Проф. Л. С. Таль.

ПРОВЕРЕНО

КОНЦЕССІОННЫЕ ДОГОВОРЫ

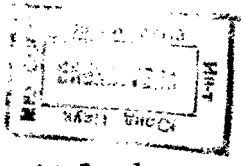
ГОРОДСКИХЪ

ОБЩЕСТВЕННЫХЪ УПРАВЛЕНІЙ.

1999

ПЕТРОГРАДЪ.
Типографія т-ва „Общественная Польза", Б. Подъяческая, 39.
1915.

1917 г.



10851

БИБЛИОТЕКА
Всесоюзного
научно-исследовательского ин-та
Советского законодательства

Концессіонные договоры городскихъ общественныхъ управленій.

Договоры городскихъ общественныхъ управленій съ обществами конно-желѣзныхъ или трамвайныхъ дорогъ, электрическаго освѣщенія, вообще съ частными предпринимателями, привлекаемыми къ отправленію хозяйственной дѣятельности, входящей въ кругъ вѣдомства городского самоуправленія, принято у насъ называть «основными» или «нормальными». Юристу эти названія ничего не говорятъ, такъ какъ они не юридическіе термины. Смыслъ ихъ, повидимому, можетъ быть либо тотъ, что договоръ предназначенъ служить образцомъ для однородныхъ сдѣлокъ города (рѣш. гр. касс. деп. 1912 г. № 129), либо, что онъ содержитъ основанія или нормы для будущихъ договоровъ, заключаемыхъ концессіонеромъ съ обывателями, пользующимися услугами его предпріятія.

Общепринятый юридическій терминъ для обозначенія подтипныхъ сдѣлокъ—«концессіонный договоръ». Но и онъ указываетъ лишь на то, что въ данномъ случаѣ органъ власс, даетъ частному лицу «концессію», т. е. дозволяетъ ему нѣчто недоступное всѣмъ и каждому на общемъ основаніи. Этимъ еще не разрѣшается вопросъ объ ихъ юридической природѣ такъ какъ выдача концессіи можетъ быть самостоятельнымъ актомъ, сопровождающимъ ихъ заключеніе. Но, если даже она и входитъ въ составъ концессіоннаго договора, то во всякомъ случаѣ не исчерпываетъ его содержанія, ибо выдача концессіи—односторонній актъ власти, а рѣчь идетъ о договорѣ.

Ни въ наукѣ, ни въ законодательствѣ мы не находимъ общей юридической категоріи «концессіонныхъ договоровъ», природу которыхъ можно было бы считать болѣе или менѣе

выясненною и установленною. Передъ нами не разновидность общеизвѣстнаго правового типа, а сложившееся въ современномъ правовомъ быту своеобразное явленіе, юридическая сущность котораго можетъ быть опредѣлена лишь послѣ выясненія его бытовыхъ особенностей и значенія типичныхъ элементовъ его состава съ точки зрѣнія теоріи и дѣйствующаго права.

Бытовая сторона концессіонныхъ договоровъ отличается необыкновенною сложностью. Частнохозяйственное предпріятіе тутъ привлекается къ дѣятельности, направленной на планомѣрное удовлетвореніе насущныхъ потребностей обывателей и составляющей прямую задачу городского самоуправленія. Послѣднее при этомъ преслѣдуетъ общественныя, а не узкохозяйственныя цѣли. Оно дѣйствуетъ въ интересахъ обывателей, въ качествѣ учрежденія, которому ввѣрено попеченіе объ его пользахъ и нуждахъ. Концессіонеръ, наоборотъ, руководствуется исключительно спекулятивными соображеніями, стремленіемъ къ наживѣ. Его конечная цѣль—извлеченіе возможно большей прибыли на затрачиваемый имъ капиталъ. Между общественнымъ учрежденіемъ и частными предпринимателями устанавливается длительное сотрудничество [1]), которое должно одновременно выполнять три разнородныя задачи: организацію одной изъ функцій или одного изъ видовъ *общественнаго служенія*, лежащаго на городскомъ управленіи; какъ государственномъ учрежденіи, доставленіе концессіонеру, въ качествѣ частнохозяйственнаго предпринимателя, прибыли на капиталъ, потраченный имъ на эту организацію; наконецъ, удовлетвореніе опредѣленныхъ нуждъ городскихъ обывателей въ формахъ и на началахъ, наиболѣе соотвѣтствующихъ ихъ интересамъ. Оно, слѣдовательно, служитъ одновременно цѣлямъ городского управленія, концессіонера и обывателей. Юридическій актъ, на которомъ покоится это сотрудничество, долженъ, не стѣсняя городского управленія въ посильномъ осуществленіи возложенныхъ на него государственныхъ задачъ, создать правовыя гарантіи, безъ которыхъ концессіонеръ не станетъ

1) Какъ „сотрудничество“ изображаетъ отношеніе между концедентомъ и концессіонеромъ *Rolland* въ Revue du droit public 1909 г., стр. 520 сл., *Freund* въ Deutsche Juristenzeitung за 1911 г., стр. 1173. Послѣдній усматриваетъ тутъ нарождающуюся новую форму хозяйственныхъ предпріятій

рисковать своимъ капиталомъ, и въ то же время обезпечить интересы обывателя.

Разнообразію практическихъ цѣлей концессіоннаго договора соотвѣтствуетъ такое же разнообразіе его юридическаго состава, т. е. тѣхъ элементовъ, съ которыми связываются правовыя послѣдствія. Оно еще увеличивается тѣмъ, что городское управленіе совмѣщаетъ въ себѣ свойства органа власти и юридическаго лица и можетъ совершать юридическія дѣйствія въ томъ и другомъ качествѣ. Организація общественнаго служенія и обезпеченіе интересовъ обывателей несомнѣнно лежатъ въ плоскости публично-правовыхъ функцій, осуществляемыхъ посредствомъ административныхъ актовъ. Наоборотъ, обезпеченіе концессіонеру возможности извлеченія прибыли изъ отправляемой имъ дѣятельности составляетъ имущественный эквивалентъ этой дѣятельности и лежитъ, слѣдовательно, въ плоскости гражданскаго права. Частноправовой характеръ имѣетъ также добровольное принятіе имъ на себя обязанностей какъ по отношенію къ городскому самоуправленію, такъ и къ обывателямъ. Между тѣмъ все вмѣстѣ составляетъ предметъ единаго нераздѣльнаго акта, облеченнаго въ форму соглашенія между городскимъ управленіемъ и концессіонеромъ.

Отнесеніе этого соглашенія къ двухстороннимъ договорамъ гражданскаго права затрудняется тѣмъ, что имъ устанавливается нѣчто большее, чѣмъ индивидуальное правоотношеніе между контрагентами. Концессіоннымъ договоромъ опредѣляется способъ осуществленія городскимъ самоуправленіемъ одной изъ лежащихъ на немъ, какъ государственномъ учрежденіи, задачъ и отводится частному предпріятію опредѣленное правовое положеніе въ организаціи, преслѣдующей общественныя цѣли. Онъ выходитъ изъ предѣловъ индивидуальной имущественной сферы города, какъ юридическаго лица и, слѣдовательно, изъ предѣловъ гражданскаго права.

Тѣмъ же актомъ, далѣе, устанавливается, въ извѣстной мѣрѣ, порядокъ веденія предпріятія концессіонеромъ, насколько отъ этого зависитъ успѣшное выполненіе возложенной на него дѣятельности и ею затрагиваются интересы обывателей. Въ основныхъ или нормальныхъ договорахъ обыкновенно содержатся какъ техническія указанія, обязательныя для концессіонера, такъ и указанія на предѣльныя условія (относительно тарифа,

срока, качества и т. д.), отъ которыхъ онъ при заключеніи договоровъ съ отдѣльными обывателями можетъ отступаться только въ выгодную для нихъ сторону. На Западѣ очень часто тутъ же предусматриваются минимальныя условія будущихъ трудовыхъ договоровъ съ рабочими и служащими, занятыми въ данномъ предпріятіи. Соглашеніе сторонъ такимъ образомъ не только разграничиваетъ имущественныя сферы концедента и концессіонера, а какъ бы инкорпорируетъ частнохозяйственное предпріятіе городскому самоуправленію, устанавливая въ то же время нормы частнаго правопорядка [1]), коимъ должны подчиняться какъ концессіонеръ, такъ и обыватели, обслуживаемые этимъ предпріятіемъ, а иногда также занятые въ немъ рабочіе и служащіе, насколько противное не вытекаетъ изъ заключенныхъ ими договоровъ съ концессіонеромъ.

Юридическій составъ разсматриваемаго нами договора представляетъ такимъ образомъ довольно пеструю картину. Въ него несомнѣнно входитъ элементъ *консенсуальный*, т. е. добровольное соглашеніе воль. Городское управленіе добровольно допускаетъ концессіонера къ отправленію дѣятельности, организація которой входитъ въ кругъ его вѣдомства, и къ пользованію городскимъ имуществомъ. Концессіонеръ также не можетъ быть принуждаемъ къ отправленію этой дѣятельности, ибо законъ такой повинности не устанавливаетъ. Согласіе сторонъ не имѣетъ характера двухъ разрозненныхъ волеизъявленій. Каждая сторона надѣляетъ другую опредѣленными правами по отношенію къ себѣ, связывая, въ соотвѣтственной мѣрѣ, собственную свободу дѣйствій. Концессіонеръ обязуется соорудить предпріятіе, содержать его въ надлежащемъ состояніи, обслуживать обывателей на предуказанныхъ условіяхъ, иногда удѣлять городскому управленію часть своей прибыли, продать ему предпріятіе на заранѣе опредѣленныхъ условіяхъ, если оно пожелаетъ его выкупить, и т. д. А городское управленіе, въ видѣ эквивалента, предоставляетъ ему право (обыкновенно фактическую или юридическую монополію) на прибыльную для него дѣятельность, на пользованіе городскимъ имуществомъ, иногда на извѣстное, съ своей стороны, содѣйствіе, на опредѣленныя льготы и т. д. Соглашеніе сторонъ, такимъ образомъ, имѣетъ—по крайней мѣрѣ формально—харак-

[1]) Объ этомъ понятіи см. подробнѣе нашу статью въ Юрид. Вѣстникѣ за 1915 г., кн. IX.

теръ взаимнаго договора съ типичнымъ для него автономнымъ самоограниченіемъ каждой стороны и соотвѣтственнымъ расширеніемъ правовой сферы контрагента.

Однако, конститутивный эффектъ этого договора, какъ мы видѣли, отличается такими особенностями, которыхъ никоимъ образомъ нельзя считать нормальными послѣдствіями частно-правового соглашенія. Имъ, помимо обязательственныхъ правоотношеній, создается извѣстное правовое положеніе концессіонера. Городское управленіе разрѣшаетъ ему веденіе промысла или даже монополизируетъ его, насколько по закону выдача такого разрѣшенія и установленіе монополіи входитъ въ кругъ его компетенціи. Оно включаетъ его въ сферу общественнаго служенія, оставляя за собою право надзора за веденіемъ концессіоннаго предпріятія и даже извѣстную дисциплинарную и карательную власть. Иногда оно надѣляетъ его какими-нибудь привилегіями, напр., освобождаетъ его отъ городскихъ налоговъ. Въ то же время городское управленіе, пользуясь всѣми доступными ему административными мѣрами, заставляетъ обывателя подчиняться требованіямъ концессіонера, насколько это необходимо для безпрепятственнаго отправленія общественной службы. Послѣдній такимъ образомъ занимаетъ по отношенію къ концеденту и къ обывателю въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ правовое положеніе, близкое къ положенію хозяйственнаго органа городского управленія.

Въ юридическомъ составѣ концессіоннаго договора мы находимъ, наконецъ, третій чрезвычайно своеобразный элементъ, который мы назовемъ *нормативнымъ*. Какъ мы указали выше, имъ часто предусматриваются будущія отношенія концессіонера къ индивидуально неопредѣленнымъ третьимъ лицамъ. Соглашеніемъ сторонъ въ этой части создаются своего рода нормы объективнаго права. Оно исполняетъ правотворческую функцію, совершенно несвойственную, по господствующимъ воззрѣніямъ, частно-правовому договору.

Къ консенсуальному элементу концессіоннаго договора примѣняются общія начала гражданскаго права, и мы на нихъ останавливаться не будемъ. Въ дальнѣйшемъ мы постараемся выяснить юридическую сущность указанныхъ нами особенностей этого договора, его конститутивнаго и нормативнаго эффекта.

I.

Конститутивное свойство концессіоннаго договора.

Главный вопросъ, подлежащій нашему разрѣшенію, заключается въ томъ, составляетъ ли волеизъявленіе городского самоуправленія, опредѣляющее правовое положеніе концессіонера, самостоятельный административный актъ, актъ власти юридическая сила котораго покоится на публично-правовомъ положеніи его автора, или это лишь одинъ изъ составныхъ элементовъ гражданско-правового договора, коимъ каждая сторона связывается лишь въ той мѣрѣ, въ какой между ними существуетъ «общая воля». Не трудно видѣть, что юридическая природа сдѣлки, именуемой концессіоннымъ договоромъ, будетъ въ томъ и другомъ случаѣ далеко не одинаковою и что отъ этого зависитъ возможность примѣненія къ ней только положеній частнаго права или также началъ публичнаго права.

Этому вопросу посвящена довольно обширная литература [1]), но исходныя положенія и постановка у отдѣльныхъ авторовъ неодинаковы, и этимъ въ большей степени объясняется ихъ расхожденіе во взглядахъ, чѣмъ принципіальными разногласіями. Во французской литературѣ отправною точкою послужило исполненіе частнымъ предпринимателемъ такъ наз. публичныхъ работъ (travaux publics), совершаемыхъ въ общемъ интересѣ, обыкновенно въ сферѣ публичнаго имущества—domaine public,—по соглашенію съ государственною властью. Предпринимателю предоставляется право и онъ принимаетъ на себя обязанность соорудить предпріятіе, имѣющее общественное значеніе, и эксплоатировать его на условіяхъ, изложенныхъ въ особомъ актѣ, называемомъ «тетрадью повин-

1) Наиболѣе полно она указана у *Борзенко*, Концессіи желѣзнодорожнаго права (Москва, 1883 г.), *Seiler*, Ueber die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession nach Schweiz. Recht (Zürich 1883), *J. Guillouard*, Notions juridiques des autorisations, concessions administratives (1903), *Kütel*, Die Verleihung von Schienenwegen (Diss. Lpz. 1906), его-же Rechtliche Stellung des Strassenbahnunternehmers въ Egers Eisenbahnrecht. Entscheidungen und Abhandlungen т. XXIII, стр. 191 сл., а также въ учебникахъ административнаго права: Hauriou (8 изд., стр. 812), Barthélemy (7 изд., стр. 613 сл.), O. Mayer II § 49, F. Fleiner § 19 и др.

ностей» (cahier de charge). Юристы довольно единодушно опредѣляютъ это соглашеніе (concession) какъ договоръ sui generis [1]), не предрѣшая вопроса объ отнесеніи его къ частному или публичному праву [2]) и противополагая его простому административному разрѣшенію (permission, autorisation) [3]).

Нѣмецкіе авторы исходятъ большею частью изъ факта надѣленія верховной властью отдѣльныхъ лицъ болѣе или менѣе обширными исключительными правомочіями (концессіями), какъ правомъ экспропріаціи частнаго имущества или правомъ пользованія государственнымъ или публичнымъ имуществомъ (res communo usui destinatae), съ одновременнымъ возложеніемъ на этихъ лицъ обязанности соорудить и вести на свои средства и свой рискъ, но подъ контролемъ государства, опредѣленное предпріятіе, представляющее общественный интересъ [4]). Наибольшее вниманіе юристы удѣляютъ самой крупной концессіи,—желѣзнодорожной, выдаваемой либо въ законодательномъ порядкѣ, либо въ порядкѣ верховнаго управленія. Въ связи съ этимъ актомъ обыкновенно ставится общій вопросъ о природѣ концессіоннаго договора. Такъ какъ договорный

---

[1]) Въ первой монографической работѣ по этому вопросу, озаглавленной: Des droits et des obligations des concessionaires de travaux publics (въ Revue de législ. et de jurisprud. за 1835 и 1837 г.г.), *Delalleau* даетъ такое опредѣленіе: la concession est un contrat, par lequel une ou plusieures personnes s'obligent envers l'administration à faire executer à leurs frais, risques et perils, un travail d'utilité publique, moyennant la jouissance d'un péage ou d'autres avantages stipulés dans l'acte de concession. *Послѣдующіе авторы большею частью повторяютъ это опредѣленіе.* См. *Dalloz*, Répert. t. 12 s. v. Concession № 99, *Aucoc*, Conférences sur le droit administratif t. II § 707, *Dumay* Etude jurid. sur les concessions de chemin de fer (1878) стр. 36 сл., *Barthélemy* ук. соч. стр. 612 и др.

