣтственности государства или какой-нибудь коллективной личности. Но теорія, пользующаяся большой популярностью, видитъ въ коллективныхъ личностяхъ существо реальное, облеченное волей и сознаніемъ, у котораго органы—индивиды или группы индивидовъ, служащія для выраженія этой воли, для обнаруженія этого сознанія. По этому ученію, происходящему цѣликомъ отъ Гирке, можно, конечно, понять проступокъ и у государ-

ства и у коллективнаго лица, а, слѣдовательно, и субъективную отвѣтственность, непосредственно ложащуюся на государство и на всякое коллективное лицо. Но оставаясь въ этомъ кругу идей, можно выдвинуть очень сильное возраженіе противъ вмѣняемости проступка коллективному лицу вообще и въ частности государству, и сказать: если коллективныя личности и суть реальныя личности, то только юридическія, и, слѣдуя выраженію Еллинека, онѣ имѣютъ только юридическую способность дѣйствія и хотѣнія; лишь одни юридическіе акты могутъ считаться какъ бы актами, ведущими свое начало непосредственно отъ воли коллективныхъ лицъ и государства; они, слѣдовательно, подвергаются отвѣтственности, возникающей изъ юридическаго акта, но не отвѣтственности, проистекающей изъ акта матеріальнаго, не имѣющаго юридическаго характера, отвѣтственности, которую цивилисты называютъ отвѣтственностью въ силу делита или quasi-деликта.

На эти разныя возраженія часто отвѣчаютъ, что не можетъ быть и рѣчи о прямой отвѣтственности государства или коллективныхъ лицъ, а только о косвенной отвѣтственности за дѣйствія его агентовъ. И такъ какъ во Франціи есть замѣтная тенденція, стремящаяся всѣ отношенія права свести къ узкимъ и обветшалымъ рамкамъ гражданскаго кодекса, то говорятъ: «Нельзя примѣнять къ государству и коллективнымъ лицамъ ст. 1382 и 1383 гражданскаго кодекса, а только ст. 1384: «Существуетъ отвѣтственность не только за вредъ, причиненный собственнымъ дѣяніемъ лица, но еще и за тотъ, который причиненъ дѣйствіями другихъ лицъ, за которыхъ должны отвѣчать:... поручители... за вредъ, принесенный ихъ агентами въ дѣлахъ имъ подчиненныхъ». Должностныя лица, говорятъ далѣе, являются агентами государства; проступокъ, служащій основаніемъ отвѣтственности, совершенъ ими, и государство отвѣтственно за нихъ, какъ ихъ поставившее. Эта мысль такъ распространена во Франціи, что, когда законодатель хотѣлъ возложить спеціально на государство обязанность отвѣчать за вредъ, причиненный учениками общественныхъ учебныхъ заведеній, онъ не нашелъ ничего лучше, какъ прибавить параграфъ къ ст. 1384 гражданскаго кодекса (законъ 20 іюля 1899 г.).—Это воззрѣніе не является рѣшеніемъ проблемы. Дѣйствительно, хотя это иногда и оспаривалось, эта отвѣтственность поручителя,

предусмотрѣнная ст. 1384, является основанной единственно на предположеніи ошибки поручителя,—предположеніе, имѣющее столько же и противъ себя, сколько за себя. Проступокъ, который предусматривается закономъ, заключается въ томъ, что плохо были выбраны агенты. И потому эта косвенная отвѣтственность такъ же не можетъ примѣняться къ государству и къ инымъ коллективнымъ лицамъ, какъ и прямая отвѣтственность [1]).

По нашему мнѣнію отвѣтственность государства и коллективныхъ лицъ можетъ быть понята только, какъ объективная отвѣтственность, т.-е. отвѣтственность, основанная на идеѣ риска, а не на идеѣ вины, и притомъ, каково бы ни было рѣшеніе вопроса о коллективной личности вообще и личности государства въ частности. Вопросъ объ отвѣтственности государства ставится такъ: если допустить, что актъ, произведенный отъ государства и въ его интересѣ, т.-е. въ коллективномъ интересѣ, причиняетъ ущербъ опредѣленному индивиду, долженъ ли этотъ ущербъ быть вполнѣ возмѣщенъ изъ имущества государства? Проблема трудна. Нельзя ее рѣшать утвержденіемъ: имущество государства возмѣщаетъ ущербъ всякій разъ и только тогда, когда есть вина государства; нельзя этого утверждать, потому что, если государство является лицомъ, то

---

[1]) По вопросу о вмѣненіи ошибки государству или коллективному лицу, ст. Gierke, *Genossenschatstheorie*, 1887; Michoud, *Théorie de la personalité morale*, 1906, и особ. *De la responsabilité de l'Etat*, *Revue du droit public*, 1895, I, стр. 401 Mestre, *De problème de la responsabilité pénale des persones collectives*, 1901; Bailby, *Le principe de la responsabilité de l'Etat*, thèse. Bordeaux, 1901; Manezko, *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes*. 1904; Jèze, *Revue du droit public*, 1905, стр. 563. См. также *Année administrative*, 1905, стр. 253, и очень замѣчательныя статьи Teissier, *Responsabilité*, *Répert. droit admin.*, XXI, 1906.

лицомъ, не могущимъ совершать вины. Нельзя ее рѣшать также, примѣняя просто теорію объективной отвѣтственности и говоря: когда актъ изданъ за счетъ государства, въ интересахъ государства или въ коллективныхъ интересахъ, и когда онъ причиняетъ ущербъ индивиду, нужно, чтобы рискъ за этотъ убытокъ всегда несло государство, т.-е. коллективное имущество; нельзя такъ разсуждать, потому что есть, несомнѣнно, случаи, когда государство не будетъ отвѣтственно за ущербъ, причиненный дѣйствіемъ, сдѣланнымъ отъ его имени. Нельзя, наконецъ, говорить, что ущербъ, причиненный частному лицу, будетъ окончательно возмѣщенъ изъ имущества государства только тогда, когда есть вина агентовъ государства, потому что есть случаи, когда отвѣтственность будетъ существовать, несмотря на то, что никакой вины агентовъ не будетъ. Поэтому нужно дѣлать различія.

Прежде всего, даже тогда, когда законъ въ собственномъ смыслѣ слова нарушаетъ право тѣмъ, что онъ изданъ противно юридическимъ обязанностямъ, лежащимъ, какъ было видно, на государствѣ, отвѣтственность за него не можетъ быть установлена. Это не потому, что въ данномъ случаѣ имѣется актъ суверенитета, но потому, что въ законѣ есть положеніе общаго характера, по которому государство не входитъ въ отношенія съ индивидами. Слѣдовательно, положеніе частнаго характера, даже исходящее отъ парламента, могло бы влечь за собой отвѣтственность государства. Напротивъ, положеніе общаго характера, исходящее отъ администратора, регламентъ, изданный съ нарушеніемъ закона, не можетъ повлечь за собой отвѣтственности государ-

ства. Здѣсь не мѣсто говорить объ актѣ суверенитета, такъ какъ такой регламентъ столько же актъ суверенитета, какъ и индивидуальное постановленіе, изданное тѣмъ же самимъ администраторомъ. Этотъ же послѣдній актъ, если онъ нарушаетъ законъ, можетъ повлечь за собой отвѣтственность государства. Если дѣло обстоитъ иначе съ регламентомъ, изданнымъ въ нарушеніе закона, то потому, что регламентъ есть положеніе общаго и абстрактнаго характера, которое, взятое само по себѣ, не можетъ причинить ущерба опредѣленному индивиду.

Точно такъ же и дипломатическіе акты не могутъ служить основаніемъ отвѣтственности государства. Къ этому есть спеціальныя основанія, которыя сводятся къ необходимости обезпечить полную свободу правительства въ дипломатическихъ сношеніяхъ, отъ которыхъ можетъ зависѣть безопасность самой страны.