[2]) См. напр. *Dufour*, Traité général de droit administr. t. 8 (1870) стр. 135: Nous ne dirons pas de la concession qu'elle ne renferme sous la forme administrative, qu'une convention prévue et reglée par les lois civiles. Il est de la dernière évidence, qu'elle diffère de toutes les stipulations du droit commun par le fonds non moins que par la forme, et que pourtant elle constitue un contrat d'une nature toute speciale, un contrat sui generis, pour parler le langage des docteurs. Ср. *Laferrière* Traité de la juridiction administ. t. I стр. 605.

[3]) См. напр. *Laferrière* тамъ-же, *Perriquet*, Contrats de l'état (1890): Le mot concession est un terme général servant à désigner divers contrats d'intérêt public... Il s'applique, improprement, à des situations, où il y a simple permission plutôt que contrat. *Batbie* Traité de droit public et adm. t. VII (1868) стр. 273: Elle se distingue de la simple autorisation, que ordinairement suppose un droit antérieur, dont l'éxercice est subordonné à une permission préalable.

[4]) Относит. исторической связи съ регаліями см. *Fleiner*, Instit. des deut. Verwaltungsrecht, стр. 299 и прим. 2.

элементъ тутъ отступаетъ на второй планъ, большинство нѣмецкихъ юристовъ, не проводя строгаго различія между концессіею въ смыслѣ «разрѣшенія» и концессіоннымъ договоромъ, видятъ и въ послѣднемъ только форму установленія привилегіи [1]) или особый, осложненный гражданско-правовыми послѣдствіями, актъ власти («Verleihung») [2]).

Противоположность этихъ двухъ исходныхъ положеній особенно ярко проявилась въ знаменитомъ спорѣ западношвейцарскихъ желѣзныхъ дорогъ съ правительствомъ, по поводу котораго запрошены были мнѣнія лучшихъ швейцарскихъ юристовъ [3]). Союзный совѣтъ, въ своемъ посланіи (Botschaft) отъ 16 іюня 1871 года, содержавшемъ мотивы къ проекту новаго желѣзнодорожнаго закона [4]), сталъ на ту точку зрѣнія, что «концессіи, какъ это явствуетъ изъ самаго названія, суть акты верховной власти. Государство также мало договаривается съ желѣзнодорожною компаніею, какъ съ аптекаремъ или содержателемъ гостиницы, получающимъ концессіи, объ осуществленіи имъ своей верховной власти. Оно, правда, дѣлаетъ имъ извѣстныя обѣщанія (Zusagen), коими обезпечивается коммерческая сторона ихъ предпріятія, но оно и не думаетъ ограничить себя въ малѣйшей степени относительно осуществленія своихъ верховныхъ правъ. Да никакое государственное учрежденіе и не управомочено на такое отчужденіе верховныхъ правъ».

Почти одновременно знаменитый швейцарскій юристъ Рютиманъ [5]), спрошенный о томъ, можетъ ли союзный совѣтъ, заключивъ концессіонный договоръ, потомъ издать новый законъ, измѣняющій положеніе концессіонера, высказалъ діаметрально противоположный взглядъ на природу этого договора. Онъ основывается на очень распространенной въ то

---

[1]) См. Windscheid Pand. I § 135, *Unger* Oestr. Privatr. I стр. 52, *Gerber* Deutsch. Privatr. § 67, *Meili* въ Zeitschr. für Handelsr. т. 24 стр. 359, *Seiler* ук. соч., стр. 40 сл.

[2]) *Koehne*, Grundriss des Eisenbahnrechts (1906) стр. 44: Juristisch wird die Konzession von der herschenden Ansicht als Hoheitsakt angesehen, der mit der Gewährung von Privatrechten verbunden ist. Ср. *Otto Mayer*, Deut. Verwaltungsr. II стр. 306 сл., *Fleiner* ук. соч., стр. 303.

[3]) См. Drei Rechtsgutachten betr. die rechte Natur der Eisenbahnkonzessionen (Carrard, Heussler и Hilty). Basel und Genf 1877 г.

[4]) Напечатано въ Bundesblatt 1871 г. II стр. 655 сл. (цитируется по Seiler ук. соч., стр. 24).

[5]) *Rüttimann*, Rechtsgutachten über die rechtliche Natur des Eisenbahn-Konzession (Zürich 1870).

время теоріи неприкосновенности «пріобрѣтенныхъ правъ», въ смыслѣ правъ, принадлежащихъ физическому или юридическому лицу на основаніи санкціонированнаго объективнымъ правомъ титула. Рютиманъ утверждаетъ, что волеизъявленіе, коимъ государство предоставляетъ частному лицу возможность законномѣрнаго пріобрѣтенія такого права, и волеизъявленіе, коимъ это лицо соглашается на его пріобрѣтеніе и принимаетъ на себя связанныя съ нимъ обязанности, юридически совершенно однородны и равноцѣнны. Вмѣстѣ взятые, они составляютъ не что иное, какъ гражданско-правовой договоръ, одинаково обязательный для обѣихъ сторонъ. То, что въ данномъ случаѣ предметъ и цѣль договора имѣютъ государственный характеръ, его юридической природы не мѣняетъ.

Нѣсколько лѣтъ спустя, возникъ упомянутый выше споръ, по поводу котораго съѣздъ представителей швейцарскихъ желѣзныхъ дорогъ просилъ лозанскаго профессора Каррара (Carrard), базельскаго—Гейслера (Heusler) и бернскаго—Гильти (Hilty) дать свои заключенія. Однако, и они оказались разнаго мнѣнія по вопросу о природѣ отношеній между государствомъ и концессіонеромъ. Карраръ рѣшительно высказался въ пользу обыкновеннаго гражданскаго договора. Правда, этому договору предшествуетъ «концессія», составляющая актъ верховной власти, независимо отъ того, облечена ли она въ форму соглашенія или нѣтъ. Но разъ постановлено выдать концессію и «государство вступаетъ на сей предметъ въ договорное соглашеніе съ лицами, дѣйствующими непринужденно, оно имъ уже не диктуетъ своей воли; оно лишь обязываетъ ихъ согласовывать ихъ волю со своею, т. е. заключаетъ съ ними договоръ, столь же законный и священный (sacré), какъ всякій другой, связывающій одинаково обоихъ контрагентовъ и порождающій въ пользу каждаго изъ нихъ взаимныя, безповоротно пріобрѣтенныя права» [1]).

Гейслеръ столь же рѣшительно сталъ на точку зрѣнія швейцарскаго союзнаго совѣта. «Концессія, говоритъ онъ, не есть договоръ и установленныя ею права и преимущества (Begünstigungen), также какъ возлагаемыя ею обязанности не являются договорными правомочіями и обязательствами... Договоръ въ правовомъ смыслѣ мнѣ кажется немыслимымъ при

1) Drei Rechtsgutachten I стр. 8.

отсутствіи равноцѣнности и однородности установленныхъ имъ правъ и обязанностей, а для этого, я думаю, прежде всего сами договаривающіяся стороны должны находиться въ одинаковомъ правовомъ положеніи»... «Концессія есть привилегія и, какъ таковая, создаетъ опредѣленное правоотношеніе и сингулярное право для концессіонера. Но она—актъ, равноцѣнный законодательству, проявленіе верховной власти и, какъ таковое, можетъ быть взята обратно» [1]).

Несмотря на такое кардинальное расхожденіе Каррара и Гейслера во взглядахъ на сущность концессіоннаго отношенія, третій консультантъ Гильти въ своемъ заключеніи дѣлаетъ попытку соединить и примирить оба мнѣнія. «Всякая выдача частному лицу желѣзнодорожной концессіи, учитъ онъ, имѣетъ невольно (unwillkührlich), наряду съ характеромъ надѣленія (Verleihung) суверенными правами, также характеръ двухсторонняго и частнаго договора, изъ котораго возникаютъ права и обязанности, могущія быть предметомъ взаимныхъ судебныхъ исковъ». Концессія, слѣдовательно, всегда имѣетъ двѣ стороны: публично-правовую и частно-правовую [2]).

Почва для такого компромисса была отчасти подготовлена самими консультантами тѣмъ, что они въ своихъ практическихъ выводахъ оказались во многомъ солидарными. Имъ были предложены конкретные вопросы: могъ ли швейцарскій союзный совѣтъ, основываясь на общемъ законѣ, дающемъ ему такое право по отношенію къ желѣзнодорожнымъ обществамъ, потребовать увеличенія числа поѣздовъ, хотя это противорѣчило условіямъ концессіоннаго договора, и обязанъ ли онъ возмѣстить концессіонеру причиненный этимъ распоряженіемъ матеріальный ущербъ? Всѣ три консультанта отвѣчаютъ на оба вопроса утвердительно, хотя и мотивируютъ свои отвѣты неодинаково.

Вообще ни сторонники договорной теоріи, ни сторонники теоріи акта верховной власти не отрицаютъ существованія и значенія момента, выдвигаемаго ихъ противниками. Всѣ, въ сущности, согласны, что концессіонный договоръ является одновременно актомъ власти и соглашеніемъ государства съ частнымъ предпринимателемъ, что имъ затрагиваются и пуб-

[1]) Тамъ же II стр. 8 и 15.
[2]) Тамъ же III стр. 16.

личные и частные интересы, устанавливаются какъ публично-правовыя, такъ и частноправовыя отношенія. Споръ идетъ лишь о томъ, какимъ изъ этихъ моментовъ опредѣляется его юридическая природа, находятся ли обѣ договаривающіяся стороны въ одинаковомъ правовомъ положеніи, какъ контрагенты по частноправовому договору, или же тутъ на одной сторонѣ стоитъ облеченное властью государство, на другой-подчиненное ему въ предѣлахъ закона частное лицо.

Уже первые французскіе авторы, трудившіеся надъ этою проблемою, отмѣтили, что посредствомъ концессіоннаго договора органъ государства замѣняетъ себя частнымъ лицомъ, перенося на него отправленіе своихъ государственныхъ функцій [1]). «Концессіонированіе предпріятія, имѣющаго общественное значеніе, говоритъ Дюфуръ [2]), заключаетъ въ себѣ делегацію частному лицу миссіи, которая по своему предмету безспорно относится къ области администраціи». Элементу общественной миссіи или общественной службы (service public) въ концессіонномъ договорѣ скоро стали придавать рѣшающее значеніе. Въ то же время въ наукѣ и въ судебной практикѣ укрѣпилось воззрѣніе на эту «службу», какъ на одну изъ отраслей государственнаго управленія. Установившееся дѣленіе послѣдняго на область полиціи (domaine de la police), въ которой проявляется власть, какъ таковая, и область веденія дѣлъ (domaine de la gestion), куда относится заключеніе договоровъ и вообще вступленіе въ имущественныя сдѣлки, было дополнено ученіемъ, по которому всякая дѣятельность органовъ государства, направленная на удовлетвореніе государственныхъ потребностей и отправляемая въ общемъ интересѣ, составляетъ «публичную службу» [3]). Организація этой

[1]) См. напр. *Baïbie* ук. соч. стр. 273: La concession est un acte, par lequel l'administration subroge à ces droits un particulier ou une compagnie. Ср. *F. F. Meyer* Grunds. des Verwaltungrechts (1862) стр. 214 прим. 6: Im Sinne des französischen Rechts sind die Unternehmer nur Stellvertreter und Beauftragte der Staatsverwaltung in Ausführung und Betrieb einer zum domaine public gehörigen Anstalt des öffentlichen Dienstes und führt dies zu einer fast unbedingten Unterwerfung derselben unter die Dispositionen der Verwaltung.

[2]) Ук. соч. т. 8 § 244. Ср. тамъ же стр. 186: Le concessionnaire n'est pour l'administration qu'un intermédiaire chargé moyennant un prix, d'un travail dont le résultat, en raison de son affectation, doit tomber dans le domaine public.

[3]) См. *Ripert*, Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles, въ Revue publ. т. 22 стр. 1. *Duguit* (тамъ-же т. 24 стр. 417) опредѣляетъ service public какъ

службы входитъ въ область государственнаго управленія и составляетъ актъ власти. То обстоятельство, что въ данномъ случаѣ государство ввѣряетъ ее частному предпринимателю, прибѣгая къ формѣ договорнаго соглашенія, и что между нимъ и концессіонеромъ на этой почвѣ возникаютъ имущественныя отношенія, сути дѣла не мѣняетъ.

Концессіонный договоръ, такимъ образомъ, оторвался въ французской доктринѣ отъ своей исторической базы, отъ marché de travaux publics. Его предметомъ признается не только сооруженіе и веденіе концессіонеромъ хозяйственнаго предпріятія на свой счетъ и рискъ, но, главнымъ образомъ, отправленіе средствами этого предпріятія «публичной службы», къ которой не могутъ примѣняться начала гражданскаго права. Сообразно съ этимъ, правовое положеніе концессіонера, его права и обязанности, насколько они касались этой службы, а не имущественныхъ отношеній сторонъ, пріобрѣли публично-правовой характеръ. Концессіонный договоръ въ этой части сталъ признаваться «административнымъ договоромъ» (contrat administratif), т. е. актомъ, къ которому должны примѣняться положенія административнаго права [1]).

Однако, такая квалификація грозила подорвать гарантіи неприкосновенности и неотъемлемости имущественныхъ правъ, предоставленныхъ концессіонеру, ибо государство, какъ власть, по господствующему воззрѣнію, не можетъ безповоротно ограничить себя договорнымъ обязательствомъ передъ частнымъ лицомъ именно потому, что власть есть общественная миссія. Разъ государственный интересъ требуетъ измѣненія условій концедированной «службы», они могутъ измѣняться, не взирая на то, что этимъ нарушаются права концессіонера. Французскіе суды, въ особенности Государственный Совѣтъ, какъ высшее административное судилище, и лучшіе комментаторы употребили много труда на выработку подчасъ очень тонкихъ и остроумныхъ построеній и разграниченій для того, чтобы парализовать въ извѣстной мѣрѣ этотъ практически непріемлемый выводъ. Мы

„la mise en oeuvre de l'activité que les gouvernants doivent *obligatoirement* exercer dans l'interêt des gouvernés". Ср. *Hauriou* ук. соч. ст. 13 сл. и 470 сл., *Елистратова*, Основныя начала административнаго права (1914) стр. 36 сл.

[1]) Ср. *O. Mayer*, Theorie des franz. Verwaltungsrechts стр. 291 и сл., 302 и сл.

не будемъ на нихъ подробно останавливаться [1]). Въ общихъ чертахъ результаты, къ которымъ пока пришла французская практика, сводятся къ слѣдующимъ положеніямъ: права, предоставленныя концессіонеру на частное имущество концедента, или на находящееся въ его завѣдываніи публичное имущество (domaine public), неприкосновенны. Что же касается его права на отправленіе публичной службы и, особенно, установленнаго договоромъ порядка ея отправленія, то на нихъ концедентъ можетъ посягать, если это требуется интересами общества. Если же актъ, нарушающій права концессіонера, вызванъ не интересами общества, а фискальными соображеніями, или касается внутренней (хозяйственной) концедированной службы (la gestion du service public), онъ, по иску концессіонера, долженъ быть отмѣненъ. Однако, независимо отъ того, останется ли актъ, противорѣчащій договору, въ силѣ или нѣтъ, концедентъ обязанъ возмѣстить концессіонеру убытки, причиненные ему нарушеніемъ договора.

Концессіонеръ, въ свою очередь, долженъ подчиняться предписаніямъ компетентныхъ органовъ государства, касающимся порядка его «службы», даже когда ими возлагаются на него обязанности, выходящія изъ предѣловъ, предусмотрѣнныхъ договоромъ. Но и въ этомъ случаѣ, онъ можетъ требовать возмѣщенія убытковъ. Противъ неподчинившагося концессіонера, концедентъ можетъ своею властью принимать мѣры административнаго воздѣйствія, разрѣшенныя ему закономъ и договоромъ, а въ случаѣ серьезнаго нарушенія обязанностей, даже устранить его отъ дальнѣйшаго отправленія публичной службы. Однако, органы государства, принимая такія мѣры, рискуютъ, что, если административный судъ признаетъ, что для этого не было достаточныхъ основаній, и отмѣнитъ ихъ, концессіонеръ пріобрѣтетъ право на вознагражденіе за причиненный ему имущественный ущербъ. Этотъ рискъ очень стѣснителенъ для администраціи. Государственный Совѣтъ нашелъ выходъ и изъ этого положенія [2]). Онъ предоставилъ концеденту право, не прибѣгая къ мѣрамъ административнаго воздѣйствія, обращаться

1) Главнѣйшія рѣшенія приведены и отчасти разобраны у *Ripert* ук. соч., а болѣе поздніе у *Hauriou*, Precis, стр. 813 и сл. См. особенно заключенія госуд. комиссара Romieu и примѣчанія Hauriou у *Sirey* 1904. 3. 81; 1906. 3. 145; 1907. 3. 113; 1908. 3. 65; 1911. 3. 1. Рѣш. кассац. суда указаны у S. 1913 I. 20 и I. 440 въ подстрочныхъ примѣчаніяхъ.

2) См. S. 1907. 3. 113.

въ *административный* судъ съ искомъ о присужденіи концессіонера, нарушившаго свои обязанности, къ возмѣщенію убытковъ на основаніи 1142 ст. гражд. код. При такомъ порядкѣ концендентъ рискуетъ только проигрышемъ процесса.

Не трудно видѣть, что концессіонный договоръ во Франціи утратилъ характеръ частноправового соглашенія и превратился, въ части, касающейся service public, въ административный актъ. Характеръ гражданской сдѣлки онъ сохранилъ лишь постольку, поскольку имъ опредѣляются имущественныя отношенія сторонъ и экономическія условія сооруженія и эксплоатаціи концессіонеромъ своего предпріятія. Подводя итоги этой эволюціи, Оріу [1]) указываетъ, что въ настоящее время разница между двумя способами веденія государствомъ публичной службы—хозяйственнымъ (en régie) и концессіоннымъ—въ значительной мѣрѣ сгладилась. Концессіонный договоръ обнимаетъ, въ сущности, два договора. Первый организуетъ le service public concédé, и является административнымъ актомъ, регламентирующимъ правовое положеніе концессіонера. Второй составляетъ гражданскій договоръ между тѣми же сторонами, устанавливающій «посредствомъ тетради повинностей, максимальнаго тарифа и финансовыхъ соглашеній», имущественныя послѣдствія и условія его эксплуатаціи. Это раздвоеніе договорнаго акта (dédoublement d'une opération contractuelle), какъ мы видѣли, могло бы составлять большую опасность для концессіонера. Но во Франціи она парализуется какъ спеціальными законами, предусматривающими отвѣтственность концедента [2]), такъ, въ особенности, широкимъ примѣненіемъ въ практикѣ административныхъ судовъ института публично-правового возмѣщенія ущерба, причиненнаго концессіонеру не только незакономѣрными дѣйствіями административной власти, но также вполнѣ законными мѣропріятіями, оправдываемыми публичнымъ интересомъ.

Такую же эволюцію,—только въ обратномъ направленіи,—совершила въ нѣмецкой литературѣ теорія, усматривающая въ концессіонномъ договорѣ установленіе привилегіи. Нельзя было закрывать глаза на то, что выдача концессіи на соору-

---

1) См. Précis стр. 811 и сл. и его примѣчаніе у *Sirey* 1904. 3. 81. *Duguit* (Revue de droit publ. т. 24 стр. 427) совершенно отрицаетъ договорный характеръ не только соглашенія съ концедентомъ, но даже соглашенія концессіонера съ абонентомъ.

2) См. *Hauriou*, тамъ же, стр. 823 и сл.

Всесоюзная
научно-исследовательская
библиотека

женіе и эксплоатацію извѣстнаго предпріятія еще не объясняетъ возникновѣнія обязательственныхъ отношеній между концедентомъ и концессіонеромъ. Привилегія (какъ ни широко понимать этотъ терминъ) не создаетъ субъективныхъ гражданскихъ правъ по отношенію къ государству, а лишь извѣстныя конкретныя преимущества правового положенія одного лица или группы лицъ передъ другими лицами. Съ другой стороны изъ концессіи, какъ привилегіи, не вытекаютъ также обязанности, возлагаемыя на концессіонера. Объяснить ихъ авторитетомъ власти нельзя, такъ какъ законъ не даетъ органамъ государства права требовать отъ частнаго предпринимателя дѣятельности въ общественномъ интересѣ, диктовать ему порядокъ и условія этой дѣятельности, контролировать ее и т. д. Все это возможно только либо на основаніи спеціальнаго закона, либо съ согласія концессіонера.

Сознавая, что выводы изъ теоріи привилегіи не соотвѣтствуютъ ни намѣреніямъ сторонъ, ни практическимъ цѣлямъ привлеченія концессіонеровъ къ общественно-хозяйственной дѣятельности, ея сторонники дополняютъ ее оговорками, существенно мѣняющими всю постановку вопроса.

Выдачѣ концессій и вообще привилегій, говорятъ одни [1]), могутъ предшествовать соглашенія, коими государство, какъ фискъ, пріобрѣтаетъ права и принимаетъ на себя извѣстныя обязательства. Если впослѣдствіи, при выдачѣ концессій, или въ своихъ отношеніяхъ къ концессіонеру, оно нарушаетъ эти обязательства, оно, какъ фискъ, несетъ за это имущественную отвѣтственность. Другіе выражаются болѣе категорично. По словамъ Ф. Мейера [2]), «изъ соглашенія государства, отказывающагося отъ веденія дѣла собственными средствами, съ предпринимателемъ возникаетъ настоящее право для послѣдняго, которое можетъ быть отнято у него только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ или договоромъ, и только за полное вознагражденіе». То же повторяютъ Гейслеръ [3]), Зейлеръ [4]) и другіе. Но согласуется ли это ученіе съ положеніемъ государства, какъ власти? Вѣдь нарушеніе чужого частнаго права,

[1]) См. напр. *Dernburg* Preuss. Privatrecht I (4 изд.) стр. 49 „privilegia conventionalia".

[2]) Grundsätze etc. (1862) стр. 214. Ср. *Sarwey* Das öff. Recht und die Verwaltungrechtspflege стр. 331 сл.

[3]) Drei Rechtsgutachten стр. 13.

[4]) Указ. соч. стр. 42, 50 и сл.

по общему правилу, влечетъ за собою отвѣтственность нарушителя; государство же, дѣйствуя, когда этого требуютъ общіе интересы, во вредъ частному лицу, поступаетъ вполнѣ правомѣрно. Отвѣтъ на этотъ вопросъ у всѣхъ названныхъ авторовъ одинъ и тотъ же: государство можетъ, въ случаѣ надобности, отступиться отъ условій концессій, но обязано возмѣщать концессіонеру причиненные ему убытки, *потому что этого требуетъ справедливость* [1]). Притязаніе концессіонера на возмѣщеніе убытковъ имѣетъ имущественный характеръ и, слѣдовательно, подлежитъ вѣдѣнію гражданскаго суда.

Обязанности концессіонера лежатъ въ плоскости публичнаго права и потому онъ при ихъ исполненіи долженъ повиноваться компетентнымъ органамъ власти и подчиняться ихъ надзору. Но и тутъ ни у кого нѣтъ сомнѣній, что принятіе имъ на себя обязанности соорудить и вести концессіонное предпріятіе есть актъ добровольный и что всякое обремененіе его обязанностями, не вытекающими ни изъ закона, ни изъ соглашенія, даетъ ему право на вознагражденіе. Никто, наконецъ, не отрицаетъ, что отношенія концессіонера къ лицамъ, пользующимся услугами его предпріятія, основываются всецѣло на гражданско-правовыхъ сдѣлкахъ. Предпріятіе, на веденіе котораго дана концессія, относительно защиты своихъ имущественныхъ правъ и по своему положенію въ оборотѣ, ничѣмъ не отличается отъ любого частнохозяйственнаго предпріятія.

Всѣ эти оговорки и дополненія доказываютъ, что и по теоріи привилегіи содержаніе сдѣлки не исчерпывается публично-правовымъ актомъ выдачи концессіи на диктуемыхъ концедентомъ условіяхъ, а что съ этимъ актомъ связаны гражданско-правовыя отношенія, для возникновенія которыхъ, кромѣ акта власти, еще необходимо соглашеніе съ концессіонеромъ. Выше мы привели соображенія Гейслера, почему все-таки въ данномъ случаѣ нельзя говорить о договорѣ. О послѣднемъ, думаетъ Гейслеръ, можетъ быть рѣчь только тогда, когда устанавливаемыя соглашеніемъ права и обязанности «равноцѣнны и однородны». Но это не мѣшаетъ ни Гейслеру, ни другимъ

1) Ср. *F. Meyer* ук. соч. стр. 216, *Heussler* ук. соч. стр. 25, *Seiler* стр. 50, *Gierke* Deut. Privatrecht I стр. 195, *O. Mayer* въ Neue Zeit und Streitfragen т. X (1904): Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht.

сторонникамъ теоріи привилегіи признать, что соглашеніе сторонъ составляетъ необходимый элементъ въ юридическомъ составѣ процедуры, носящей названіе концессіоннаго договора, и что этимъ соглашеніемъ несомнѣнно устанавливаются гражданско-правовыя отношенія. Въ итогѣ въ нѣмецкой литературѣ и практикѣ сложилось ученіе о смѣшанномъ или двойственномъ характерѣ концессіоннаго договора [1]). Оно, какъ мы видѣли, было впервые выдвинуто проф. Гильти въ его упомянутомъ выше заключеніи и до послѣдняго времени могло считаться господствующимъ. Но какъ во Франціи, такъ и въ Германіи научная мысль не успокоилась на такомъ механическомъ рѣшеніи, т. е. на объединеніи въ одной сдѣлкѣ столь разнородныхъ элементовъ, какъ административный актъ и частноправовой договоръ, съ тѣмъ, чтобы къ первому примѣнялись начала гражданскаго права.

Попытки болѣе совершенной юридической конструкціи концессіоннаго договора находятся въ тѣсной связи съ происходящимъ въ послѣднія десятилѣтія быстрымъ движеніемъ науки административнаго права въ сторону освобожденія отъ господства цивилистическихъ понятій и догматовъ [2]) и съ возрастающимъ правотворчествомъ административныхъ судовъ. Научная критика возсгала прежде всего противъ унаслѣдованнаго отъ полицейскаго государства дуалистическаго представленія о государствѣ, какъ власти и какъ юридическомъ лицѣ (фискѣ). Казна—только одна сторона государства, или, вѣрнѣе,—госу-

---

1) См. *Sailer* ук. соч. стр. 26 и сл., *Meili* Recht der modernen Verkehr-und Transportanstalten стр. 22 и сл., *O. Mayer* ук. соч. II стр. 305 прим. 18, *Störk* Die rechtliche Natur und Funktion des Zustimmungsvertrages въ Eger's Entscheid. und Abh. т. 23 стр. 205 сл. Такой же двойственный характеръ, впрочемъ, приписывается нѣкоторымъ другимъ институтамъ, какъ, напр., экспропріаціи (*Laband* Arch. f. civ. Pr. т. 52 стр. 151 сл., Gierke Deut. Priv. II стр. 470 сл.), государственной службѣ (*Rehm*, Annalen des deuts. Rechts 1885 г. стр. 122 и сл.) и др.

2) Измѣненія, которымъ подверглись нѣкоторыя основныя понятія и институты гражданскаго права по перенесеніи въ область административнаго права, представляютъ огромный интересъ для цивилистовъ, указывая, насколько эти институты способны, при надлежащемъ ихъ углубленіи и расширеніи, освободиться отъ присущаго имъ индивидуалистическаго характера. Въ этомъ отношеніи заслуживаютъ особенное вниманіе понятія о публичномъ субъективномъ правѣ, публичной собственности, представительствѣ (въ случаѣ дѣйствій въ публичномъ интересѣ), публичномъ вознагражденіи и др. См. *Heiner* Umwandlung zivilr. Instituten durch das öffentl. Recht (1906), *Hauriou* ук. соч. стр. 84 сл., *Tezner*, Die Privatrechtstitel im öffentl. Recht въ Arch. für öff. R. т. IX, *v. Gehe*, Zur Frage der Anwendung des sogen. Privatrechtstitel im öff. Recht, въ Ztschr. für Praxis und Gesetzg. der Verwaltung т. 34.

дарство, разсматриваемое какъ субъектъ имущественной сферы. Ненарушимость правъ частныхъ лицъ не можетъ зависѣть отъ того, въ какомъ качествѣ государство ихъ нарушаетъ. Этимъ можетъ только опредѣляться подсудность споровъ съ государствомъ и примѣненіе къ нимъ положеній гражданскаго или публичнаго права. Но разграниченіе дѣйствій власти и фиска, элементовъ публичнаго и цивильнаго въ единыхъ по существу актахъ государства и связанныхъ съ ними правовыхъ послѣдствіяхъ не должно противорѣчить природѣ и цѣлямъ этихъ актовъ. Въ частности—тамъ, гдѣ государство дѣйствуетъ въ публичномъ интересѣ, внѣ своей индивидуальной имущественной сферы, возникающія отсюда правоотношенія должны обсуждаться по началамъ публичнаго права, а не втискиваться насильственно въ рамки цивилистическихъ понятій. Когда закономъ не предусмотрѣны послѣдствія такихъ дѣйствій, на обязанности суда (общаго или административнаго) лежитъ «находить ихъ путемъ раскрытія кроющихся въ дѣйствующемъ правѣ неписанныхъ нормъ» [1]).

Формы, въ которыя облекаются публичныя правоотношенія государства, часто заимствуются изъ гражданскаго права, но этимъ не можетъ быть оправдываемо примѣненіе къ нимъ положеній гражданскаго права, когда эти отношенія, по характеру и цѣли, относятся къ сферѣ государственнаго управленія. Институты гражданскаго права, перенесенные въ область, для которой они не предназначены, часто мѣняютъ свою природу, пріобрѣтая публичноправовой характеръ. Такая метаморфоза, по мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, происходитъ, напр., съ институтомъ собственности, когда его субъектомъ являются государства или общественныя самоуправленія, а его объектомъ—публичная вещь [2]). Ту же участь

---

1) *Fleiner*, Instit. стр. 56, Ср. *O. Mayer* I стр. 139 сл. Въ трудности и опасности практическаго осуществленія этого судебнаго правотворчества кроется едва ли не самая слабая сторона изложенной доктрины.

2) Теорія публичной административной собственности примыкаетъ къ римскому ученію о res publicae in usui publico (см. *Eisele*, Die Rechtsverhältnisse der res publicae, Basel, 1873, *Girard*, Manuel, 5 éd. стр. 241). Почва для нея была отчасти подготовлена французскимъ ученіемъ о domaine public (см. *Barckhausen* въ Revue de droit public за 1912 и 1913 г.г., *O. Mayer*, Deut. Verwaltungsr. стр. 227 и сл.) и знаменитымъ споромъ о землѣ подъ базельскою крѣпостью (см. заключенія *Келлера*, *Іеринга*, *Дернбурга* и *Рюмелина* въ Rechtsstreit über die Basler Festungswerke 1832). Главнѣйшими поборниками этой теоріи въ настоящее время являются *O. Mayer*, Deut. Verwaltungsrecht II § 35 и сл.

раздѣляетъ институтъ договорнаго соглашенія. Къ нему органы государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права прибѣгаютъ не только тогда, когда они дѣйствуютъ въ своей индивидуальной имущественной сферѣ или вступаютъ въ правовыя отношенія съ другими государственными учрежденіями; въ форму договорнаго соглашенія облекаются также акты управленія, порождающіе права и обязанности для частнаго лица, но лишь съ согласія послѣдняго. Такіе акты, представляя полную картину двухсторонней сдѣлки, въ одномъ отношеніи существенно отличаются отъ гражданскоправового договора: ихъ юридическая сила, поскольку ими обязывается и управомочивается государство, покоится на публично-правовомъ положеніи послѣдняго, какъ носителя власти, а не на санкціонированной правопорядкомъ частной автономіи, подобно юридической силѣ гражданскихъ сдѣлокъ. Въ французской доктринѣ и практикѣ, создавшей понятіе о «contrat administratif», эта его особенность усиленно подчеркивается [1]), но въ то же время признается его договорный характеръ. Въ нѣмецкой литературѣ по этому вопросу ведутся оживленные споры [2]). Одни отстаиваютъ конструкцію публичноправового договора [3]), другіе учатъ, что въ данномъ случаѣ правильнѣе говорить объ одностороннемъ актѣ власти, юридическій эффектъ котораго обусловливается согласіемъ или добровольнымъ подчиненіемъ другого контрагента (conditio juris) [4]). Но тѣ и другіе сходятся въ томъ, что соглашеніе воль, когда оно примѣняется въ сферѣ административной дѣятельности государства, соотвѣтственно мѣняетъ свою юридическую природу и что его послѣдствія должны обсуждаться по началамъ публичнаго права.

и Arch. f. öff. Recht т. 21, стр. 499 сл., *Hauriou*, Précis стр. 682 сл. *Louis Bernard*, Du droit de propriété de l'Etat (1910). Впрочемъ французская концепція „propriété administrative“ и понятіе „öffentliches Eigentum“, выдвинутое О. Майеромъ, отнюдь не тождественны.

[1]) См. напр. *Perriquet*, Contrats de l'état nº 232: un contrat est un contrat administratif et donne lieu à la compétence administrative lorsque l'État y intervient pour exercer directement les pouvoirs constituants la puissance publique. См. Аисос ук. соч. II стр. 304.

[2]) См. обзоръ различныхъ мнѣній у *Georg Meyer - Anschütz*, Lehrb des deut. Staatsr. стр. 499.