Что касается до юрисдикціонныхъ актовъ, даже изданныхъ съ нарушеніемъ закона, они не могутъ влечь за собой отвѣтственности государства. Это иногда объясняютъ тѣмъ, что эти акты являются актами суверенитета,—выраженіе неясное и ничего не выражающее. Если государство не можетъ быть отвѣтственнымъ въ случаѣ нарушенія закона судебной властью, то лишь вслѣдствіе принципа авторитетности уже рѣшеннаго судебнаго дѣла. Государство организовало противъ судебныхъ рѣшеній нѣкоторые способы обжалованія; когда эти способы исчерпаны, или когда ими не воспользовались, рѣшеніе суда становится обязательнымъ для всѣхъ, и если бы заинтересованному лицу было дозволено требовать удовлетворенія подъ предлогомъ нарушенія

закона, то это значило бы снова возбуждать рѣшенное уже судебное дѣло,—что соціально невозможно. Это объясняетъ въ то же время, почему, въ исключительныхъ случаяхъ, когда судебное постановленіе, имѣя авторитетность уже рѣшеннаго судебнаго дѣла, можетъ быть пересмотрѣно и, дѣйствительно, пересматривается,—принципъ отвѣтственности государства признанъ самимъ же законодателемъ. Законъ 8 іюня 1895 г., измѣнившій ст. 446 кодекса уголовнаго судопроизводства, гласитъ: «Постановленіе или приговоръ о пересмотрѣ, изъ котораго обнаружится невинность осужденнаго, можетъ, по его просьбѣ, повлечь возмѣщеніе убытковъ и издержекъ, въ размѣрѣ ущерба, нанесеннаго осужденіемъ». Въ подобныхъ случаяхъ имѣется ошибка судей, иногда очень легкая, иногда извинительная, иногда даже обстоятельства бываютъ таковы, что не можетъ быть и рѣчи о винѣ судебныхъ агентовъ, потому что виновность казалась очевидной; какъ бы то ни было, этотъ случай является нарушеніемъ права, потому что осудили человѣка, оказавшагося невиннымъ; осудили его въ интересахъ общества, и справедливость требуетъ возмѣщенія ущерба (поскольку это возможно) изъ общественнаго имущества [1]).

Что касается административныхъ актовъ, то не нужно различать, какъ это еще часто дѣлаютъ, акты власти и акты исполненія и говорить, что одни акты исполненія могутъ влечь за собой отвѣтственность государства, а акты власти этой отвѣтственности не влекутъ.

Бертелеми дѣлаетъ такое различіе и говоритъ о „неотвѣтственности общественныхъ учрежденій за акты вла-

[1]) См. докладъ Беранже въ сенатѣ, 13 февраля 1894 г.

сти» и объ «отвѣтственности административныхъ учрежденій за ущербъ, вытекающій изъ актовъ исполненія» (*Droit administratif*, 4 édit., 1906, стр. 75 и 77). Мы уже высказывались противъ такого различія (см. § 43). Слѣдуетъ замѣтить, что оно теперь осуждено твердо и очень справедливо судебной практикой Государственнаго совѣта.

Есть случаи, когда законъ и постоянная судебная практика признаютъ отвѣтственность государства, даже когда нѣтъ никакого нарушенія въ собственномъ смыслѣ закона, когда нѣтъ никакой вины: таковы случаи нарушенія права собственности администраторамъ, даже дѣйствующимъ въ предѣлахъ закона. Есть особый ущербъ, приносимый намѣренно индивидуальной собственности въ интересахъ общества; справедливо, чтобы ущербъ вполнѣ покрывался коллективнымъ имуществомъ. Съ другой стороны, хотя индивидуальная собственность и стремится видоизмѣниться, неприкосновенность, со стороны администраціи, индивидуальнаго имущества, всегда разсматривается, какъ необходимый элементъ современнаго права, согласно ст. 17 Декларацiи правъ 1789 г. Отсюда вытекаетъ ясно выраженная отвѣтственность государства, провозглашенная и организованная для случаевъ прямой экспропріаціи и для случаевъ реквизиціи, и постоянно признаваемая судебной практикой отвѣтственность въ случаяхъ косвенной экспропріаціи, именно въ случаѣ отчужденія собственности для совершенія публичныхъ работъ.

Объ очень любопытномъ расширеніи, данномъ судебной практикой, отвѣтственности государства въ случаяхъ отчужденія собственности для производства публичныхъ работъ см. особенно Hauriou, *Droit administratif*, 5-e édit., 1903, стр. 240.

Но если нѣтъ нарушенія собственности, то для того, чтобы государство было отвѣтственно, нужно,

чтобы была вина. Мы не говоримъ, что нужно, чтобы была вина государства, ибо государство не можетъ быть виновнымъ (ср. выше). Нужно, чтобъ существовала вина со стороны лицъ, дѣйствующихъ отъ имени и за счетъ государства. Если это личная вина этихъ агентовъ, то они, а не государство, отвѣтственны за нее; если это вина по службѣ, государство отвѣтственно въ томъ смыслѣ, что обязанность сдѣлать возмѣщеніе убытковъ падаетъ на коллективное имущество, потому что ущербъ является результатомъ плохой дѣятельности общественной службы, установленной ради общественнаго интереса.

Судебная практика Государственнаго совѣта установилась вполнѣ ясно въ этомъ смыслѣ и отвергла старую идею о неотвѣтственности государства въ случаяхъ, когда оно это дѣлаетъ, какъ публичная власть. Государственный совѣтъ послѣ примѣчательныхъ заключеній Тейссье призналъ принципъ отвѣтственности государства въ случаѣ неправильно объявленной кассаціи одного субъ-офицера [1]). Государственный совѣтъ, возвращаясь къ его прошлой судебной практикѣ, выразившейся въ приговорѣ *Lepreux*, 13 января 1899 г. (S. 1900, III, стр. 1, съ длиннымъ примѣчаніемъ Оріу), призналъ отвѣтственность государства въ случаяхъ, когда агенты полиціи не приняли достаточныхъ мѣръ для обезпеченія общественной безопасности, и когда произошло нарушеніе нормы права, обязывающей агентовъ государства обезпечивать общественную безопасность [2]).

Оріу утверждаетъ, что Государственный совѣтъ, говоря въ мотивахъ къ этимъ двумъ своимъ приговорамъ о *винѣ публичной службы* (это также выраженіе, которымъ пользу-

---

[1]) Приговоръ *Le Berle*, 29 мая 1903, *Rec.*, стр. 415. Ср. *ibid.*, въ примѣчаніи мнѣнія Teissier и S., 1904, III, стр. 121, съ замѣчаніемъ Оріу.

[2]) Приговоръ *Tomaso Grecco*, 19 февраля 1905 г., *Rec.*, стр. 139, съ замѣчательными заключеніями Romieu и S., 1905, III, стр. 113, съ примѣчаніемъ Оріу.

ются Tessier и Romieu въ вышеупомянутыхъ заключеніяхъ), отвергаетъ теорію риска или объективной отвѣтственности и утверждаетъ отвѣтственность государства за вину самого государства: «Итакъ, — говоритъ онъ, — государство непосредственно отвѣтственно за ущербъ, причиненный службой, въ размѣрѣ приблизительно средней старательности, требуемой отъ службы, и *оно отвѣтственно, потому что оно виновно* въ неправильномъ отправленіи службы. Возникаетъ новая теорія вины, когда полагали, что имѣютъ дѣло съ теоріей риска». Это замѣчаніе Оріу требуетъ, однако, нѣкоторыхъ оговорокъ. Ученый изслѣдователь административнаго права уподобляетъ вину публичной службы винѣ государства; ничто же не позволяетъ сказать, что это уподобленіе сдѣлано Государственнымъ совѣтомъ, который, говоря о винѣ публичной службы, имѣлъ въ виду вину агентовъ государства, которые, хотя и находясь въ служебной сферѣ, совершили эту вину. Возможность подобной вины, разумѣется, является рискомъ; вопросъ о томъ, на кого падутъ послѣдствія ея: на управляемаго или на управляющаго? Государственный совѣтъ постановилъ, что таковымъ явится администрація, отвѣтственность которой является обоснованной и можетъ быть основана только на рискѣ [1]).