[3]) См. *Laband* Staatsr. (5 изд.) т. I стр. 446 сл., *Елистратова*, ук. соч. стр. 192 сл.

[4]) См. *Kormann*, Rechtsgeschäftliche Staatsakte (1910) стр. 28 сл. *Fleiner*, Instit. стр. 172 сл., *O. Mayer* въ Arch. f. öff. Recht III стр. 1, его же Deut. Verwaltungsr. I стр. 98.

Мы не будемъ разбирать, въ какой мѣрѣ государство такимъ соглашеніемъ связывается, т. е. насколько имъ стѣсняется возможность односторонней отмѣны актовъ власти, когда того требуетъ публичный интересъ. Замѣтимъ только, что доктрина и практика стремятся подвести прочный юридическій фундаментъ подъ институтъ публично-правового возмѣщенія ущерба, служащій, какъ мы видѣли, нѣкоторымъ коррективомъ въ случаяхъ такой отмѣны. Общепризнаннымъ въ этой пока еще очень спорной области можно считать лишь то, что отвѣтственность государства за вредъ, причиненный частнымъ лицамъ административными дѣйствіями, не можетъ быть всецѣло построена на началахъ гражданскаго права. Принципъ вины предполагаетъ деликтоспособность государства (которая отрицается господствующимъ ученіемъ) и слишкомъ суживаетъ его отвѣтственность, такъ какъ право частныхъ лицъ нерѣдко нарушается вполнѣ закономѣрными актами правительственныхъ и общественныхъ органовъ. Принципъ причиненія наоборотъ слишкомъ расширяетъ ее, ибо охватываетъ всѣ тѣ случаи, когда государство возлагаетъ на своихъ подданныхъ жертвы, не подлежащія вознагражденію. Къ публичноправовому возмѣщенію ущерба должны примѣняться особыя положенія публичнаго права, соотвѣтствующія его природѣ и назначенію. Каковы эти положенія, на этотъ вопросъ отвѣтъ приходится искать въ дѣйствующемъ правѣ. Начала естественнаго права и требованія справедливости, на которыхъ до сихъ поръ обыкновенно основывалась эта обязанность [1]), составляютъ недостаточно опредѣленную и слишкомъ шаткую почву.

Практика и наука формально въ настоящее время еще держатся того взгляда, что публично-правовое возмѣщеніе ущерба можетъ имѣть мѣсто только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ [2]). Но они чрезвычайно широко толкуютъ законъ. Такъ, французскіе суды—административные и кассаціонные—основываютъ отвѣтственность государства не на какихъ-нибудь опредѣленныхъ постановленіяхъ гражданскаго

---

[1]) См. выше прим. 28.

[2]) Ср. по этому вопросу *Gerhard Anschütz*, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt (Berl. 1897), *Gautier*, Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles (1879) стр. 411 и сл.

кодекса, а на его общемъ духѣ и на équité [1]). Нѣмецкіе ученые настаиваютъ на томъ, что, кромѣ прямыхъ указаній закона, обязанность къ публично-правовому возмѣщенію ущерба можетъ также имѣть своимъ основаніемъ сложившіяся на этотъ счетъ въ оборотѣ правовыя воззрѣнія [2]). Къ такому-же рѣшенію вопроса склоняется также практика германскихъ и швейцарскихъ судовъ. Институтъ публично-правового вознагражденія противополагается деликтной и квазиделиктной отвѣтственности по началамъ гражданскаго права [3]) и строится на совершенно самостоятельныхъ началахъ, надъ созданіемъ которыхъ дружно работаютъ административисты [4])—теоретики и практики.

Мы вынуждены были бѣгло коснуться нѣкоторыхъ итоговъ научной работы въ области административнаго права, потому что на нихъ построена новѣйшая, очень распространенная теорія концессіоннаго договора [5]). Она категорически отвергаетъ конструкціи соединенія двухъ актовъ или двухъ договоровъ и сочетанія акта власти съ частноправовымъ договоромъ. Такъ наз. концессіонный договоръ является, по этому ученію, единымъ административнымъ актомъ, коимъ органы государства переносятъ на частное лицо отправленіе

---

1) Ср. *Barthélémy*, Traité élém. (1914) стр. 79: Il est donc reconu aujourdhui, par la cour de cassation aussi bien que par le Conseil d'Etat, que la réparation des dommages occasionnés par les fonctionnaires dans la gestion des services publics a pour base, non le droit civil, mais l'équité. Ср. *Tessier*, La responsabilité de la puissance publique (1906).

2) См. *O. Mayer*, Deut. Verwaltungsr. II, § 53 и 54, *Fleiner*, Instit. § 17, *Fleischmann*, Entschädigung öffentlicher Betriebsunternehmungen въ Eger's Eisenbahnr. Entschäd. т. 20 и 21 (тамъ дальнѣйшія указанія на литер. и суд. практику). О положеніи вопроса въ Швейцаріи см. инструктивную статью *Erich Vogt'a* Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjective Privatrechte nach der Praxis des Sweiz. Bundesgerichts (Zür. Beitr. zur Rechtwiss., Heft 26).

3) Попытки къ обоснованію обязанности къ возмѣщенію ущерба отъ правомѣрныхъ актовъ на почвѣ гражданскаго права впрочемъ не прекращаются. См. напр. James Goldschmidt въ Festg. der Berl. Juristen f. Gierke т. III: „Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatl. Entschädigungspflicht", и ук. тамъ литературу.

4) Въ нашей литературѣ эту проблему затрагиваютъ Лазаревскій ук. соч. стр. 307 сл., Елистратовъ ук. соч. стр. 330, Загрядковъ, Земельная политика городского самоуправленія въ Германіи I стр. 342 сл., П. П. Алексѣевъ, Отвѣтственность госуд. за чиновниковъ въ Юр. Вѣстн. за 1914 г. кн. VII и VIII. Ср. ниже прим. 52.

5) См. O. Mayer II, § 49, Fleiner § 19, Kittel ук. соч., Schleicher въ Zeitsch. f. Praxis u. Gesetzg d. Verwaltung т. XX, Kormann ук. соч. стр. 106 сл., Pasquay, Die elektrischen Stromanlagen im allg. deut. Verwaltungsrecht (Arch. f. öff. Recht т. 29 стр. 260 и сл., Krasny Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung (Berl. 1910) стр. 36 сл.

дѣятельности, составляющей часть государственнаго управленія (Beleihung mit öffentlicher Verwaltung) и предметъ особаго «публичнаго предпріятія». Но замѣна государства частнымъ предпринимателемъ не вліяетъ на характеръ ввѣренной ему дѣятельности; ея отправленіе сохраняетъ свойства публичной службы. Поэтому концессіонеръ не можетъ передать своихъ правъ другому лицу и въ своей дѣятельности долженъ подчиняться директивамъ, получаемымъ отъ концедента.

Концессіонеръ не принуждается къ принятію на себя концедированнаго предпріятія, а добровольно соглашается на него. Путемъ соглашенія съ нимъ опредѣляются порядокъ и условія веденія предпріятія, обязательные не только для концессіонера, но также для концедента. Первый пріобрѣтаетъ субъективное публичное право на ихъ соблюденіе со стороны концедента и на защиту отъ ихъ неправомѣрнаго нарушенія. Одновременно обыкновенно фиксируются формы и предѣлы надзора и допустимыя дисциплинарныя мѣры на случай неисправности концессіонера, поводы для досрочнаго прекращенія концессіи и т. д.

Соглашеніемъ, далѣе, устанавливаются права и обязанности концессіонера, не имѣющія прямого отношенія къ порядку отправленія ввѣренной ему дѣятельности. Они имѣютъ отчасти публичный характеръ, какъ напр. право пользоваться публичнымъ имуществомъ концедента, освобожденіе отъ налоговъ, фискальныя пособія, отчасти—гражданскій, напр., имущественныя гарантіи, даваемыя концедентомъ на случай измѣненія условій концессіи, обязательство концессіонера вносить концеденту часть доходовъ отъ предпріятія, право концедента на выкупъ и т. под. Соглашеніемъ сторонъ, наконецъ, могутъ заранѣе нормироваться предѣльныя условія будущихъ договоровъ, заключаемыхъ концессіонеромъ при эксплоатаціи его предпріятія.

Такимъ образомъ изъ концессіоннаго договора вытекаютъ одновременно публичныя и гражданскія правоотношенія и, сообразно съ этимъ, возникающіе изъ него споры подсудны то общимъ, то административнымъ судамъ. Но это обстоятельство не лишаетъ его ни единства, ни значенія публично-правового акта, дѣйствующаго, какъ всѣ подобные акты, rebus sic stantibus, т. е. пока серьезные интересы обывателей ввѣренные концеденту, какъ государственному учрежденію, не

потребуютъ его измѣненія или даже отмѣны. Концессіонеръ можетъ искать защиты въ гражданскомъ судѣ, когда концедентъ нарушилъ свои гражданско-правовыя обязанности, и въ административномъ, когда дѣйствія концедента представляются неправильными съ точки зрѣнія нормъ публичнаго права. Нарушеніе же концессіоннаго договора правомѣрными актами власти даетъ ему только право требовать публично-правового вознагражденія (поскольку оно допускается дѣйствующимъ закономъ), но не возстановленія нарушенныхъ правъ.

Таково новѣйшее ученіе о природѣ концессіоннаго договора. По этому ученію онъ представляетъ собою конститутивный и нормативный актъ государства или общественнаго самоуправленія, облеченный въ форму соглашенія съ частнымъ предпринимателемъ (публично-правовой договоръ). Теоретически это ученіе заслуживаетъ предпочтенія не только передъ подчиненіемъ всего акта началамъ гражданскаго права, не соотвѣтствующимъ его дѣйствительной природѣ, но также передъ теоріею соединенія двухъ договоровъ и конструкціею смѣшаннаго договора, такъ какъ та и другая порождаютъ множество неясностей и противорѣчій. Оно несомнѣнно лучше ихъ примиряетъ интересы государства, концессіонера и обывателей и устраняетъ коллизію правъ государства, какъ власти и какъ фиска. Но de lege lata и съ точки зрѣнія политики права эта конструкція пріемлема только при наличности административной юстиціи и нѣкоторыхъ институтовъ, которые даже въ странахъ, имѣющихъ богатую литературу административнаго права и многолѣтнюю творческую административно-судебную практику, находятся еще въ стадіи зарожденія.

Наше дѣйствующее право не благопріятствуетъ усвоенію такой конструкціи концессіоннаго договора. Административной юстиціи, въ смыслѣ особаго порядка правосудія и защиты правъ гражданъ въ случаѣ ихъ нарушенія дѣйствіями администраціи, у насъ не существуетъ. Наблюдаются лишь, по словамъ проф. Елистратова [1]), извѣстные его «зачатки» и «подобія». Въ связи съ этимъ въ нашемъ правовомъ быту

[1]) Ук. соч. стр. 314. Ср. бар. Корфа, Административная Юстиція въ Россіи (1910). На недостатокъ у насъ „учрежденій, которыя могли бы правильно, безпристрастно и безъ замедленія разрѣшать возникающіе по дѣламъ управленія споры", указывается также въ журналѣ комитета министровъ, напечатанномъ въ Прав. Вѣстникѣ отъ 21 янв. 1905 г.

укрѣпилось воззрѣніе, что только общіе суды представляютъ надежныя гарантіи правосудія, и замѣчается естественное тяготѣніе къ подчиненію имъ, по возможности, всѣхъ споровъ частныхъ лицъ съ казною и съ общественными управленіями. На это указываютъ, между прочимъ, нерѣдко встрѣчающіяся въ нормальныхъ договорахъ оговорки о подчиненіи споровъ, могущихъ возникнуть между контрагентами, судебному разбирательству [1]).

Наши гражданскіе законы (ст.ст. 698, 406 сл., 414 и др. т. X ч. 1) и практика (судебная и административная) стоятъ на почвѣ разграниченія природы и функцій государства, какъ политическаго союза, и какъ субъекта имущественныхъ правъ. Это раздвоеніе, неизмѣнно повторяемое сенатомъ каждый разъ, когда возникаетъ вопросъ о подсудности споровъ, возникающихъ между частными лицами и правительственнымъ или общественнымъ учрежденіемъ, распространяется также на городскія общественныя управленія. Такъ, гражд. касс. департаментъ, обозрѣвъ въ рѣшеніи 1892 г. за № 43 свою предшествовавшую практику, выводитъ изъ нея «то общее начало, что подсудность вышеуказанныхъ дѣлъ суду или администраціи зависитъ отъ того положенія, которое въ данномъ случаѣ занимаетъ казенное или общественное учрежденіе. Если оно является въ дѣлѣ, въ качествѣ истца или отвѣтчика, представителемъ имуществъ, принадлежащихъ казнѣ или обществу, и защитникомъ интересовъ этого имущества,—дѣло подвѣдомственно суду. Но если оно дѣйствуетъ какъ власть, въ предѣлахъ функцій, ему предоставленныхъ по управленію государственными или общественными дѣлами, то дѣла, возникающія между казеннымъ учрежденіемъ и частными лицами по поводу сдѣланныхъ симъ учрежденіемъ распоряженій или какихъ-либо его дѣйствій, направленныхъ къ осуществленію предоставленной ему власти, подлежатъ вѣдѣнію административныхъ учрежденій. Общее начало безусловно примѣнимо также къ имущественнымъ спорамъ частныхъ лицъ и городскихъ общественныхъ управленій». То же противопоставленіе, но, какъ мы увидимъ ниже, съ нѣкоторымъ уклоненіемъ отъ прежнихъ своихъ взглядовъ, рѣзко проведено сенатомъ, въ

[1]) Такая оговорка можетъ только имѣть значеніе для опредѣленія мѣстной подсудности, но не подвѣдомственности, которая предметомъ частнаго соглашенія быть не можетъ.

одномъ изъ новѣйшихъ его рѣшеній по дѣлу Шмидтъ съ министерствомъ внутр. дѣлъ (1913 г. № 52).

При такой постановкѣ, особенное значеніе пріобрѣтаетъ то обстоятельство, что по нашему закону право города на «общественныя имущества» (ст. 414 т. X ч. 1), въ частности,—на «принадлежащія городскому поселенію земли, назначенныя подъ улицы, переулки... и состоящія въ общемъ всѣхъ пользованіи» (ст. 8 Гор. Пол. 1892 г.), разсматривается какъ обыкновенное право частной собственности. Городъ относительно этихъ имуществъ ограниченъ правомъ участія общаго, но, по господствующему въ нашей литературѣ [1]) и практикѣ [2]) воззрѣнію, является ихъ частнымъ собственникомъ на общемъ основаніи. Институтъ публичной собственности въ нашемъ правѣ почвы не имѣетъ.

Заключеніе городскимъ общественнымъ управленіемъ договоровъ, вступленіе въ обязательственныя отношенія «именемъ городского поселенія» и судебная защита интересовъ города ограничиваются «имущественными дѣлами» и подчиняются дѣйствію общихъ гражданскихъ законовъ. Согласно ст. 7 гор. пол. «городское общественное управленіе имѣетъ право, именемъ городского поселенія, на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ и сего положенія, пріобрѣтать и отчуждать имущества, заключать договоры, вступать въ обязательства, вчинять гражданскіе иски и отвѣчать на судѣ *по имущественнымъ дѣламъ*, съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для казенныхъ управленій». Представленіе о публично-правовомъ соглашеніи между государственнымъ учрежденіемъ и частнымъ лицомъ нашему дѣйствующему праву совершенно чуждо. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ соглашенія является уплата концессіонеромъ въ пользу города «акциза за лошадей, употребляемыхъ для предпріятія, наравнѣ съ лицами, извозомъ занимающимися» (рѣш. 1880 г. № 8), или дополнительнаго (сверхъ установленнаго закономъ) питейнаго сбора (рѣш. 1905 г. № 75), сенатъ признаетъ споръ о правильности взиманія этихъ сборовъ подсуднымъ гражданскому суду,

[1]) См. статьи Мыша въ Журн. Гр. и Уг. Права 1886 г. № 7, Гомолицкаго въ Вѣстн. Права за 1903 г. № 4, Горенберга въ Правѣ за 1899 г. № 22 и объясненія покойнаго В. Выставкина въ ст. 414 въ Практ. и теорет. комментаріи къ зак. гр. (вып. II). Историческое обоснованіе этого положенія даетъ Выставкинъ въ Изв. Моск. Город. Думы за 1912 г. № 1.

[2]) См., напр., рѣш. за 1883 г. № 33, 1892 г. № 25, 1912 г. № 16.

потому что «въ правоотношенія тяжущихся введенъ элементъ договорный».