Въ результатѣ вырабатывается теорія отвѣтственности государства и служащихъ лицъ, которая является остроумной и адэкватной соціальнымъ нуждамъ комбинаціей двухъ воззрѣній на объективную отвѣтственность и отвѣтственность субъективную. Административный актъ—актъ воли агента государства, а не актъ воли государства. Если этотъ актъ имѣетъ не чисто административную цѣль, то это есть отклоненіе или злоупотребленіе властью, влекущее за собой отвѣтственность должностного лица. Если актъ ограниченъ административной цѣлью, но долж-

---

[1]) См. анализъ и подробное объясненіе судебной практики въ уже цитированной статьѣ Teissier, *Répert. droit admin., Responsabilité, XXI,* 1906 г.

ностное лицо при этомъ нарушило законъ о своей компетенціи или не исполнило обязанностей, возложенныхъ на него дѣйствующимъ закономъ, или исполнило ихъ съ недостаточной тщательностью, то имѣется со стороны его вина, результатомъ которой является ущербъ для управляемаго; рискъ, вытекающій изъ этой вины, падаетъ на государство и на коллективное имущество. Государство не отвѣтственно за вину, которой оно не могло совершить; но оно является по отношенію къ частнымъ лицамъ страховщикомъ противъ риска служебной вины.

Именно эта мысль, повидимому, вдохновила составителей проекта закона, разбиравшагося въ сенатѣ по докладу Gourjut и стремившагося къ установленію отвѣтственности государства въ случаѣ ущерба, причиненнаго лицамъ и частной собственности мятежомъ, и отмѣнѣ такимъ образомъ ст. 160 и сл. закона 5 апрѣля 1884 г. См. особенно засѣданія сената, 9 и 10 іюля 1906 г.

97. О сопротивленіи насилію.—Если, несмотря на всѣ гарантіи, установленныя въ современныхъ странахъ, чтобы обезпечить уваженіе и примѣненіе права государствомъ, существуютъ нарушенія права, то говорятъ, пользуясь терминологіей нашихъ Декларацій правъ, что имѣетъ мѣсто *насиліе*. Насиліе существуетъ, когда государство, какъ законодатель, издаетъ законъ, который оно въ силу права не можетъ издать. Насиліе существуетъ, когда государство, какъ законодатель, не издаетъ закона, который оно юридически должно издать. Насиліе существуетъ, когда эти нарушенія нормъ верховнаго права исходятъ отъ парламента, выбраннаго прямой и всеобщей подачей голосовъ, или непосредственно отъ самого народа. Насиліе существуетъ, когда индивидуальный или административный или юрисдикціонный актъ

совершенъ съ нарушеніемъ закона, каковъ бы ни былъ органъ или агентъ, его совершившій, и даже насиліе тѣмъ болѣе тяжко, чѣмъ отъ болѣе высокаго органа въ іерархіи властей государства, парламента или избирательнаго собранія оно исходитъ.

Законъ, изданный съ нарушеніемъ права, является насильственнымъ, хотя бы онъ и былъ общей и абстрактной нормой, не примѣняющейся къ опредѣленному лицу. Будучи противнымъ праву, онъ устанавливаетъ для всего соціальнаго организма режимъ притѣсненія, при которомъ каждый изъ членовъ его притѣсненъ. Обратно, индивидуальный актъ, изданный съ нарушеніемъ закона, является насильственнымъ не только для лица, которое онъ имѣетъ въ виду, но также и для всѣхъ членовъ соціальнаго организма, связанныхъ между собой внутренней и тѣсной солидарностью. Итакъ, пусть не говорятъ: какая важность въ индивидуальномъ актѣ, изданномъ съ нарушеніемъ закона! Пусть не говорятъ, что общество все въ цѣломъ не заинтересовано въ возмѣщеніи индивидуальной несправедливости, что даже иногда оно заинтересовано, чтобы были индивидуальныя несправедливости! Всѣ члены общественнаго тѣла тѣсно связаны одни съ другими, и несправедливость, какова бы она ни была, сдѣланная въ отношеніи одного изъ нихъ, отзывается всегда и на всѣхъ другихъ.

Эти мысли были выражены въ столь же точной, какъ и опредѣленной, формулѣ редакторами Декларації 1793 г.: „Насиліе совершается противъ всего соціальнаго цѣлаго, когда этому насилію подвергается одинъ изъ его членовъ. Насиліе совершается противъ каждаго члена, когда ему подвергается соціальное цѣлое» (ст. 34). Ст. 32 жирондистской декларації правъ говорила также вполнѣ точно: «Насиліе совершается, когда законъ нарушаетъ естественныя граждан-

скія и политическія права, которыя онъ долженъ гарантировать. Насиліе совершается, когда законъ нарушается государственными чиновниками въ его примѣненіи къ индивидуальнымъ фактамъ. Насиліе совершается, когда произвольные акты нарушаютъ права гражданъ вопреки закону. Во всякомъ свободномъ правительствѣ, способъ сопротивленія этимъ различнымъ актамъ насилія долженъ быть регулированъ конституціей».

Когда, несмотря на гарантіи, организованныя положительнымъ законодательствомъ страны, законодатель издаетъ законы, противорѣчащіе праву, администраторъ и судья совершаетъ акты, противные закону, могутъ ли, спрашивается, подданные государства силою воспротивиться примѣненію законовъ, противорѣчащихъ праву, выполненію административныхъ или судебныхъ актовъ, противныхъ закону? Въ этомъ заключается очень старый, очень извѣстный и очень запутанный вопросъ *о сопротивленіи насилію*.

Этотъ вопросъ не былъ забытъ редакторами нашихъ декларацій правъ. Въ ст. 2 Декларації правъ 1789 г. въ перечисленіи естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ человѣка мы находимъ и сопротивленіе насилію. Въ какомъ смыслѣ люди 1789 г. понимали это право? Они остереглись сказать это. Ни въ Декларації, ни въ конституціи 1791 г., ни даже въ преніяхъ, предшествовавшихъ имъ, мы не находимъ ничего, что позволило бы схватить точную мысль Національнаго Собранія по этому пункту. Важно, однако, отмѣтить, что сопротивленіе насилію, какъ и безопасность, не есть индивидуальное право, отличное отъ свободы и собственности. Оно есть просто собраніе индивидуальныхъ правъ, поскольку они противостоятъ всякой притѣсняющей власти. Индивидъ, въ силу именно этихъ индивидуальныхъ

правъ, можетъ воспротивиться всякому акту государства, нарушающему ихъ. Принципъ провозглашенъ. Но какъ и въ какой мѣрѣ индивидъ можетъ воспротивиться, Собраніе 1789 г. ничего не сказало.

Въ жирондистской декларации сказано только: «Люди, соединенные въ общества, должны имѣть законное средство воспротивиться угнетенію. Во всякомъ свободномъ правительствѣ способъ сопротивленія этимъ различнымъ актамъ насилія долженъ быть урегулированъ конституціей» (ст. 31 и 32, § 4).

Наоборотъ, авторы Декларации и конституціи 1793 г. опредѣлили отчетливо основаніе и объемъ сопротивленія насилію. Они заявляютъ, что это сопротивленіе есть послѣдствіе другихъ правъ человѣка. Оно можетъ быть не только *пассивнымъ* и *оборонительнымъ*, но и *наступательнымъ* и итти даже до возстанія, имѣющаго въ виду низверженіе правительства. Въ самомъ дѣлѣ, въ ст. 10 и 11 Декларации 1793 г. мы читаемъ: ...«всякій гражданинъ, призванный или схваченный силою закона, долженъ немедленно повиноваться; сопротивляясь, онъ дѣлается виновнымъ Всякій актъ, осуществляемый противъ человѣка, внѣ случаевъ и внѣ формъ, опредѣленныхъ закономъ, произволенъ и тираниченъ; тотъ, противъ котораго пожелали бы насильно его примѣнить, имѣетъ право отразить его силою». Слѣдовательно, нѣтъ преступленія мятежа въ дѣйствіи того, кто силою отражаетъ актъ власти, совершонный въ нарушеніе закона. Однако идутъ еще далѣе, и если народъ притѣсненъ тираническими законами, возстаніе есть право и даже долгъ. Таково постановленіе знаменитой ст. 35 Декларации 1793 г.: «Когда правительство нарушаетъ право народа, возстаніе является для народа и для каждой части народа наиболѣе свя

щеннымъ изъ правъ и наиболѣе необходимой изъ обязанностей». Наконецъ, люди 1793 г. признали законность даже тираноубійства или, по крайней мѣрѣ, убійства узурпатора: «Пусть всякій индивидъ, который узурпируетъ суверенитетъ, немедленно будетъ преданъ смерти свободными людьми». Какая горькая иронія въ томъ, что такіе принципы были провозглашены собраніемъ, которое въ теченіе двухъ лѣтъ угнетало нашу страну одною изъ самыхъ кровавыхъ тираній!

Утверждая законность тираноубійства и провозглашая право на возстаніе, Конвентъ далъ лишь новую форму очень старымъ идеямъ. Онъ, однако, вѣроятно, не зналъ, что первыми провозгласителями этихъ идей были католическіе богословы. Первымъ богословомъ, изложившемъ теорію законности тираноубійства, является Іоаннъ Салисбюрійскій (1110—1180), въ книгѣ озаглавленной *Polycraticus*, въ которой онъ, очевидно, имѣлъ въ виду Генриха II и убійство святого Ѳомы Бекета. По мнѣнію Іоанна Салисбюрійскаго, князь есть образъ божества, тиранъ же личина Люцифера; поэтому убійство тирана не только дозволено, но и является дѣйствіемъ приличнымъ, «*aequum et justum*» [1]). Святой Ѳома Аквинскій, допускавшій законность возстанія противъ тирана, повидимому, отвергаетъ тираноубійство, т.-е. умерщвленіе тирана частными лицами. Въ *De regimine principum*, кн. I, гл. 5 и 6 (подлинность которыхъ, впрочемъ, оспаривается) святой Ѳома заявляетъ, что противъ чрезмѣрной тираніи возстаніе дозволено, но что ученіе, полагающее, будто храбрый человѣкъ можетъ убить тирана, не является апостолическимъ, такъ какъ св. Петръ учитъ, что подобаетъ повиноваться не только добрымъ и простымъ владыкамъ, но и злымъ. Въ *Богословской суммѣ*, въ которой очень опредѣленно выражено право на сопротивленіе (см. ниже и § 11), мы не находимъ слова тираноубійство. Не точно заключеніе изъ одного мѣста въ *Комментаріяхъ на изреченія Пьера Ломбарда* (кн. II, разд. 44, вопр. 2, ст. 2), что св. Ѳома допускалъ тираноубійство. Вотъ этотъ

---

[1]) *Polycraticus*, l. III, c. 15 и l. VIII, c. 17 и 20.

текстъ: «Слѣдуетъ сказать, что Цицеронъ говоритъ (*De officiis*, l. III, c. 6) о случаѣ, когда кто-нибудь насиліемъ овладѣлъ властью, когда онъ силою вырвалъ согласіе подданныхъ и когда нѣтъ прибѣжища къ высшей власти, которая могла бы судить узурпатора. Тогда, дѣйствительно, тотъ, кто, съ цѣлью освободить свое отечество, убьетъ тирана, получаетъ похвалу и вознагражденіе». Вотъ разсужденіе св. Ѳомы: чтобы защитить тираноубійство, ссылаются на текстъ Цицерона; но этотъ текстъ предвидитъ только случай, когда тиранъ силою завладѣлъ властью, и въ этомъ случаѣ св. Ѳома констатируетъ общее чувство удивленія, которое испытываютъ по отношенію къ убійцѣ, но не выражаетъ своего личнаго мнѣнія. Доктрина тираноубійства была снова принята Жаномъ Пети въ рѣчи, произнесенной имъ 8 марта 1408, въ которой онъ сдѣлалъ апологію убійства герцога орлеанскаго герцогомъ бургундскимъ Іоанномъ Безстрашнымъ. Доктрина, на которую напалъ Жерсонъ въ Констанцѣ, въ 1415 г., была предана анаѳемѣ соборомъ.

Доктрина тираноубійства особенно поддерживалась католиками-демагогами, принадлежавшими къ Лигѣ, и особенно Буше, въ *De justa abdicatione Henrici III*, 1589, которое было въ нѣкоторомъ родѣ руководствомъ совершеннаго лигёра: тиранъ-узурпаторъ можетъ быть убитъ какъ общественной властью, такъ и рукою частныхъ лицъ; тиранъ, обладающій законно властью, въ случаѣ злоупотребленія ею противъ частныхъ лицъ можетъ быть убитъ только общественною властью; тиранъ, злоупотребляющій властью въ ущербъ общаго интереса, можетъ быть убитъ какъ общественною властью, такъ и частнымъ лицомъ. Книга содержитъ пламенную апологію Жака Клемена, убійцы Генриха III [1]).

У только что цитированнаго писателя доктрина тираноубійства была орудіемъ политической и религіозной войны; у Маріаны она является теоретическимъ и обдуманнымъ ученіемъ. Онъ изложилъ ее въ книгѣ *De rege et regis institutione*, 1603. Власть царя имѣетъ свой источникъ въ народѣ; безъ его согласія она незаконна. Государство должно всегда сохранить за собою право принудить и наказать дурного князя. Но если

---

[1]) Ср. Labitte, *La democratie chez les prédicateurs de la Ligue*, 2 изд., 1865 г.

народъ совершенно угнетенъ, то, такъ какъ нужно порочному князю наказаніе, остается тираноубійство; тиранъ есть дикій звѣрь, все предающій огню и крови; если дѣло идетъ о тиранѣ-узурпаторѣ, то право всякаго лица убить его неоспоримо; если дѣло идетъ о законномъ князѣ, сдѣлавшемся тираномъ, то слѣдуетъ его предупредить сначала; если же онъ упорствуетъ, то народъ долженъ отнять у него власть и осудить его за это, и разъ рѣшеніе вынесено, право убить его принадлежитъ каждому частному лицу [1]).

Что касается сопротивленія насилію, то у католическихъ богослововъ является постоянною традиціей признавать его законнымъ. Они различаютъ *пассивное* сопротивленіе, *оборонительное* сопротивленіе и сопротивленіе *наступательное*. *Пассивное* сопротивленіе состоитъ въ невыполненіи закона, противнаго праву, или незаконнаго акта, пока нѣтъ насильственнаго присужденія выполнять его. Мы читаемъ въ энцикликѣ *Libertas* (20 іюня 1888) Льва XIII: „Verum ubi imperandi jus abest vel si quidquam praecipiatur rationi, legi aeternae, imperio Dei contrarium, rectum est non parere scilicet hominibus, ut Deo pareatur; at vero cum quidquam oraecipitur quod cum divina voluntate aperte discreperet, tum longe ab illo modo disceditur, simulque cum auctoritate divina confligitur: ergo rectum est non parere“ [2]). Что касается до *оборонительнаго* сопротивленія, то оно состоитъ въпротивопоставленіи силы силѣ,когда суверенъ хочетъ заставить исполнять несправедливый законъ или исполнять актъ,противный законамъ.Всѣ богословы допускали законность оборонительнаго сопротивленія; это законная оборона; оно— естественное право. Жерсонъ, въ XV вѣкѣ, писалъ: «Et si subditos manifeste et cum obstinatione in injuria et de facto prosequatur principis, tunc regula haec naturalis, vim vi repellere licet, locum habet» [3]).