Можетъ поэтому казаться, что нашему положительному праву наиболѣе соотвѣтствуетъ высказанное когда-то Рютиманомъ, Карамомъ и др. воззрѣніе, по которому концессіонный договоръ долженъ разсматриваться, какъ частно-правовой договоръ, предшествуемый или сопровождаемый особымъ (законодательнымъ или административнымъ) актомъ,—выдачею концессіи. Къ такому выводу, повидимому, пришли также нѣкоторые видные московскіе юристы въ одномъ конкретномъ случаѣ, а именно по вопросу о юридической природѣ договора московскаго городского управленія съ бельгійскимъ обществомъ конно-желѣзныхъ дорогъ [1]). Они въ своемъ коллективномъ заключеніи опредѣляютъ его, какъ «договоръ о предоставленіи предпринимателю исключительнаго права пользованія указанными въ договорѣ городскими улицами для устройства по нимъ транспортнаго предпріятія общаго пользованія опредѣленнаго типа». Наряду съ чисто-цивильными послѣдствіями, городъ, выдавъ концессію на устройство конно-желѣзныхъ дорогъ, принялъ на себя, какъ указывается въ заключеніи, разнообразныя публично-правовыя обязательства, а именно обязательство регулировать (въ качествѣ органа власти) общее пользованіе улицею такъ, чтобы не нарушалось исключительное пользованіе концессіонера, издать соотвѣтственныя обязательныя постановленія и освободить концессіонера отъ платежа оцѣночнаго городского сбора. «Публично-правовая сторона отношенія, говорится въ заключеніи, характеризуется всего точнѣе, какъ предоставленіе предпринимателю со стороны городского управленія ряда привилегій, источникомъ которыхъ можетъ быть только городъ, какъ органъ правительственной власти, но *цѣлью и результатомъ* которыхъ является также установленіе имущественныхъ, гражданскихъ правъ».

Авторы этого интереснаго коллективнаго труда не останавливались на вопросѣ, въ чемъ заключается правовое основаніе публично-правовыхъ обязанностей города и концессіонера, въ договорѣ или въ особомъ, отдѣльномъ отъ него, волеизъявленіи, исходящемъ изъ городского управленія, какъ госу-

---

1) Экземпляръ этого заключенія былъ любезно предоставленъ намъ однимъ изъ консультантовъ, проф. А. Э. Вормсомъ.

дарственнаго учрежденія. Они ограничиваются указаніемъ, что въ разсмотрѣнномъ ими случаѣ въ составъ сдѣлки входятъ, кромѣ положеній, опредѣляющихъ взаимныя имущественныя права и обязанности сторонъ, положенія, устанавливающія «привилегію» концессіонера на особое отношеніе къ нему со стороны городского управленія, какъ органа власти.

Однако, для полной характеристики и юридической конструкціи концессіоннаго договора этихъ указаній недостаточно. Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что концессіонеру не только предоставляются права, но на него также возлагаются обязанности, и притомъ обязанности совершенно особаго свойства.

Городское общественное управленіе, согласно 1 ст. Гор. Пол. вѣдаетъ дѣла о мѣстныхъ пользахъ и нуждахъ, къ которымъ принадлежитъ благоустройство города, водоснабженіе, освѣщеніе (п. 4 ст. 2, п. 10 ст. 138). Имъ регламентируется содержаніе и пользованіе «конно-желѣзныхъ и иныхъ усовершенствованныхъ путей» (п. 5 ст. 108), порядокъ движенія по улицамъ (п. 12) и т. д. Оно, слѣдовательно, совершаетъ относительно своего имущества не одни только частноправовые распорядительные акты, проявляетъ не только свое право собственности на него, но также принадлежащую ему публично-правовую власть. Очень часто городское управленіе, заключая сдѣлку, въ силу которой для частнаго лица открывается возможность пользоваться извѣстнымъ образомъ улицами и площадями, вовсе не имѣетъ въ виду распорядиться своимъ имуществомъ, использовать его въ своемъ интересѣ, какъ собственникъ, а преслѣдуетъ совершенно другую цѣль: организовать удовлетвореніе одной изъ нуждъ городскихъ обывателей. Такой характеръ имѣютъ всѣ нормальные (основные) договоры, заключаемые городомъ съ концессіонерами, будь то конно-желѣзное, трамвайное, водопроводное, электрическое, телефонное или др. общества. Если городское управленіе при этомъ иногда и извлекаетъ доходъ изъ своего имущества, то этотъ частнохозяйственный элементъ все-же имѣетъ совершенно второстепенное значеніе по сравненію съ осуществляемою концессіоннымъ договоромъ общественно-хозяйственною задачею. Нельзя, слѣдовательно, a priori утверждать, что эти договоры заключаются городскимъ управленіемъ въ качествѣ владѣльца городского имущества, а не публичнаго представи-

теля интересовъ города. Одинъ изъ необходимыхъ элементовъ въ ихъ составѣ заключается въ томъ, что концессіонеръ обязуется къ сооруженію предпріятія, необходимаго для благоустройства города, и къ обслуживанію обывателей на заранѣе установленныхъ условіяхъ. Городъ, какъ собственникъ, непосредственно весьма мало заинтересованъ въ существованіи подобныхъ предпріятій и уже совершенно не заинтересованъ въ тѣхъ условіяхъ, на которыхъ ихъ услугами пользуются обыватели, но его это близко касается, какъ учрежденія, вѣдающаго мѣстныя пользы и нужды. Доказательствомъ можетъ служить хотя бы то обстоятельство, что такіе же договоры заключаются городскими управленіями въ т. наз. владѣльческихъ городахъ, построенныхъ на землѣ частныхъ владѣльцевъ. Не городъ является дестинаторомъ обѣщанныхъ концессіонеромъ дѣйствій, а городскіе обыватели. Городское же управленіе, заключая концессіонный договоръ, лишь исполняетъ лежащую на немъ публично-правовую обязанность заботиться объ интересахъ обывателей.

Въ концессіонный договоръ такимъ образомъ какъ бы вносится элементъ обязательствъ въ пользу третьихъ лицъ. Но юридическая фигура договора въ пользу третьихъ лицъ, тѣмъ не менѣе, къ нему не приложима, такъ какъ она предполагаетъ индивидуально опредѣленнаго дестинатара, а не personae incerti, интересы которыхъ по закону ввѣрены промиссару. Принятіемъ на себя указанныхъ обязательствъ промитентъ, въ данномъ случаѣ концессіонеръ, фактически становится исполнителемъ одной изъ задачъ или *общественныхъ службъ* городского управленія и этимъ опредѣляется его правовое положеніе не только по отношенію къ послѣднему, но отчасти также по отношенію къ обывателямъ. Согласившись на отправленіе дѣятельности, имѣющей общественное значеніе и составляющей публично-правовую функцію городского управленія, концессіонеръ тѣмъ самымъ подчиняется ему во всемъ, касающемся порядка ея отправленія. Между ними возникаетъ публично-правовое отношеніе власти и подчиненія. Оно имѣетъ своимъ основаніемъ, съ одной стороны, положеніе закона, коимъ попеченіе о мѣстныхъ пользахъ и нуждахъ въ данной области (пути сообщенія, водоснабженіе, освѣщеніе и пр.) и контроль надъ ихъ удовлетвореніемъ отнесены къ компетенціи городского управленія, а съ другой—согласіе концессіонера на приспособ-

леніе своего предпріятія къ обслуживанію нуждъ обывателей.

Это отношеніе имѣетъ нѣкоторую аналогію съ государственною службою, отъ которой оно, однако, отличается отсутствіемъ лично-служебнаго элемента, а также тѣмъ, что права и обязанности чиновниковъ обыкновенно заранѣе точно установлены; условія же, на которыхъ концессіонеръ обязуется и допускается къ отправленію «общественной службы», наоборотъ, каждый разъ особо опредѣляются договоромъ. Эти условія сводятся къ предоставленію какъ той, такъ и другой сторонѣ извѣстныхъ имущественныхъ правъ. Главныя изъ нихъ: право концессіонера на пользованіе городскими землями (иногда также зданіями) для даннаго предпріятія и на его безпрепятственную эксплоатацію въ теченіе опредѣленнаго срока и права города на часть валового или чистаго дохода, на выкупъ предпріятія до истеченія срока и на его безмездное пріобрѣтеніе по его истеченіи.

Въ нормальныхъ (основныхъ) договорахъ обыкновенно опредѣляется, какъ городское общественное управленіе должно пользоваться своею публичною властью по отношенію къ концессіонеру, напр., какіе налоги должны быть сложены съ него, какіе, наоборотъ, должны быть уплачиваемы имъ въ повышенномъ размѣрѣ, какія обязательныя постановленія будутъ издаваться въ цѣляхъ содѣйствія концессіонеру, какія мѣры будутъ приниматься въ случаѣ его неисправности (денежные штрафы не выше опредѣленной суммы), и т. д. Всѣ эти положенія договора, однако, не могутъ быть толкуемы, какъ ограниченіе или измѣненіе публичныхъ правъ и обязанностей городского управленія, ибо кругъ этихъ правъ и обязанностей точно очерченъ закономъ и ни поступаться ими, ни измѣнять ихъ городъ не можетъ. Публично-правовое положеніе города составляетъ часть «общественнаго порядка», о которомъ говорится въ ст. 1528 т. X ч. 1, а потому договоръ, клонящійся къ его измѣненію, въ соотвѣтственной части долженъ былъ бы считаться недѣйствительнымъ. На самомъ дѣлѣ, смыслъ указанныхъ постановленій заключается не въ измѣненіи публично-правового положенія городского управленія, а лишь въ принятіи имъ на себя имущественной отвѣтственности (гарантіи) на случай отступленія отъ порядка, ненарушимость котораго имѣлась въ виду сторонами при заключе-

нiи концессiоннаго договора. Ими, слѣдовательно, устанавливается имущественное обязательство, даваемое концессiонеру на случай ухудшенiя условiй эксплуатацiи предпрiятiя вслѣдствiе дѣйствiй или упущенiй городского управленiя.

Сказанное приводитъ насъ къ тому заключенiю, что нашему праву наиболѣе соотвѣтствуетъ признанiе концессiоннаго договора смѣшанною сдѣлкою, слагающеюся изъ двухъ разнородныхъ элементовъ: 1) изъ административнаго акта, коимъ концессiонеръ допускается къ обслуживанiю мѣстныхъ нуждъ, составляющему одну изъ обязанностей и предметъ вѣдомства городского управленiя, но добровольно принятому на себя концессiономъ на опредѣленныхъ условiяхъ; 2) изъ частноправового договора, устанавливающаго имущественныя права и обязанности сторонъ. Правоотношенiя, вытекающiя изъ административнаго акта, имѣютъ публично-правовой характеръ. Городское управленiе, опредѣляя и регламентируя порядокъ дѣятельности концессiонера, направленной на указанную цѣль, дѣйствуетъ какъ власть въ кругу своихъ компетенцiй и можетъ прибѣгать къ принудительнымъ мѣрамъ или просить о принятiи таковыхъ другiе органы государства. Вопросъ о правильности или неправительности его дѣйствiй долженъ рѣшаться на основанiи нормъ публичнаго права и въ административномъ порядкѣ. Наоборотъ, имущественныя отношенiя сторонъ, поскольку они вытекаютъ изъ договорнаго соглашенiя, а не изъ положенiя, занимаемаго городскимъ управленiемъ, какъ властью, лежатъ всецѣло въ плоскости гражданскаго права.

Когда концессiонеръ нарушаетъ свои договорныя обязанности или выходитъ изъ предѣловъ разрѣшеннаго ему пользованiя городскими улицами, площадями и т. д., городское управленiе можетъ искать съ него судебнымъ порядкомъ. Но, если дѣйствiями концессiонера въ то же время нарушается порядокъ, установленный городскимъ управленiемъ, какъ учрежденiемъ, на которомъ лежитъ забота объ исправномъ состоянiи улицъ и площадей, оно можетъ требовать возстановленiя нарушеннаго порядка, не прибѣгая къ суду. Въ рѣшенiи общаго собранiя перваго и кассацiонныхъ департаментовъ сената по дѣлу гор. Бердичева съ обществомъ бердичевскаго водоснабженiя о сносѣ съ городской площади башни, построенной безъ согласiя города (о. с. 1910 г. № 32), выска-

зывается даже положеніе, что «всѣ дѣла, касающіяся предмета пользованія улицами и площадями, возбуждаемыя самими же городскими общественными управленіями или частными лицами, а равно правительственными, земскими, сословными установленіями, подлежатъ разрѣшенію въ порядкѣ административныхъ инстанцій». Впослѣдствіи сенату однако пришлось внести существенную поправку въ это положеніе. Въ рѣшеніи 1912 г. за № 116 онъ разъясняетъ, что категоричность положенія, высказаннаго общимъ собраніемъ, объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что рѣчь шла о владѣльческомъ городѣ. Тамъ, гдѣ городу принадлежитъ не только право административнаго завѣдыванія улицами и площадями, но также право собственности на нихъ, онъ не лишенъ права добиваться сноса самовольно возведенныхъ сооруженій въ гражданскомъ судѣ, основываясь на фактѣ нарушенія его права собственности.

Гораздо менѣе опредѣленна и ясна практика сената (какъ кассаціоннаго, такъ и 1-го департаментовъ) по вопросу о послѣдствіяхъ нарушенія городскимъ общественнымъ управленіемъ своихъ обязанностей. Согл. ст. 141 Гор. Пол. (1892 г.), «частныя лица, общества и управленія, въ случаѣ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ дѣйствіями общественнаго управленія, имѣютъ право иска на общемъ основаніи.» (уст. гражд. суд., ст. 1 и прим.). Но каково «общее основаніе» судебной отвѣтственности городского управленія по нашему праву? При разрѣшеніи этого вопроса вниманіе сената сосредоточено исключительно на критеріи для разграниченія подвѣдомственности споровъ, вызванныхъ нарушеніями правъ частныхъ лицъ, судебнымъ или административнымъ учрежденіямъ. Матеріально-правовая сторона, т. е. вопросъ о томъ, должны ли послѣдствія нарушенія обсуждаться по началамъ частнаго или публичнаго права, остается совершенно въ тѣни. Какъ мы уже указывали, для этого вопроса рѣшающее значеніе, по мнѣнію сената, имѣетъ то обстоятельство, дѣйствуетъ ли городское управленіе въ качествѣ власти или какъ субъектъ своей имущественной сферы. Въ первомъ случаѣ вытекающія изъ его дѣйствій правоотношенія относятся къ публичному, во второмъ къ гражданскому праву [1]). Заключеніе же до-

1) Наиболѣе полный обзоръ разъясненій и опредѣленій по данному вопросу см. у Мыша Город. Полож. 8 изд. (1915) подъ ст. 141 и Гордона, Уст. гр. суд. (1914 г.) подъ ст. 1—2.

говора съ частными лицами разсматривается, какъ дѣйствіе, относящееся къ имущественной сферѣ города.

Однако, сенату не удалось строго держаться преподанной имъ доктрины. Такъ, въ рѣшеніи 1884 г. за № 21, имъ указывается, что имущественныя требованія частныхъ лицъ къ городу могутъ иногда не имѣть частно-правового характера. Таково, напр., требованіе учителемъ уплаты жалованья. «Судебному же охраненію подлежатъ только *гражданскія права въ тѣсномъ смыслѣ слова*». Къ нимъ не принадлежатъ «*служебныя права*» [1]).

Болѣе существенно уклоненіе въ обратную сторону, т. е. въ сторону признанія актовъ власти основаніемъ для возникновенія *гражданскихъ* правоотношеній. Въ рѣш. 1880 г. № 8 разбирается такой случай.. Городское управленіе оштрафовало общество конно-желѣзныхъ дорогъ за несвоевременный взносъ акциза, размѣръ котораго былъ установленъ въ концессіонномъ договорѣ, и взыскало этотъ штрафъ въ безспорномъ порядкѣ. Сенатъ призналъ искъ о возвращеніи взысканнаго штрафа подлежащимъ *судебному* разбирательству, такъ какъ требованіе истца «заключало въ себѣ не жалобу на распоряженія и дѣйствія управы по взысканію этого налога, а просьбу о возстановленіи нарушенныхъ таковыми дѣйствіями управы гражданскихъ правъ истца по договору, а по точному смыслу указанной самимъ просителемъ 148 (нынѣ 141) ст. Город. Полож., подобныя требованія могутъ быть заявляемы въ формѣ иска на общемъ основаніи». Такимъ образомъ тому обстоятельству, въ какомъ качествѣ городское управленіе нарушило свои договорныя обязанности, въ данномъ случаѣ не придавалось никакого значенія. Въ болѣе общей и рѣшительной формѣ та же мысль высказана сенатомъ въ рѣш. 1902 г. за № 126 по поводу нарушенія городомъ права частной собственности. Послѣ замощенія улицъ и выравненія ея уровня сообщеніе между дворомъ одного изъ прилегающихъ къ ней домовъ и улицею оказалось затрудненнымъ. Сенатъ призналъ за домовладѣльцемъ право на возмѣщеніе расходовъ по устраненію этого неудобства, хотя въ то же время не отрицаетъ закономѣрности дѣйствій города. Домовладѣлецъ,

---

[1]) Ср. также рѣш. 1881 г. № 148 (искъ секретаря городской думы о жалованіи), рѣш. 1876 г. № 216, 1910 г. № 73 и др.