---

[1]) См. особенно *De rege et regis institutione*, l. I, c. 6 и 7; ср. Cirot, *Mariana*, 1905; Douarche, *De tyrannicido apud scriptores XVI seculi* (thèse), 1888.

[2]) Ср. Saint Thomas, *Somme theologique*, II, 2-e partie, quart. 116, ст. 4, изд. Lachat-Vivès, VI, стр. 381.

[3]) *Contra adulatores principium*, Consid. 7. Ср. развитіе этой идеи у кардинала Ziglaria, *Summa philosophica*, 4 изд., Lyon, 1882, III, стр. 266—267.

Что касается *наступательнаго* сопротивленія, то это—возстаніе, мятежъ съ цѣлью силою принудить правительство отмѣнить несправедливые законы, имъ изданные, или незаконныя рѣшенія, имъ принятыя, и даже съ цѣлью низвергнуть правительство. Начиная со св. Ѳомы, всѣ богословы признаютъ это право на возстаніе, но только какъ *ultimum remedium*; они совѣтуютъ пользоваться имъ съ большимъ благоразуміемъ, хорошо взвѣшивая, не рискуетъ ли это возстаніе усилить зло, вмѣсто того, чтобы его облегчить. Съ этою оговоркою, принципъ не подлежитъ сомнѣнію. Естественно, св. Ѳома ставитъ и обсуждаетъ вопросъ въ теологической формѣ: есть ли мятежъ грѣхъ, спрашиваетъ онъ; да, отвѣчаетъ онъ, въ принципѣ, такъ какъ онъ противится миру и единству народа. Но тѣ, кто защищаетъ общее благо, кто противится мятежу, тѣ не являются мятежниками. Когда же правительство тираническое, когда оно издаетъ несправедливые законы, какова бы ни была при этомъ форма правительства, или когда люди овладѣли властью насильственно, то въ этомъ случаѣ именно держащіе власть являются мятежниками, потому что именно они нарушаютъ общественный миръ; слѣдовательно, имъ можно сопротивляться, и стремиться отнять у нихъ власть не значитъ быть мятежникомъ, не значитъ совершать грѣхъ. И св. Ѳома заключаетъ слѣдующими сильными словами: „Magis autem tyrannus seditiosus est, qui in populo sibi subjecto discordias et seditiones nutrit, ut citius dominari possit“. Въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, возстаніе дозволено, „если только, говоритъ св. Ѳома, вслѣдствіе его не послѣдуетъ столь глубокая пертурбація, что народъ будетъ страдать отъ нея еще болѣе, чѣмъ онъ страдалъ бы отъ тираническаго режима“ [1]).

---

[1]) Saint Thomas, *Somme théologique*, II, 2 partie, quest. 42, art. 2, изд. Lachat Vivès, VIII, стр. 200. Ср. *De regimine principum* (подлинность спорна), l. i., c. 5 и 6. См. по этимъ вопросамъ Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, стр. 16 и сл.; Vareilles-Sommières, *Principes fondamentaux du droit*, стр. 154; Mgr d'Hults, *La morale du citogen*, 1895, стр. 49, 53; Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique*, 1888, гдѣ собраны главные тексты; Montagne, *Revue thomiste*, janvier 1901, стр. 631, juillet 1901, стр. 322 и janvier 1902, стр. 674.

Въ XVI вѣкѣ, послѣ Варѳоломеевской ночи, протестантскіе писатели опредѣленно высказались за право возстанія. Въ памфлетѣ *Vindiciae contra tyrannos* (Edimbourg, 1579), приписываемомъ Дюплесси-Морнэ, авторъ очень опредѣленно утверждаетъ право народа отказать въ повиновеніи князю, который нарушаетъ свои обязанности по отношенію къ Богу и по отношенію къ народу, и даже его низвергнуть; вся доктрина автора покоится на идеѣ договора, существующаго между королемъ и народомъ. Если король нарушаетъ свои обязанности по отношенію къ Богу или къ народу, этотъ послѣдній освобождается отъ повиновенія. Народъ, подъ предводительствомъ своихъ магистратовъ, можетъ въ этомъ случаѣ составить заговоръ, чтобы ниспровергнуть князя. Авторъ прибавляетъ: „Если тиранъ настолько силенъ, что его можно ниспровергнуть только силою оружія, представители народа могутъ побудить народъ взять оружіе и употребить всякій способъ силы или хитрости противъ того, который почитается врагомъ отечества и республики“. Но авторъ отвергаетъ тираноубійство въ собственномъ смыслѣ слова.

Небольшая книга, появившаяся въ 1574 г., подъ заглавіемъ *Du droit magistrats sur leurs sujets* (долгое время неизвѣстный авторъ, который есть Теодоръ Безъ) содержитъ аналогичную доктрину [1]). Авторъ допускаетъ даже тираноубійство, когда дѣло идетъ о тиранѣ безъ титула. «Я не могу считать хорошими мнѣнія тѣхъ, кто безъ всякаго различія и исключенія осуждаетъ всѣхъ тираноубійцъ» [2]).

Въ XVII вѣкѣ Жюрьё допускаетъ сопротивленіе насилію. «Благополучіе и сохраненіе народа—верховный законъ. Слѣдовательно, мы должны соображаться въ повиновеніи, должномъ суверенамъ, съ тѣмъ, что служитъ сохраненію обще-

---

[1]) Она напечатана въ *Mémoires de l'Etat de France sous Charles* IX, 1577.

[2]) *Mémoires de l'Etat de France*, II, стр. 743. О политическихъ доктринахъ протестантскихъ писателей конца XVI вѣка см. H. Lureau, *Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français de la seconde moitie du XVI siècle*, 1900; Méaly, *Les publicistes de la Réforme sous François II et Charles IX*, 1903.

ства, и можемъ сопротивляться тому, кто его разрушаетъ» [1]). Но Жюрьё всегда очень опредѣленно выражалъ свое отвращеніе къ тираноубійству [2]).

Въ концѣ XVII вѣка Локкъ, отвѣчая Фильмеру и его ученикамъ, создалъ настоящую теорію революціи. Онъ пришелъ къ признанію права индивидовъ низвергать правительство, превышающее свои полномочія. «Если,—говоритъ онъ,—несправедливое поведеніе князя или должностного лица распространилось на очень большое число членовъ общества и захватило народъ въ цѣломъ, или если несправедливость и угнетеніе хотя и распростерлись не на многихъ лицъ, но въ отношеніи нѣкоторыхъ вещей, которыя имѣютъ величайшую важность, такъ что всѣ приходятъ къ тому внутреннему убѣжденію, что ихъ законъ, ихъ имущество, ихъ свободы, ихъ жизни находятся въ опасности, и, можетъ-быть, даже ихъ религія, то я не рѣшился бы сказать, что эти лица не должны воспротивиться столь недозволенной силѣ, которой пользуются противъ нихъ... Когда законодатели стараются похитить и разрушить то, что принадлежитъ народу, какъ собственность, или привести его въ рабское состояніе произвольною властью, они становятся на военное положеніе съ народомъ, который съ этого момента освобождается отъ всякаго повиновенія имъ... Слѣдовательно, всякій разъ, какъ законодательная власть нарушаетъ это основное правило общества..., чрезъ эту брешь, которую она дѣлаетъ въ своемъ кредитѣ и въ довѣріи, которое имѣли по отношенію къ нему, *она вполнѣ теряетъ власть*, которую народъ вручилъ ей для цѣлей, діаметрально противоположныхъ тѣмъ, которыя она себѣ ставитъ, и которая переходитъ къ народу, который имѣетъ право снова получить свою первоначальную свободу... позаботиться о своемъ собственномъ сохраненіи и о своей собственной безопасности» [3])... Важно замѣтить, что Локкъ утверждаетъ право на сопротивленіе и на возстаніе не только по отношенію къ королю, но также

---

[1]) *Lettres postorales*, 3 изд., 1688, 17 письмо, стр. 598.

[2]) О Жюрье см. прекрасную работу R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu*, thèse, Bordeaux, 1904.

[3]) Locke, *Du gouvernement civil*, гл. 17, § 11, гл. 18, § 13 и 14, франц. изд. Amsterdam, 1691, стр. 269 и 285.

и по отношенію къ законодателю, представителю народа, который связанъ, какъ и самъ король, высшими законами. Такимъ образомъ, Локкъ отрицаетъ всемогущество закона, которое явится впослѣдствіи доктриной Ж.-Ж. Руссо. Этотъ послѣдній не можетъ допустить сопротивленія насилію противъ законодателя, такъ какъ законодатель есть сама коллективность; коллективность не можетъ возстать противъ самой себя; она, впрочемъ, не можетъ нарушить права, такъ какъ она не можетъ ничего сдѣлать противъ самой себя (*Contrat social*, l. I, c. 2). Это чистый абсолютизмъ; и доктрины *Общественнаго договора* заключаютъ отрицаніе сопротивленія меньшинства насилію большинства. Именно это имѣлъ въ виду Бенжаменъ Констанъ, когда онъ такъ правильно писалъ: «Я не знаю никакой системы рабства, которая освящала бы болѣе пагубныя ошибки, чѣмъ вѣчная метафизика *Общественнаго договора*» [1]).

Слѣдовательно, не въ *Общественномъ договорѣ*, а въ *Трактатѣ о гражданскомъ правительствѣ* Локка должно искать идей, вдохновившихъ наши декларації правъ, провозгласившія право на сопротивленіе насилію.

Какъ ставится вопросъ въ настоящее время? Для тираноубійства рѣшеніе не представляетъ сомнѣній. Никто не имѣетъ право причинять смерть другому. Политическое убійство всегда останется убійствомъ. Что касается до сопротивленія насилію, то слѣдуетъ различать три традиціонныхъ вида: *пассивное* сопротивленіе, *оборонительное* сопротивленіе и *наступательное* сопротивленіе. Нѣтъ сомнѣнія, что всякій индивидъ имѣетъ право сопротивляться примѣненію всякаго закона, противнаго праву, или всякому акту, противному закону, выполняя предписанія лишь въ случаѣ принужденія, примѣняемаго противъ него, даже протестуя противъ того, что онъ считаетъ нарушеніемъ права, и заявляя, что уступитъ лишь

---

[1]) *Cours de politique constitutionnelle*, I, 1819, стр. 329.

матеріальному принужденію и послѣ того, какъ употребитъ всѣ способы обжалованія, которые законъ даетъ ему въ его распоряженіе. Понятое такимъ образомъ право пассивнаго сопротивленія никогда не оспаривалось и не можетъ быть оспариваемо. Каждому надлежитъ оцѣнивать по совѣсти, долженъ ли онъ добровольно подчиняться тому или другому акту власти, или онъ долженъ подчиняться только подъ давленіемъ принужденія. Законъ, въ силу одного того, что онъ законъ, не является абсолютной истиной. Требовать отъ всѣхъ пассивнаго повиновенія закону—значитъ желать сдѣлать народъ рабами. Повиновеніе закону есть общественная необходимость; но каждый свободенъ оцѣнивать цѣнность закона и дѣлать все, что онъ сможетъ, не прибѣгая къ насилію, чтобы устраниться отъ выполненія закона, который онъ считаетъ противнымъ праву, а также и отъ выполненія акта, который онъ считаетъ противнымъ закону.

Бенжаменъ Констанъ вполнѣ справедливо сказалъ: «Повиновеніе закону есть обязанность; но, какъ всѣ обязанности, оно не абсолютно, а относительно; оно покоится на предположеніи, что законъ исходитъ изъ законнаго источника и заключается въ справедливыхъ границахъ. Эта обязанность не прекращаетъ своей силы, пока законъ не отклоняется отъ этой нормы лишь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ; мы должны многимъ жертвовать общественному спокойствію... Но никакая обязанность не связываетъ насъ по отношенію къ такимъ законамъ, какіе издавали, напр., въ 1793 г. и даже позже, и порочное вліяніе которыхъ угрожаетъ наиболѣе благороднымъ сторонамъ нашего существованія» [1]).

Законно ли *оборонительное* сопротивленіе? Вопросъ здѣсь болѣе деликатенъ. Онъ ставится въ томъ слу-

---

[1]) *Cours de politique constitutionnelle*, I, 1819, стр. 211.

чаѣ, когда хотятъ силою воспротивиться исполненію закона, который считаютъ противнымъ праву, или индивидуальному акту, противному закону. Теоретически право оборонительнаго сопротивленія не можетъ быть оспариваемо. Но нѣтъ сомнѣнія, что осуществленіе подобнаго права представляетъ значительныя опасности. Съ трудомъ можно представить себѣ, чтобы то общество могло жить, гдѣ за каждымъ гражданиномъ признали бы право противопоставить силу выполненію закона, который онъ считаетъ противнымъ праву. Неоспоримо, съ другой стороны, что съ точки зрѣнія положительнаго права было бы преступленіе мятежа со стороны индивида, который противопоставилъ бы вооруженное сопротивленіе агенту, который дѣйствуетъ въ границахъ своихъ полномочій, чтобы обезпечить исполненіе закона, даже тогда, когда этотъ законъ былъ бы явно противенъ праву: судъ не могъ бы не осудить его за мятежъ, такъ какъ во Франціи ни одинъ судъ не компетентенъ оцѣнивать конституціонности закона (ср. § 94).

Но индивидъ, разумѣется, имѣетъ право силою воспротивиться индивидуальному акту агента, дѣйствующаго въ нарушеніе закона. Актъ агента въ этомъ случаѣ не имѣетъ законной цѣны; это актъ грубой силы, на которую индивидъ имѣетъ право отвѣтить силою. Въ положительномъ правѣ вопросъ ставится очень опредѣленно слѣдующимъ образомъ: существуетъ ли преступленіе или проступокъ мятежа, согласно ст. 209 уголовнаго кодекса, при сопротивленіи дѣйствіемъ, оказанномъ агенту, дѣйствующему въ нарушеніе закона?

Уголовный кодексъ 1791 г., соотвѣтственно принципу сопротивленія насилію, формулированному въ ст. 2 Декларації правъ, наказывалъ за насильственное сопротивленіе только постольку, поскольку оно оказано было лицу, завѣдующему общественной силой, «дѣйствующему легально въ предѣлахъ своей должности». Нѣкоторые современные законодатели, по примѣру кодекса 1791 г., наличность преступленія мятежа подчинили законности акта, производимаго агентомъ общественной власти. Таковъ именно нѣмецкій, венгерскій итальянскій кодексы. Другіе не даютъ точнаго рѣшенія и требуютъ для наличности мятежа только, чтобы имѣлось насиліе и дѣйствія, направленныя противъ исполненія законовъ и требованій правосудія (франц. кодексъ, ст. 209).

Такъ какъ французскій кодексъ хранитъ на этотъ счетъ молчаніе, то мы, вмѣстѣ съ Гарро, полагаемъ, что «въ случаѣ сопротивленія, оказаннаго путемъ насильственныхъ дѣйствій, противъ незаконнаго акта, нѣтъ мятежа» [1]). Ученый авторъ вполнѣ справедливо говоритъ: «Преступность мятежа составляютъ неповиновеніе и презрѣніе къ закону; насиліе противъ агентовъ власти есть внѣшнее средство, въ которомъ выражается это неповиновеніе и это презрѣніе. Когда же государственный чиновникъ, выходя изъ компетенціи своей должности или злоупотребляя ею, не выполняетъ закона, то онъ совершаетъ актъ произвола въ ущербъ гражданину, и этотъ послѣдній, сопротивляясь ему, противится не *исполненію*, а *нарушенію* закона. Не только это сопротивленіе перестать быть преступнымъ, но оно даже дѣлается законнымъ... Нападеніе или насильственное сопротивленіе съ цѣлью помѣшать исполненію закона или приказа власти, таковъ существенный элементъ преступленія мятежа; тотъ же, кто противится произвольному акту, не имѣетъ намѣренія воспротивиться исполненію закона, такъ какъ онъ сопротивляется именно потому, что законъ не исполняется» [2]).