говоритъ сенатъ, имѣетъ право на сообщеніе двора съ улицею. «Однако же, отсюда вовсе не слѣдуетъ, что уровень улицы долженъ оставаться навсегда неизмѣннымъ. Напротивъ, въ интересахъ городского благоустройства можетъ представиться необходимость измѣнить уровень улицы пониженіемъ либо повышеніемъ его. Но, при измѣненіи уровня улицы, право смежныхъ домовладѣльцевъ на пользованіе ею, конечно, должно быть принимаемо въ уваженіе. *Если общія выгоды города вызываютъ необходимость стѣснить имущественныя права отдѣльныхъ горожанъ-домовладѣльцевъ, то послѣдніе, поступаясь своимъ личнымъ интересомъ для интереса общаго, имѣютъ несомнѣнное право на вознагражденіе за это.* Вознагражденіе должно быть опредѣлено либо добровольнымъ съ ними соглашеніемъ городского общественнаго управленія, либо путемъ исходатайствованія экспропріаціи въ установленномъ закономъ порядкѣ (575 и слѣд. ст.ст. зак. гражд.). Такъ какъ *частные интересы отдѣльныхъ домовладѣльцевъ приносятся въ жертву общей пользѣ* города, то и вознагражденіе должно быть уплачиваемо изъ общихъ средствъ города. Въ данномъ случаѣ городское общественное управленіе, не войдя ни въ какое соглашеніе съ домовладѣльцами Садоваго переулка и не опредѣливъ имъ «справедливаго и приличнаго вознагражденія» (ст. 575) въ томъ порядкѣ, какой установленъ на случай необходимости подчиненія частныхъ интересовъ интересу общественному, распорядилось о такомъ пониженіи уровня переулка посредствомъ выемки земли, что прилегающій къ нему дворъ истца лишился возможности въѣзда и выѣзда, а у построекъ обнажились фундаменты. При такихъ обстоятельствахъ домовладѣлецъ имѣетъ *справедливое основаніе* требовать возмѣщенія причиненнаго ему вреда».

Въ приведенныхъ разсужденіяхъ сената заключается попытка, путемъ распространительнаго толкованія ст. 575, перенести къ намъ ученіе, пользовавшееся на Западѣ до послѣдняго времени большимъ успѣхомъ. Согласно этому ученію, государство, требуя отъ отдѣльнаго лица въ общемъ интересѣ несенія *особыхъ* имущественныхъ жертвъ, т. е. сверхъ тѣхъ, которыя законъ возлагаетъ на всѣхъ гражданъ, обязано вознаградить его за эти жертвы [1]). Право на возна-

1) См. G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte, стр. 15 сл., Gerh.-Anschütz ук. соч. стр. 17 сл., 60 сл.

гражденіе выводится одними изъ начала неприкосновенности «пріобрѣтенныхъ правъ», на стражѣ которыхъ стоитъ гражданскій судъ, другими—изъ общихъ принциповъ уравнительной справедливости. Сенатъ въ приведенномъ рѣшеніи склоняется, повидимому, ко второму взгляду, но не сомнѣвается въ частно-правовомъ характерѣ обязанности къ возмѣщенію убытковъ.

Однако, когда 10 лѣтъ спустя, В. А. Маклаковъ, по уже упомянутому дѣлу В. Шмидтъ съ министерствомъ внутреннихъ дѣлъ, добивался въ гражданскомъ судѣ «справедливаго и приличнаго вознагражденія» для владѣльца имущества, уничтоженнаго для цѣлей усмиренія мятежа, подкрѣпивъ свое требованіе ссылкою на то, что, согласно ст. 77 осн. зак. и 574 ст. т. X ч. 1, никто не можетъ быть лишенъ своихъ правъ безъ суда, сенатъ уклонился отъ примѣненія положенія, имъ же формулированнаго въ рѣш. 1902 г. № 126, и объявилъ возбужденный споръ неподвѣдомственнымъ суду. Любопытно то, что онъ при этомъ впервые высказываетъ взглядъ, приближающійся къ изложенному выше ученію о публичномъ возмѣщеніи ущерба.

Въ противоположность преподанному въ 1902 г. разъясненію, сенатъ полагаетъ, что «къ публичнымъ правамъ, очевидно, должны быть относимы и права частныхъ лицъ на возмѣщеніе убытковъ, причинившихъ ущербъ въ ихъ имуществѣ такими дѣйствіями и распоряженіями органовъ правительственной власти, которыя вызываются необходимостью принятія чрезвычайныхъ мѣръ... Вотъ именно такой характеръ, характеръ спора о правѣ публичномъ, являетъ и предъявленный... искъ о возмѣщеніи убытковъ..., вслѣдствіе чего искъ этотъ не можетъ подлежать вѣдѣнію гражданскаго суда» (рѣш. 1913 г. № 52). Признаніе высшимъ судомъ субъективнаго публичнаго права гражданъ на возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ *правомѣрными* дѣйствіями органовъ правительственной и общественной власти, можно было бы привѣтствовать какъ знаменательное проявленіе судейскаго творчества, если бы у насъ было малѣйшее основаніе надѣяться, что органами административной юстиціи это положеніе будетъ усвоено, что они точнѣе опредѣлятъ предѣлы и условія отвѣтственности государства и признаютъ институтомъ дѣйствующаго права, словомъ, — разовьютъ мысль сената со-

образно съ требованіями жизни. У насъ же рѣшеніе по дѣлу Шмидта знаменуетъ собою только отказъ отъ судебной защиты правъ частныхъ лицъ, нарушенныхъ правомѣрными дѣйствіями власти. Въ рѣшеніи 1902 года за № 126 сенатъ обосновалъ противоположный взглядъ исключительно соображеніями соціальной справедливости и, какъ намъ кажется, это дѣйствительно единственное основаніе, которое можетъ быть приведено въ подтвержденіе его взгляда. Ссылка В. А. Маклакова на вводныя слова 574 ст. т. X ч. 1: «по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ»,—могла бы служить подтвержденіемъ обязанности государства вознаграждать лицъ, потерпѣвшихъ убытки отъ закономѣрныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, если бы у насъ такой «общій законъ» существовалъ. Но В. А. Маклаковъ самъ признаетъ, что подобной законодательной нормы у насъ нѣтъ ни въ X томѣ, ни въ другихъ томахъ свода. «Очевидно, говоритъ онъ, рѣчь идетъ объ общемъ принципѣ, о духѣ гражданскихъ законовъ, иначе говоря, это презумпція, предполагаемая законодателемъ, хотя и нигдѣ имъ прямо не формулированная. Сущность этой презумпціи состоитъ въ томъ, что невознаградимость убытковъ никогда не предполагается и можетъ быть поэтому установлена лишь частнымъ спеціальнымъ закономъ, возлагающимъ на данное лицо обязанность нести эти убытки» [1]).

Трудно, однако, согласовать съ «презумпціею вознаградимости» то, что наши законы спеціально предусматриваютъ частные случаи, когда за лицами, на имущество которыхъ посягаетъ государство, признается право на вознагражденіе, и что они въ ст. 77 основныхъ законовъ особо оговариваютъ, что «принудительное отчужденіе недвижимыхъ имуществъ, когда сіе необходимо для какой-либо государственной или общественной пользы, допускается не иначе, какъ за справедливое и приличное вознагражденіе». Презумпція вознаградимости въ такой общей формѣ несомнѣнно чужда также нашему публичному праву, не признающему, въ видѣ общаго начала, отвѣтственности государства за дѣйствія должностныхъ лицъ и ограждающихъ этихъ

[1]) См. докладъ В. А. Маклакова на тему „Гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ“ въ Трудахъ СПБ. Юрид. Общ. т. IV, стр. 5 и его же замѣтку въ Вѣстн. Гр. Права за 1913 г., № 2, стр. 128 сл.

лицъ, даже въ случаѣ ихъ неправомѣрныхъ дѣйствій, отъ судебной отвѣтственности при помощи такъ наз. административной гарантіи. Трудно допустить такую несогласованность «общаго духа» нормъ гражданскаго и публичнаго права.

Въ ст. 574 т. X ч. 1 дѣйствительно содержится ссылка на общее правовое начало, быть можетъ, даже на принципъ, формулированный В. А. Маклаковымъ, но, къ сожалѣнію, это начало не реципировано нашимъ положительнымъ правомъ, не находитъ въ немъ опоры. На такую мысль наводитъ сопоставленіе статьи 574 съ господствовавшимъ въ концѣ 18 и въ началѣ 19 вѣка ученіемъ о неприкосновенности такъ наз. пріобрѣтенныхъ правъ. Подъ ними первоначально [1]) подразумѣвались какъ прирожденныя, такъ и пріобрѣтенныя однимъ изъ законныхъ способовъ частныя права. Но уже теоретики естественнаго права (Пюттеръ, Пфейферъ и др.), начиная съ 18 вѣка, обозначаютъ терминомъ «jura quaesita» только послѣднія, т. е. права, основанныя на какомъ-нибудь легальномъ титулѣ. Государство можетъ посягать на нихъ, когда этого требуетъ общее благо, но должно вознаграждать частныхъ лицъ за понесенныя ими «особыя жертвы».

Перенесенное изъ естественнаго права на почву положительнаго, это ученіе, однако, потерпѣло существенныя ограниченія. Въ полномъ объемѣ оно было реципировано только прусскимъ общеземскимъ уложеніемъ [2]). Въ остальныхъ двухъ кодификаціяхъ той эпохи—французскомъ кодексѣ и австрійскомъ уложеніи—понятіе «пріобрѣтенныхъ правъ» сохранилось только какъ масштабъ для обратнаго дѣйствія закона [3]). Неприкосновенность же частныхъ правъ по отношенію къ государству сохранена исключительно для права собственности.

---

[1]) Подробную догматическую исторію этого института даетъ Affolter, Das intertemporale Privatrecht (1901) § 70—81.

[2]) См. Allg. Landr., Einl. § 74. Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen. § 75: Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten.—См. исторію этихъ положеній у Anschütz ук. соч. стр. 67 сл.

[3]) Code civil, art 2 и австр. Alg. BGb. ст. 5. Франц. кодексъ не упоминаетъ о „droits acquis“, но нѣтъ сомнѣній, что рѣчь идетъ именно о нихъ. См. Locré, Législation civile I стр. 565: „troublé dans ses droits acquis par une loi postérieure. Ср. Planiol, Traité. I § 241 и 255.

На этой почвѣ сложился особый гражданско-правовой институтъ (возмездной) экспропріаціи въ общемъ интересѣ.

Возможно, что составители нашего свода, подъ вліяніемъ прусскаго уложенія и доктрины естественнаго права, исходили изъ предположенія о существованіи «общаго закона», по которому никто не можетъ быть лишенъ судебной защиты пріобрѣтенныхъ имъ законнымъ способомъ правъ и всякій имѣетъ право на вознагражденіе за понесенныя для общей пользы особыя имущественныя жертвы [1]). Но это предположеніе намъ все же кажется мало вѣроятнымъ, если принять во вниманіе, что незадолго до изданія нашего свода (4 декабря 1831 г.) въ Пруссіи послѣдовало, въ порядкѣ кабинетнаго указа, разъясненіе, что § 75 общезем. улож. даетъ право на вознагражденіе только въ тѣхъ случаяхъ, «когда интересы всѣхъ обывателей государства требуютъ административныхъ дѣйствій, нарушающихъ *частную собственность* отдѣльнаго лица» [2]).

Болѣе простымъ и вѣроятнымъ намъ кажется другое объясненіе смысла вводныхъ словъ ст. 574, непосредственно вытекающее изъ духа и содержанія законоположеній, приведенныхъ подъ этою статьею. Какъ легко можно убѣдиться, въ нихъ проводится та общая мысль, безчисленное множество разъ повторенная въ нашемъ дореформенномъ правѣ, что самоуправное разрѣшеніе споровъ и обидъ не допустимо, что защищать отъ правонарушеній и обидъ призванъ судъ, обязанный присуждать всякаго правонарушителя къ возмѣщенію ущерба [3]). Составители свода сочли умѣстнымъ воспроизвести въ законѣ этотъ историческій фундаментъ судебной отвѣтственности за гражданскія правонарушенія въ видѣ ссылки на «общій законъ», по которому никто не можетъ самоуправно («безъ суда») лишить другого принадлежащихъ ему правъ. Они при этомъ имѣли въ виду не отношеніе государства какъ

[1]) Въ первыхъ изданіяхъ свода за ст. 353 (нынѣ 574) слѣдовало отдѣл. I: „О вознагражденіи общественномъ". Ст. 354: Когда частное недвижимое имущество потребуется для какой-либо общественной пользы или необходимаго употребленія, тогда владѣльцу онаго должно быть опредѣлено въ то же время приличное вознагражденіе.

[2]) См. Anschütz, указ соч., стр. 76.

[3]) См. напр. улож. 1649 г. ст. 215 и ст. 88, Морской уставъ 1720 г. ст. 101 („и понеже за всѣ обиды довольное наказаніе опредѣлено есть судомъ, къ которому надлежитъ свои обиды приносить, а не самимъ управливаться"), маниф. о поединкахъ 1787 г. § 17.

публично-правового союза къ правамъ гражданъ, а взаимоотношенія частныхъ лицъ [1]).

Попытаемся теперь, на основаніи всего изложеннаго, опредѣлить значеніе «права иска на общемъ основаніи», о которомъ говорится въ ст. 141 Гор. Пол. Городское общественное управленіе вообще отвѣчаетъ передъ концессіонерами наравнѣ со всякимъ другимъ договорнымъ контрагентомъ, но за дѣйствія, совершенныя отъ его имени, какъ государственнаго учрежденія (актовъ власти), оно не сетъотвѣтственность (судебную) лишь постольку, поскольку оно, по смыслу договора, приняло на себя имущественныя гарантіи на случай ухудшенія положенія концессіонера отъ такихъ дѣйствій. Требовать въ судебномъ порядкѣ возстановленія права, нарушеннаго такимъ актомъ, и отмѣны распоряженія, противорѣчащаго договору, концессіонеръ не можетъ. Противъ неправомѣрныхъ дѣйствій органовъ городского управленія ему открытъ путь обжалованія въ административномъ порядкѣ. По отношенію же къ распоряженіямъ, не выходящимъ изъ предѣловъ власти городского управленія, и этотъ путь для него закрытъ, даже когда они по существу противорѣчатъ интересамъ обывателей. «Горожане, по словамъ сената, обязаны считать распоряженіе городской управы согласнымъ съ интересами города и ему подчиняться» [2]).

Подводя итогъ обзору нашего дѣйствующаго права, мы можемъ сказать, что теорія, усматривающая въ концессіонномъ договорѣ единый, облеченный въ форму соглашенія, административный актъ, порождающій одновременно публичныя и гражданскія правоотношенія, къ нашему праву неприложима. Нельзя, равно, видѣть въ немъ чисто цивильный договоръ. Составляя смѣшанную сдѣлку, концессіонный договоръ и, въ частности, нормальные (основные) договоры, заключаемые городскими управленіями, обнимаютъ административный актъ, устанавливающій публично-правовое отношеніе власти и подчиненія,

---

[1]) Ср. С. А. Бѣляцкина. Война и государственное вознагражденіе. Петр. 1915 г., стр. 10 сл. Этотъ авторъ видитъ въ вознагражденіи за правомѣрныя дѣйствія государства „публично-частное право sui generis“, неизвѣстное „какъ особый правовой институтъ“ нашему дѣйствующему закону. Едва ли такая смѣшанная конструкція можетъ способствовать уясненію этого института и лечь въ основаніе его законодательной нормировки.

[2]) Заключительныя слова рѣшенія 1902 г. № 126. Ср. также рѣш. 1823 г. № 84.

обсуждаемое по началамъ публичнаго права, и цивильный договоръ, порождающій между сторонами индивидуальныя имущественныя отношенія, подлежащія всецѣло нормамъ гражданскаго права. Въ случаѣ коллизіи между правомѣрными дѣйствіями городского управленія, какъ власти, и его договорными обязанностями, оно, когда противное не указано въ законѣ, отвѣчаетъ лишь въ предѣлахъ принятой ею по договору гарантіи.

II.

Нормативное свойство концессіоннаго договора.

Концессіоннымъ договоромъ не только опредѣляются взаимныя права и обязанности городского управленія и концессіонера и правовое положеніе послѣдняго, какъ лица, отправляющаго общественную функцію; имъ, какъ мы указывали заранѣе, въ абстрактной формѣ, указываются условія эвентуальныхъ будущихъ договоровъ концессіонера съ обывателями. Эта сторона концессіоннаго договора представляетъ значительныя теоретическія трудности и въ то же время большой практическій интересъ. Несоблюденіе концессіонными обществами нормативныхъ условій, съ цѣлью извлеченія изъ своего монопольнаго положенія не предусмотрѣнныхъ договоромъ выгодъ, служитъ наиболѣе частымъ поводомъ для нареканій со стороны обывателей и городскихъ управленій. Юридически нормативное свойство концессіоннаго договора гораздо труднѣе объяснить и согласовать съ господствующими ученіями, чѣмъ уже разсмотрѣнныя нами конститутивныя послѣдствія этого своеобразнаго института. Изъ сказаннаго нами о юридической природѣ концессіоннаго договора, его нормативная функція логически не вытекаетъ.

Стороны, устанавливая въ концессіонномъ договорѣ условія будущихъ эвентуальныхъ договоровъ, несомнѣнно имѣютъ въ виду, чтобы договоръ въ этой части дѣйствовалъ, чтобы въ концедированной отрасли обслуживанія мѣстныхъ нуждъ

ими руководствовались не только концессіонеръ, но также обыватели, пользующіеся услугами его предпріятія. Такой нормативный эффектъ, однако, по господствующимъ воззрѣніямъ, не вытекаетъ изъ квалификаціи концессіоннаго договора ни какъ акта власти, ни какъ договорнаго соглашенія. Вторженіе органовъ власти въ гражданско-правовыя отношенія, каковыми несомнѣнно являются отношенія между концессіонерами и его кліентами, возможно только въ указанныхъ въ законѣ формахъ и случаяхъ [1]). Въ частности—городскому общественному управленію, по нашимъ законамъ, не дано право ограничивать договорную свободу частныхъ лицъ иначе, какъ въ порядкѣ обязательныхъ постановленій и исключительно по предметамъ, перечисленнымъ въ городовомъ положеніи. Договорныя же соглашенія, по господствующему ученію, устанавливаютъ правоотношенія только между совершившими ихъ лицами или тѣми, представителями которыхъ они являются, но ими не создаются абстрактныя положенія, дополняющія, подобно нормамъ объективнаго права, содержаніе эвентуальныхъ договоровъ.

Мы такимъ образомъ наталкиваемся на общую проблему, имѣющую большое теоретическое и практическое значеніе,— на проблему нормативной функціи соглашеній, проявляющейся въ созданіи, путемъ частныхъ волеизъявленій, абстрактныхъ правовыхъ нормъ или объективнаго правопорядка для опредѣленной соціальной сферы. Мы попытаемся сперва найти теоретически правильное разрѣшеніе этой проблемы, а потомъ отвѣтить на вопросъ о силѣ и значеніи нормативной части

1) Существованіе актовъ, не исходящихъ отъ законодательной власти и имѣющихъ нормативный характеръ, никѣмъ не отрицается, но ихъ обыкновенно противопоставляютъ „административному акту въ собственномъ смыслѣ", какъ акту, направленному на „установленіе и измѣненіе или прекращеніе конкретныхъ юридическихъ отношеній или состояній". (См. Елистратовъ, Основ. начала административнаго права, стр. 184, Kormann, ук. соч., стр. 29 сл.). Такіе акты называютъ то „регламентарными" (напр. Barthélémy, Moreau), то „организаціонными" (Hauriou), то „указами"—„Verordnungen" (Rosin), то „генеральными распоряженіями"—Generalverfügungen (Haenel, O. Mayer) и т. д. О способности административнаго акта создавать абстрактныя нормы въ сферѣ компетенціи издающаго ихъ органа власти и о юридической природѣ подобныхъ актовъ, ср. O. Mayer, Deut. Verwal. I, стр. 122 сл., Esmein, La délégation du pouvoir législatif. въ Revue pol. et parl., за 1914 г., стр. 290 сл., Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft (1886), стр. 4, Дюгю, Констит. право, стр. 258 и сл., Moreau, Le réglement administratif, Елистратова, ук. соч., стр. 170 сл., Fleiner, Instit., стр. 62 (тамъ дальнѣйшая литература).

концессіоннаго договора на основаніи нашего дѣйствующаго права.

Одно изъ основныхъ положеній гражданскаго права гласитъ что волеизъявленія (одностороннія и договоры) связываютъ, и управомочиваютъ только тѣхъ, отъ кого они исходятъ. Институты правопреемства, представительства и договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, составляя уклоненія отъ этого догмата, не могли поколебать его, какъ общее правило. Нельзя было, однако, совершенно закрывать глаза на существованіе какъ въ публичномъ, такъ и въ частномъ правѣ соглашеній или совмѣстныхъ волеизъявленій, явно разсчитанныхъ на болѣе обширный правовой эфектъ, а именно на установленіе извѣстнаго порядка, которому должны подчиняться не сами согласившіеся, или, по крайней мѣрѣ, не только они, а неопредѣленный кругъ лицъ, причастныхъ къ извѣстной соціальной сферѣ, напр. члены корпорацій или лица, занятыя въ опредѣленныхъ предпріятіяхъ, или пользующіяся услугами опредѣленнаго предпріятія. Для такихъ соглашеній въ традиціонной системѣ частно-правовыхъ сдѣлокъ не оказалось мѣста; онѣ не укладывались ни въ одно изъ извѣстныхъ юридической наукѣ понятій. Въ литературѣ этотъ фактъ не остался незамѣченнымъ.

«Я хочу», говоритъ Кунце, авторъ перваго монографическаго изслѣдованія по этому вопросу, «добиться признанія въ наукѣ юридическаго понятія, отсутствіе котораго составляетъ крупный пробѣлъ въ догматической системѣ нашего права. Моя задача восполнить этотъ пробѣлъ» [1]).

Для этой цѣли Кунце воспользовался особою юридическою фигурою, построенною уже до него Оттономъ Гирке при опредѣленіи природы учредительныхъ договоровъ, т. е. соглашеній, заключаемыхъ съ цѣлью образованія союзовъ или корпорацій. Такія соглашенія, замѣчаетъ Гирке [2]), «только одною стороною относятся къ договорному праву. Въ то же время они являются элементами творческаго акта, создающаго соціальнаго носителя воли. Тѣми же дѣйствіями, коими индивиды поступаются частью своей свободы, они сукцессивно

1) Ioh. Emil Kuntze, Der Gesammtakt, ein neuer Rechtsbegriff въ Festgabe der Leipziger Juristenfak. für Otto Müller (Lpz. 1892), стр. 29.
2) Gierke: Genossenschaftstheorie, стр. 132. Ср. Bekker, System d. heutigen Pandektenrechts (1887), II, стр. 84, 87.

кладутъ основаніе новому соціальному существу (Gemeinwesen), членами котораго они себя объявляютъ... Но это учредительное дѣйствіе не есть договоръ, а односторонній коллективный актъ (ein einseitiger Gesammtakt), не имѣющій паралелли въ индивидуальномъ правѣ» [1]).

По другому поводу, а именно въ изслѣдованіи, посвященномъ основанію сѣверо-германскаго союза, къ такому же построенію приходитъ Биндингъ [2]), который даетъ этимъ актамъ названіе Vereinbarung (соглашеніе воль) въ противоположность договору. «Договоромъ, поясняетъ Биндингъ, называется сдѣлка, совершаемая посредствомъ двухъ, исходящихъ отъ разныхъ правовыхъ субъектовъ, дѣйствій различнаго содержанія, направленныхъ на одну и ту же цѣль и непремѣнно дополняющихъ другъ друга. Соглашеніемъ (въ смыслѣ Vereinbarung) называется слiяніе нѣсколькихъ одинаковыхъ по содержанію воль. Оно—единственный способъ образованія общей воли». Іеллинекъ [3]), развивая ученіе Биндинга, замѣчаетъ, что «соглашеніе въ указанномъ смыслѣ, имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ нѣсколько воль, дѣйствуя врозь, не имѣли бы юридической возможности породить опредѣленный юридическирелевантный волевой актъ». Онъ прибавляетъ, что такія же соглашенія встрѣчаются въ частномъ правѣ, какъ, напр., въ учредительныхъ актахъ, на которыхъ основаны уставы корпорацій (стр. 196).

Кунце въ уже упомянутой монографіи опредѣляетъ «коллективный актъ», какъ сдѣлку, въ которой участвуютъ нѣ-

---

[1]) Въ примѣчаніи Гирке добавляетъ: Die ...dem Vertragezugemutete Leistung ein neues und selbständiges „Rechtssubjekt" hervorzubringen, wird so lange undenkbar bleiben, als unter „Vertrag" eine Willenseinigung über die Gestaltung subjektiver Rechtsverhältnisse verstanden wird. Soll nicht überhaupt der ganze Vertragsbegriff unklar zerfliessen, so muss er streng auf das Gebiet der von der Rechtsordnung anerkannten Freiheitssphären für sich stehender Subjekte eingeschränkt werden. Ср. Karlowa въ Zeitschr. f. priv. und öff. R. XV, стр. 406, Bernatzik въ Arch. f. öff. R., V, стр. 250.

[2]) Binding, Die Gründung d. norddeutschen Bundes. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung. Lpz. 1889 (оттискъ изъ Festgabe f. Windscheid).

[3]) Georg Iellinek, System der subj. öffentl. Rechte (1892), стр. 193 сл. Его опредѣленіе нѣсколько расходится съ опредѣленіями Биндинга: „Vertrag ist eine Verabredung mehrerer Personen über Vollziehen und Empfangen von Leistungen. Vereinbarung ist Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung gemeinsamer, Vertrag Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung entgegengesetzter oder doch nicht congruirender Interessen".

сколько человѣкъ не съ тѣмъ, чтобы другъ друга связывать, а для того, чтобы производить желанный всѣми участниками единый совокупный эффектъ по отношенію къ третьимъ лицамъ. «Участники соглашенія не стоятъ другъ противъ друга, а образуютъ всѣ вмѣстѣ одну сторону, выступаютъ какъ соучастники (Parteigenossen). Въ этомъ «плюрализмѣ» (въ противоположность «дуализму» договора), по мнѣнію Кунце, заключается формальный отличительный признакъ коллективнаго акта. По существу же—для него характерно отсутствіе момента «связыванія воли (Willensbindung)», составляющаго специфическое свойство договора. Кунце очень широко понимаетъ понятіе коллективнаго акта. Онъ сюда относитъ, напр., совмѣстное установленіе нѣсколькими собственниками сервитута на общее имѣніе, сдѣлки, совершаемыя совмѣстно нѣсколькими коллективными прокуристами, соглашеніе учредителей объ основаніи акціонерной компаніи, совмѣстное основаніе нѣсколькими лицами учрежденія (Stiftung), совмѣстныя дѣйствія нѣсколькихъ душеприказчиковъ и т. под. Общее во всѣхъ этихъ примѣрахъ 1) соучастіе въ одномъ совмѣстномъ волеизъявленіи нѣсколькихъ лицъ, его «односторонній плюрализмъ», 2) то, что эффектъ этого акта, по выраженію Кунце, «лежитъ всегда внѣ индивидуальной правовой сферы совершающихъ его лицъ, между которыми онъ не устанавливаетъ никакой юридической связи, никакихъ взаимныхъ правоотношеній» (стр. 45).

Съ тѣхъ поръ не только нѣмецкіе, но также французскіе и итальянскіе юристы [1]) не разъ прибѣгали къ конструкціи односторонняго коллективнаго акта. Всѣ они подчеркиваютъ его «односторонній плюрализмъ» и особый «творческій эффектъ», проявляющійся, по мнѣнію Гирке, въ томъ, что частными волеизъявленіями можетъ быть созданъ «новый носитель воли», а по Биндингу [2]) «въ правотворчествѣ extra legem».

[1]) Литература наиболѣе полно указана у Gleitsmann, Gesammtakt und Vereinbarung (Diss. Halle 1900, а также Verwaltungsarchiv за 1902 г., стр. 395 сл.), G. de Bézin, Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe, въ „Récueil de législation de Toulouse" за 1905 г., стр. 239 сл.; Donato Donati, Atto complesso (оттискъ изъ „Archivio guiridico" за 1903).

[2]) Указ. соч., стр. 67: Die Vereinbarung selbst ist weder Gesetzes- noch Rechtsvollzug, vielmehr ein rechtsbegründender Akt extra legem. Оно нѣчто отличное отъ договора и въ то же время „нѣчто противоположное акту подчиненія одной стороны другой" (стр. 70).

Насъ интересуетъ вопросъ, какъ сторонники этого ученія объясняютъ правотворческій эффектъ, въ чемъ видятъ его правовое основаніе. Кунце обходитъ этотъ вопросъ молчаніемъ. Очень кратки и неясны также въ этомъ пунктѣ объясненія Биндинга. «Правотворческая сила соглашенія, говоритъ онъ, не можетъ быть выведена, подобно силѣ юридическихъ сдѣлокъ, изъ санкціи закона. Она можетъ основываться только на томъ, что въ немъ содержатся потенціи, признаваемыя въ правовой жизни правотворческими (gesetzesbegründend), а именно образованіе и изъявленіе общей воли, которой всѣ, для кого она хочетъ быть обязательною, должны подчиняться» (стр. 68). Наконецъ, Гирке,—творецъ понятія объ односторонемъ коллективномъ актѣ,—видитъ въ немъ «сукцессивное проявленіе и воплощеніе воли возникающаго соціальнаго существа, которое въ этомъ актѣ само себя утверждаетъ» (стр. 132), другими словами—проявленіе автономіи самого учреждаемаго правового субъекта. Изъ остальныхъ авторовъ, усвоившихъ понятіе о коллективномъ актѣ или соглашеніи, на его нормативномъ эффектѣ въ нѣмецкой литературѣ останавливается только Трипель [1]), но и онъ не указываетъ намъ точно формулированнаго правового начала, въ силу котораго коллективная воля частныхъ лицъ, внѣ законодательства, можетъ творить отвлеченныя нормы, обязательныя не только для нихъ самихъ. Трипель возстаетъ противъ отождествленія понятій «соглашенія» и «односторонняго коллективнаго акта». При первомъ, говоритъ онъ, нѣсколько лицъ такъ же, какъ при заключеніи договора, изъявляютъ другъ другу свою волю, но содержаніе каждаго изъ этихъ волеизъявленій, въ отличіе отъ договора, совершенно одинаково, потому что тутъ не происходитъ согласованія противоположныхъ интересовъ, а сходятся «общіе и одинаковые интересы». «Соглашеніе» имѣетъ мѣсто при наличности «общаго права и общей власти (Rechts und Gewaltgemeinschaft)», при объединеніи нѣсколькихъ лицъ для учрежденія союза или корпораціи, наконецъ, при всякомъ рѣшеніи, принимаемомъ коллегіально организованнымъ учрежденіемъ. Оно «единственный, указанный объективнымъ правомъ, способъ создавать изъ множества индивидуальныхъ воль одну общую или совокупную волю, отличную отъ послѣднихъ. Изъ

[1]) Triepel, Völkerrecht und Landesrecht (1899), стр. 49 сл.

соглашенія возникаетъ право и обязанность дѣйствовать одинаково и совмѣстно. Такое совмѣстное дѣйствіе и есть «коллективный актъ», отнюдь не тождественный съ предшествовавшимъ ему соглашеніемъ. Имъ «изъявляется образовавшаяся путемъ соглашенія общая или совокупная воля». Коллективный актъ всегда направленъ на правовой эффектъ extra partes. Этимъ онъ отличается отъ договора, порождающаго юридическія послѣдствія только для его участниковъ. Соглашеніе можетъ быть обыкновенною юридическою сдѣлкою, въ смыслѣ волеизъявленія, совершаемаго на почвѣ и въ предѣлахъ дѣйствующаго права, но можетъ и не быть ею. «Оно несомнѣнно не является юридическою сдѣлкою въ этомъ смыслѣ, когда воля сторонъ прямо или косвенно направлена... на созданіе правового положенія (Rechtssatz)», на образованіе объективнаго права. Иногда оно и тутъ также опирается на положенія дѣйствующаго права. Тогда оно составляетъ лишь средство, созданное самимъ правопорядкомъ для самоусовершенствованія, (напр., соглашеніемъ воль создается законъ, дѣйствительность котораго зависитъ отъ «высшаго» закона, отъ конституціи). Но мыслимо также, что соглашеніе, направленное на произведеніе правовыхъ положеній (Rechtssätze), достигаетъ этой цѣли безъ такой зависимости» [1]).

На этихъ довольно туманныхъ объясненіяхъ обрываются общія разсужденія Трипеля, и онъ переходитъ къ приложенію добытыхъ имъ результатовъ къ ученію объ источникахъ международнаго права. Среди нихъ «соглашенію» отводится широкое мѣсто. Тутъ онъ категорически ставитъ вопросъ: откуда черпаетъ свою обязательную силу, какъ источникъ международнаго права, «общая воля», если она не зиждется на дѣйствующемъ правѣ? Отвѣтъ на этотъ, по выраженію Трипеля, «метаюридическій» вопросъ очень кратокъ: «Основаніе обязательности права, говоритъ авторъ, не имѣетъ юридическаго характера». Оно состоитъ въ томъ, что «въ общей волѣ, содержаніе которой является для государства нормою поведенія по отношенію къ другимъ государствамъ, оно встрѣчается не только съ чужою, но одновременно съ собственною волею, такъ что на государство возлагается только то, что оно само на себя возложило».