Гарро, чтобы привести свою доктрину въ согласіе съ судебной практикой, вноситъ въ нее ограниченіе. Онъ полагаетъ, что относительно агентовъ власти должна существо-

---

[1]) Garraud, *Droit pénal*, 2 изд., 1898, I, стр. 580.

[2]) *Garraud, op. cit*, I, стр. 580—581.

вать презумпція о законности ихъ дѣйствій, и что поэтому, если частное лицо имѣетъ дѣло съ чиновникомъ, дѣйствующимъ въ предѣлахъ своихъ полномочій, съ мандатомъ, подтверждающимъ это, всякое сопротивленіе насильственными дѣйствіями будетъ мятежомъ, даже въ томъ случаѣ, если будетъ совершенъ незаконный актъ, и, наоборотъ, преступленіе мятежа отсутствуетъ тогда, когда агентъ дѣйствуетъ внѣ компетенціи своей должности, или безъ мандата, или совершаетъ актъ, запрещенный ему закономъ. Мы не допускаемъ подобнаго ограниченія и полагаемъ, что никогда нѣтъ мятежа въ насиліи, направленномъ противъ агента, дѣйствующаго въ нарушеніе закона. Въ этомъ можетъ быть другое правонарушеніе (напр., убійство, побои и раны), но нѣтъ мятежа.

Аналогичный вопросъ поставленъ былъ относительно преступленія взлома печатей, предусмотрѣннаго ст. 249 уголовнаго кодекса. Ср. Cass. crim., 28 ноября 1902, 26 дек. 1902 и 2 янв. 1903, изъ каковыхъ постановленій, повидимому, вытекаетъ, что преступленіе взлома печатей существуетъ независимо отъ того, правильно ли были наложены печати. Ср, въ S. 1904, I, стр. 57 длинное и интересное примѣчаніе Шавегрена, разсматривающаго весь вопросъ объ оборонительномъ сопротивленіи и вполнѣ правильно заключающаго: «Однимъ словомъ, необходимость національной дисциплины не должна заставлять забыть потребность въ гарантіяхъ для индивидовъ, и существуютъ крайніе случаи, гдѣ эти гарантіи требуютъ употребленія насилія» [1]).

Остается вопросъ объ *наступательномъ* сопротивленіи или о правѣ возстанія. Здѣсь также теоретически вопросъ не представляетъ сомнѣній. Всякое прави-

---

[1]) По вопросу о законности административныхъ печатей, наложенныхъ на помѣщенія, занимаемыми конгрегаціонистами, см. Cons. d'Etat, 19 февр. 1904 (*Rec.*, стр. 131), признающаго ее, и очень справедливую критику Бертелеми противъ этого рѣшенія и заключенія, развитыя въ томъ же смыслѣ Ромье предъ трибуналомъ конфликтовъ, 6 дек. 1902 (*Droit administratif*, 4 éd., 1906, стр. 320 и *Revue du droit public*, 1904, стр. 318).

тельство (мы разумѣемъ совокупность властей, находящихся во главѣ государства), которое постоянно издаетъ законы, нарушающіе высшее право, обязательное для государства, которое совершаетъ или даетъ возможность совершать произвольные акты, нарушающіе существующіе законы, является тираническимъ правительствомъ, не выполняющимъ своей миссіи, и народъ, совершающій революціи, чтобы ниспровергнуть его, совершаетъ, разумѣется, законный актъ. Нельзя также отрицать, что въ исторіи были законныя революціи. Но мы согласны, что на практикѣ осуществленіе подобнаго права представляетъ большія опасности. Всѣ политическіе философы, признававшіе, начиная съ св. Ѳомы до Локка, право на возстаніе, понимали эти опасности и рекомендовали пользоваться этимъ средствомъ съ чрезвычайнымъ благоразуміемъ. Ясно, кромѣ того, что вопросъ о законности возстанія никогда не можетъ быть поставленъ въ положительномъ правѣ предъ судомъ. Если восторжествуетъ возстаніе, правительство, которое выйдетъ изъ него, не станетъ, разумѣется, преслѣдовать за покушеніе на государственную безопасность или за заговоръ тѣхъ, кому оно обязано своею властью; а если возстаніе терпитъ неудачу, то не будетъ ни одного суда, который осмѣлился бы заявить, что не было заговора или покушеніи на государственную безопасность потому, что правительство было тираническимъ, или потому, что намѣреніе его низвергнуть было законнымъ.

Право возстанія, неоспоримое въ теоріи, de facto лишено дѣйствительности. Конституціонный законъ страны не можетъ его признать, не бросивши въ страну сѣмянъ анархіи. Именно это заставило

сказать Буасси д'Англасъ, что конституція 1793 г. «организовала анархію» [1]).

Отсюда вытекаетъ для государства строгая обязанность организовать политическія власти такъ, чтобы до минимума была сведена опасность того, что представители государства будутъ принимать произвольныя рѣшенія, издавать законы, противные праву, предписывать и допускать индивидуальные акты, противные законамъ.

---

[1]) *Rapport sur la constitution de l'an III*, *Moniteur*, réimpression, XXV, стр. 81.

КОМИССІЯ ПО ОРГАНИЗАЦІИ ДОМАШНЯГО ЧТЕНІЯ,

СОСТОЯЩАЯ ПРИ УЧЕБНОМЪ ОТДѢЛѢ ОБЩЕСТВА РАСПРОСТРАНЕНІЯ ТЕХНИЧЕСКИХЪ ЗНАНІЙ.

Москва, Маросейка, М. Успенскій пер., домъ № 3. Телеф. 136-27.

Правила для сношеній читателей съ Комиссіей при занятіяхъ по программамъ систематическаго курса.

I. Для отдѣльныхъ лицъ.

1) Читатели могутъ пользоваться руководствомъ при занятіяхъ систематическими программами Комиссіи, обращаясь къ Комиссіи за разъясненіемъ встрѣтившихся при чтеніи недоразумѣній и вопросовъ; на отвѣтъ должна быть *прилагаема почтовая марка.*

2) Желающіе пользоваться указаніями Комиссіи въ означенныхъ предѣлахъ уплачиваютъ по 2 рубля за годичный курсъ по каждому изъ слѣдующихъ семи отдѣловъ: науки математическія, физико-химическія, біологическія, философскія, общественно-юридическія, исторія и исторія литературы. Читатели, выбирающіе какую-либо часть одного изъ перечисленныхъ семи отдѣловъ (напримѣръ, астрономію, общую физіологію, русскую исторію, гражданское право и т. п.), платятъ за руководство по 1 р.

Нормой времени для прохожденія отдѣла принято 4 годичныхъ курса, при чемъ теченіе каждаго годичнаго срока считается съ мѣсяца записи въ число читателей. Читателю, не успѣвшему къ сроку закончить прохожденіе назначенной на 1 годъ части курса и сообщившему въ концѣ годового срока Комиссіи о ходѣ своихъ занятій, срокъ можетъ быть продолженъ безъ новаго взноса.

Примѣчаніе. Лица, не могущія уплачивать означенныхъ взносовъ по недостатку средствъ, могутъ быть освобождаемы отъ платы за пользованіе руководствомъ Комиссіи, по представленіи объясненій о своемъ имущественномъ положеніи.

3) Для большей успѣшности руководства занимающіеся приглашаются сообщать, кромѣ своего имени и адреса [1]), съ обозначеніемъ отдѣла или отдѣловъ, по которымъ они хотятъ заниматься: a) возрастъ, b) какое и гдѣ получили образованіе, c) званіе или сословное положеніе, d) главное занятіе, e) знаютъ ли иностранные языки и какіе и проч.

4) Комиссія предлагаетъ лицамъ, занимающимся подъ ея руководствомъ, слѣдующія льготныя условія по пріобрѣтенію книгъ чрезъ ея посредство:

a) Комиссія принимаетъ на себя порученія по покупкѣ всѣхъ книгъ, указанныхъ въ Программахъ (какъ необходимыхъ, такъ и рекомендуемыхъ и справочныхъ) и находящихся въ продажѣ, съ уплатой *въ разсрочку.* При покупкѣ книгъ, отмѣченныхъ въ Программахъ звѣздочкой, нужно высылать при заказѣ не менѣе 30% ихъ стоимости, а при покупкѣ прочихъ—не менѣе 80%. При этомъ читатели пользуются уступкой съ номинальной стоимости книгъ въ такомъ размѣрѣ, какой условленъ Комиссіей съ различными книгопродавцами (московскіе читатели—не болѣе 10%).

b) Книги, отмѣченныя въ Программахъ звѣздочкой, читатели могутъ возвращать по минованіи надобности, *получая обратно* стоимость книгъ, за вычетомъ по 5% съ ихъ *номинальной цѣны* за каждый мѣсяцъ, въ теченіе котораго книга находилась у читателя; такимъ образомъ, книга, стоящая 1 рубль, по истеченіи мѣсяца со дня полученія ея читателемъ принимается обратно за 95 коп., по истеченіи 2 мѣс.—за 90 коп. и т. д. По истеченіи 20 мѣсяцевъ книга обратно не принимается.

c) По желанію книги могутъ быть высылаемы въ переплетахъ; стоимость переплетовъ—20 или 25 коп. При выпискѣ книгъ необходимо отмѣчать, какія должны быть въ переплетахъ. *Съ правомъ обратнаго возвращенія высылаются только переплетенныя книги.*

Примѣчаніе. Теченіе сроковъ начинается съ 1 и 15 чиселъ, слѣдующихъ за высылкой книгъ читателямъ. *Всѣ почтовые расходы по пересылкѣ книгъ должны быть оплачиваемы читателями.* Книги должны быть возвращаемы назадъ въ полной исправности и безъ помарокъ, съ указаніемъ фамиліи и адреса лица, которое возвращаетъ книги.

---

[1]) Въ случаѣ *перемѣны мѣста жительства* нужно немедленно сообщать Комиссіи новый адресъ.

5) Въ промежутокъ отъ 15 мая до 15 сентября прекращаются письменныя сношенія Комиссіи съ читателями, касающіяся руководства занятіями, всякаго рода разъясненій и т. п. Прочія же сношенія (запись въ число читателей, высылка книгъ, полученіе ихъ отъ читателей обратно и т. п.) продолжаются *круглый годъ*.

6) Чрезъ посредство Комиссіи читатели могутъ пріобрѣтать лишь книги, указанныя въ Программахъ того курса (а московскіе читатели — того курса и отдѣла), на руководство по которому они записались.

II. Для группъ.

Независимо отъ изложеннаго порядка содѣйствія со стороны Комиссіи по пріобрѣтенію книгъ читателями, Комиссія находитъ возможнымъ, для удобства и въ интересахъ занимающихся подъ ея руководствомъ лицъ, составлять и высылать имъ тотъ или другой подборъ указанныхъ въ ея Программахъ книгъ на слѣдующихъ установленныхъ условіяхъ:

1) Книги выбираются или по усмотрѣнію Комиссіи, или по желанію занимающихся подъ ея руководствомъ читателей. Въ послѣднемъ случаѣ Комиссія оставляетъ за собой право ограниченія такого выбора.

2) Книги отпускаются и обратно принимаются Комиссіей не иначе, какъ безъ помарокъ и переплетенными.

3) Книги высылаются по требованію не отдѣльнаго лица, а лишь группы лицъ, занимающихся (хотя бы и по различнымъ отдѣламъ) подъ руководствомъ Комиссіи, которая всѣ сношенія съ означенной группой ведетъ чрезъ одно лицо, входящее въ составъ группы и несущее всю отвѣтственность за группу въ ея обязательствахъ предъ Комиссіей.

4) Всѣ расходы по пересылкѣ книгъ означенная группа принимаетъ на себя.

5) Высылаемыя Комиссіей книги считаются купленными поименно извѣстными ей читателями, составляющими группу; при покупкѣ читатели уплачиваютъ 20% номинальной стоимости книгъ въ видѣ задатка.

6) Книги могутъ быть возвращены Комиссіи, которая обязывается въ этомъ случаѣ возвратить задатокъ, удержавъ изъ него лишь то, что причтется за книги испорченныя или невозвращенныя и, сверхъ того, за каждый мѣсяцъ пользованія 2% съ общей номинальной стоимости забранныхъ книгъ въ погашеніе расходовъ Комиссіи. Сумму, превышающую размѣръ задатка, лица, пользовавшіяся книгами, обязаны уплатить Комиссіи.

7) Удерживать книги разрѣшается не долѣе 6 мѣсяцевъ со дня ихъ полученія, при чемъ, однако, лица, желающія пользоваться ими болѣе продолжительное время, могутъ ходатайствовать объ этомъ предъ Комиссіей. Въ противномъ случаѣ книги считаются окончательно купленными, и лица, удержавшія ихъ для себя, должны немедленно же по истеченіи означенныхъ 6 мѣсяцевъ пользованія ими произвести окончательный расчетъ съ Комиссіей, при чемъ Комиссія дѣлаетъ съ номинальной стоимости книгъ ту скидку, какая условлена съ книжными магазинами, доставляющими книги.

Издавъ четыре выпуска программъ для четырехгодичнаго систематическаго курса наукъ, Комиссія намѣрена выпускать серіи **эпизодическихъ** программъ по отдѣльнымъ вопросамъ различныхъ наукъ съ цѣлью руководства занятіями по этимъ программамъ. Желающіе пользоваться руководствомъ по какой-либо эпизодической программѣ увѣдомляютъ о томъ Комиссію по означенному выше адресу, сообщая: 1) свою фамилію, имя и отчество, 2) точный адресъ, 3) возрастъ, 4) родъ занятій, 5) мѣсто окончанія или прохожденія учебнаго курса или степень домашней подготовки. По полученіи отъ Комиссіи извѣщенія, что руководство для нихъ открыто, они вносятъ плату за руководство въ размѣрѣ, указанномъ особо для каждой программы (отъ 1 р. до 5 р.), и затѣмъ благоволятъ присылать въ Комиссію письменныя работы на предложенныя въ программѣ темы для отзыва въ указанномъ въ программѣ порядкѣ, а равно и отдѣльные запросы въ связи съ занятіями по этимъ темамъ. По полученіи первой работы, Комиссія оставляетъ за собой право измѣнить планъ и порядокъ занятій, намѣченный въ программѣ, примѣнительно къ обнаруженной въ работѣ степени подготовленности. При несогласіи подписчика на это измѣненіе внесенная имъ плата подлежитъ возвращенію. При каждомъ запросѣ и работѣ прилагается на отвѣтъ 7-коп. марка. Дальнѣйшія подробности о ходѣ руководства означены **особо для каждой программы** въ концѣ листка.

Желающіе подписчики могутъ получать чрезъ посредство Комиссіи указанныя въ программахъ книги по номинальной ихъ стоимости, оплачивая почтовые расходы по ихъ пересылкѣ. Книги могутъ быть возвращены въ Комиссію, при чемъ за мѣсячное пользованіе удерживается 5% съ номинальной стоимости книги.





ЛЕОНЪ ДЮГИ

КОНСТИТУЦІОННОЕ ПРАВО

ЦѢНА 3 Р. 25 К.