---

[1]) Указ. соч., стр. 62 (курсивъ Трипеля).

Трипель впервые отдѣляетъ нормативное соглашеніе отъ коллективнаго акта. Но между ними сохраняется нѣкоторая связь, смыслъ и значеніе которой не совсѣмъ ясны. Коллективный актъ дѣйствуетъ extra partes, но правосозидательную силу авторъ, повидимому, приписываетъ не ему, а соглашенію. Ея основаніе онъ усматриваетъ въ автономномъ самоограниченіи контрагентовъ. Эта, правильная и цѣнная мысль, однако, не вылилась у Трипеля въ форму законченной юридической теоріи. Весь вопросъ объ основаніи нормъ, устанавливаемыхъ посредствомъ соглашенія, признается имъ лежащимъ внѣ области права, «метаюридическимъ». Авторъ, наконецъ, ограничивается областью соглашеній между государствами. Насколько его разсужденія примѣнимы къ соглашеніямъ частнаго права, остается невыясненнымъ.

Ученіе объ одностороннемъ коллективномъ актѣ, какъ новой юридической категоріи, встрѣтило въ общемъ скорѣе отрицательную, чѣмъ положительную оцѣнку, какъ въ нѣмецкой [1]), такъ и въ итальянской [2]) и французской [3]) литературѣ. Критикамъ не особенно трудно было доказать, что коллективный актъ во всѣхъ приведенныхъ его сторонниками примѣрахъ, относящихся къ частному праву, въ сущности представляетъ собою не что иное, какъ своеобразное сочетаніе нѣсколькихъ односторонніхъ волеизъявленій [4]), или волеизъявленій, образующихъ вмѣстѣ фактическій составъ договора. Изъ этихъ примѣровъ можетъ быть выведено только то заключеніе, что правопорядокъ иногда связываетъ извѣстный, экономически-единый, правовой эффектъ не съ однимъ, а со множествомъ волеизъявленій [5]). «Коллективность» или «плюрализмъ» являются лишь осложненіями юридическаго состава сдѣлокъ, но не исключительнымъ свойствомъ и типичнымъ признакомъ какой-либо особой категоріи сдѣлокъ. Что же касается эффекта коллективныхъ актовъ, то, по мнѣнію критиковъ, тутъ тоже

---

[1]) См. особенно Gleitsmann, ук. соч., а также Brockhausen, Vereinigung und Trennung von Gemeinden (1893), стр. 57 сл., Rehm въ Kritische Vierteljahrschrift, т. 33 (1899 г.), стр. 379, Ofner въ Arch. f. öff. Recht, X, стр. 62

[2]) См. Bézin, ук. соч., стр. 296 сл.

[3]) См. тамъ же, стр. 349 сл., Duguit, L'état etc., стр. 408 сл.

[4]) Brondi (цитируется у Bézin, ук. соч., стр. 338) говоритъ: „il concetto non ci da veramente un atto speziale a se, ma indico soltanto: *„una speciale configurazione e struttura dell'atto"*.

[5]) Gleitsmann, Verwaltungsarchiv, X, 414, 423.

нѣтъ ничего новаго и аномальнаго: ими либо такъ же, какъ при договорѣ, связывается только индивидуальная правовая сфера каждаго изъ участниковъ, либо—когда они совершаются органами юридическаго лица въ предѣлахъ предоставленной ему автономіи [1])—правовая сфера даннаго союза или учрежденія. Въ учредительныхъ актахъ, предшествующихъ возникновенію публично-правовэго или частно-правового союза или учрежденія, Глейтсманъ, вслѣдъ за Гирке, видитъ только проявленіе автономіи учреждаемаго правового субъекта [2]). Даже обязательность международныхъ соглашеній, по его мнѣнію, вполнѣ удовлетворительно объясняется тѣмъ, что участвующія въ ихъ заключеніи государства «дѣйствуютъ въ предѣлахъ автономіи, которою они надѣлены самимъ понятіемъ о правѣ (der durch den Begriff des Rechts verliehenen Autonomie) такъ же, какъ учредители дѣйствуютъ въ предѣлахъ автономіи, предоставленной имъ правопорядкомъ». Въ построеніи особаго понятія «коллективнаго акта» или «соглашенія», отличнаго отъ понятія о договорѣ, слѣдовательно, и тутъ нѣтъ надобности.

Критика, такимъ образомъ, подвергла вполнѣ основательнымъ сомнѣніямъ пригодность признака «односторонняго плюрализма» для образованія новой, отличной отъ договора, категоріи соглашеній, и логическую связь между этимъ признакомъ и правотворческимъ эффектомъ. Эта связь дѣйствительно совершенно не выяснена и не доказана. Наоборотъ, доказаннымъ можно считать то, что въ современной хозяйственной жизни получили широкое распространеніе нормативныя соглашенія, имѣющія безспорно двухсторонній, т. е., договорный характеръ. Среди нихъ первое мѣсто занимаютъ, такъ наз., коллективныя или тарифныя соглашенія о трудѣ, усиленно привлекавшія къ себѣ въ теченіе послѣднихъ 10 лѣтъ вниманіе юристовъ [3]). Сущность ихъ заключается именно въ

---

[1]) Brockhausen, стр. 54, называетъ эти случаи: „organische Willensbildung".

[2]) Verwaltungsarchiv, стр. 418. См. критику этого взгляда у Карлова, ук. соч., стр. 406.

[3]) Литература этого вопроса очень обширна. См. библіогр. указаніе у De Visscher, Le contrat collectif de travail, Paris 1911, Galizia, Il contratto collettivo di lavoro (1907), Pirou, Les conceptions juridiquis successives du contrat collectif (1909) съ прим. 1 къ нашей статьѣ: Тарифный (коллективный) договоръ, какъ предметъ гражданскаго права (1910).

томъ, что ими путемъ договорнаго соглашенія опредѣляются въ абстрактной формѣ условія будущихъ эвентуальныхъ договоровъ. Ихъ нормативный эффектъ въ литературѣ довольно единогласно связывается съ тѣмъ обстоятельствомъ, что на одной сторонѣ или на обѣихъ сторонахъ непремѣнно въ качествѣ контрагента выступаетъ *коллективъ*. Подъ коллективомъ тутъ подразумѣвается какъ профессіональный союзъ, такъ вообще всякое соединеніе лицъ одной профессіи, принимающее правовыя формы. Сообразно съ этимъ ставится вопросъ, какъ и чѣмъ юридически объяснить, что къ соблюденію тарифныхъ нормъ, установленныхъ соглашеніемъ между профессіональными союзами, обязываются ихъ члены. Для отвѣта на этотъ вопросъ одни прибѣгаютъ къ конструкціямъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, или представительства, другіе къ реалистической теоріи юридическаго лица, по которой оно разсматривается, какъ выразитель воли входящихъ въ его составъ людей [1]); третьи, наконецъ, говорятъ о договорѣ sui generis, о новомъ безымянномъ договорѣ, т. е. ставятъ новую конструктивную задачу.

Въ послѣднее время въ французской литературѣ дѣлаются попытки иначе объяснить нормативный эффектъ договоровъ, совершаемыхъ коллективами. Создаваемыя этимъ путемъ нормы, говорятъ нѣкоторые, имѣютъ своимъ основаніемъ не соглашеніе, а черпаютъ свою силу въ «солидарной необходимости (nécessité solidaire)», объединяющей группу лицъ, въ интересахъ которой нормы создаются. Самое понятіе о коллективѣ тутъ получаетъ совершенно иное содержаніе. У главныхъ представителей этого ученія, Руа [2]) и Пиру, рѣчь идетъ не о союзѣ, а о группѣ, не составляющей юридическаго лица. Отправною точкою для нихъ послужило соціально-экономическое явленіе, которому въ послѣднее время французскіе юристы стали удѣлять очень большое вниманіе [3]), именно совершаю-

---

[1]) См. предисловіе Салейля къ указ. выше работѣ de Visscher'a.

[2]) André Ronast, Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations (thèse, Lyon 1909, стр. 86).

[3]) См. Charmont, Les transformations du droit civil (1912) и его же: La socialisation du droit, въ Revue de metaphysique за 1905 г., Duguit, Les transformations générales du droit privé (1912), Em. Lévy, L'affirmation du droit collectif (1903) и его же статья въ Rev. Trimest. за 1903 (стр. 95 сл.) и Questions pratiques de législation ouvrière за 1909 г., стр. 174 сл. Ср. Литер. обозрѣніе бар. А. Нольде въ Вѣст. Гр. Пр. за 1913 г., № 1.

щаяся силою необходимости «солидаризація» интересовъ внутри соціальныхъ группъ. На этой почвѣ, учатъ они, между людьми создаются извѣстная связь (union collectif) и внѣшне распознаваемая организація, позволяющія имъ выступать какъ единый коллективъ и проявлять свою коллективную волю.

Кругъ изучаемыхъ явленій у французскихъ ученыхъ нѣсколько иной, чѣмъ у нѣмецкихъ [1]). Руа, авторъ наиболѣе обстоятельнаго изслѣдованія о «коллективномъ договорѣ», опредѣляетъ его по внѣшнимъ признакамъ, какъ «договоръ, исходящій отъ группы, не составляющей юридическаго лица (non personnalité), или заключенный безъ всякаго участія юридическаго лица, но, тѣмъ не менѣе, объединяющій, благодаря присущему ему характеру единства, всѣхъ индивидовъ, входящихъ въ составъ данной группы, даже несогласныхъ съ ними (les opposants)» (стр. 80). Руа выдвигаетъ такимъ образомъ два критерія: самое свойство коллектива, заключающаго соглашеніе (отсутствіе легальной персонификаціи) и принципъ майоризаціи, т. е. обязательность соглашенія не только для давшихъ согласіе, но также для несогласившагося меньшинства. Основаніе обязательности авторъ усматриваетъ въ nécessité solidaire, порождающей силою вещей коллективную волю и коллективное право и оправдывающей «индивидуальное принужденіе» (contrainte individuelle) по отношенію къ несогласившимся. Обращаясь затѣмъ къ анализу содержанія «коллективнаго договора», авторъ отмѣчаетъ, что онъ «обыкновенно содержитъ «хартію» (une charte), что имъ устанавливаются нѣкоторыя «предварительныя положенія (règles préalables)», съ которыми должны быть сообразуемы совершаемыя впослѣдствіи сдѣлки. Эта функція коллективнаго договора, говоритъ авторъ, имѣетъ нѣкоторую аналогію съ конституціею въ публичномъ правѣ: «договоромъ тутъ напередъ опредѣляются предѣлы дѣятельности его участниковъ». Она и

---

[1]) См. Charmont, Les transformations du droit civil (1912) и его же Le socialisation du droit въ Revue de metaphysique за 1905 г., Duguit, Les transformations générales du droit privé (1912), Em. Lévy, L'affirmation du droit collectif (1903) и его же статьи въ Revue trim. de droit civil за 1903, стр. 95 сл. и въ Questions pratiques de législation ouvrière за 1909 г., стр. 174 сл. Ср. Литерат. обозрѣніе бар. А. Нольде въ Вѣст. Гр. Пр. за 1913 г., № 1.

встрѣчается преимущественно въ публичномъ правѣ, но не чужда также праву гражданскому [1]).

Въ чемъ же, однако, состоитъ и на чемъ зиждется юридическая сила хартіи? Руа даетъ на этотъ вопросъ нѣсколько уклончивый и неопредѣленный отвѣтъ. Ея основаніе, говоритъ онъ, слѣдуетъ искать не въ правѣ, а въ фактахъ. Есть факты, порождающіе правовыя послѣдствія, независимо отъ человѣческой воли, которая не властна надъ ними. Эти факты и «придаютъ силу акту, опредѣляющему, какимъ образомъ ихъ послѣд твія должны отразиться на правоотношеніяхъ сторонъ; они и должны служить оправданіемъ (justification) чрезвычайной юридической силы договора-хартіи» (стр. 117). Мы тутъ, слѣдовательно, опять встрѣчаемся съ тѣмъ, что Трипель назвалъ «метаюридическимъ» объясненіемъ нормативной силы соглашенія, т. е. съ простою ссылкою на факты и съ отказомъ найти для нихъ юридическое основаніе.

Руа опредѣляетъ коллективный договоръ, какъ «актъ соглашенія, устанавливающій, по меньшей мѣрѣ, для одной изъ сторонъ, единую и индивидуально-обязательную хартію, совершенную большинствомъ индивидовъ, объединенныхъ связью непроизвольной солидарности» (стр. 115). Его ученіе, въ конечномъ итогѣ, сводится къ признанію способности коллективовъ создавать путемъ соглашенія, при извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствахъ, нормы, обязательныя для опредѣленнаго круга лицъ и отношеній. Объясненія юридическаго основанія силы этихъ нормъ мы и у него не находимъ.

Намъ остается коснуться еще одного своеобразнаго ученія, выдвинутаго также въ французской литературѣ [2]), но не пользующагося большимъ успѣхомъ ни въ наукѣ, ни въ судебной практикѣ [3]). Оно непосредственно относится къ концессіонному договору.

Въ 1888 г. бельгійскій адвокатъ Sainctelette выступилъ

---

[1]) Аналогію съ публичнымъ правомъ подчеркиваетъ также Pirou, который, говоря о коллективныхъ соглашеніяхъ о трудѣ, разсматриваетъ синдикатъ какъ законнаго и обязательнаго представителя всѣхъ членовъ профессіональной группы и сравниваетъ это соглашеніе съ закономъ, вотированнымъ большинствомъ голосовъ народныхъ представителей.

[2]) См. Bourdon, Des contrats d'utilité générale passé au profit d'une collectivité (Paris, 1905) и указ. тамъ литературу. Adde Nast, Revue crit. 1908, стр. 536 сл., Rouast ук. соч., стр. 64 сл.

[3]) См. Sirey 89. 4. 1., Pand. 94. I. 4 и 98. II. 246 и примѣчанія къ этимъ рѣшеніямъ Labbé, Deslandres и Gény.

въ журналѣ Revue de droit international со статьею, озаглавленною «Des contrats d'utilité publique». Поводомъ для нея послужилъ процессъ между бельгійскимъ городомъ Mons и Обществомъ газоваго освѣщенія. По концессіонному договору общество обязалось въ томъ случаѣ, если въ какомъ-нибудь изъ городовъ Франціи или Бельгіи, потребляющихъ не больше газа, чѣмъ городъ Mons, въ теченіе трехъ лѣтъ будетъ существовать болѣе дешевая цѣна на газъ, или условія, болѣе выгодныя для абонентовъ, чѣмъ въ Монсѣ, соотвѣтственно измѣнить свои условія и возвратить разницу за этотъ трехлѣтній періодъ. Когда предусмотрѣнное этимъ пунктомъ договора событіе наступило, городъ потребовалъ, чтобы общество возвратило излишекъ полученной суммы обывателямъ. Но бельгійскій судъ призналъ, что городское управленіе не имѣло права предъявить такой искъ, такъ какъ не оно переплачивало взыскиваемую сумму, а пледировать за обывателей въ гражданскомъ судѣ оно закономъ не управомочено. Saincte-lette не соглашается съ этими соображеніями. Публичная власть, давшая концессію, говоритъ онъ, имѣетъ право и обязана подчинить пользованіе концессіею условіямъ и требованіямъ, которыя она считаетъ необходимыми и полезными для публики. Она должна стипулировать и обязываться за счетъ обывателей, хотя и не получила отъ нихъ довѣренности (mandat) въ смыслѣ гражданскаго права. Только частноправовыя отношенія имѣютъ индивидуальный характеръ, устанавливаются исключительно между опредѣленными лицами. Отношенія же между подвластными и властью (gouvernés et gouvernaux) имѣютъ характеръ «безличный, общественный, всеобщій (impersonel, public banal)». Власть не можетъ разсматриваться какъ повѣренный подвластнаго (gerant d'affaires du gouverné), котораго можно лишить полномочія, какъ только собственникъ или хозяинъ самъ пожелаетъ вести свои дѣла, который долженъ отвѣчать за ущербъ, и т. д. Подвластный же не можетъ считаться «постороннимъ» (autrui), котораго не затрагиваютъ дѣйствія, совершаемыя въ общемъ интересѣ.

Съ точки зрѣнія гражданскаго права, думаетъ авторъ, между ними существуетъ правоотношеніе sui generis, «аналогичное отношенію правопреемства» (quasi rapport d'ayant cause à auteur). Оно возникаетъ изъ того факта, что «публичная власть вѣдаетъ гражданскіе коллективные интересы подвѣдом-

ственныхъ ей лицъ» (la gestion des interêts civils collectifs de leur administrés).

Нормативный эффектъ, по этой теоріи, приписывается договорамъ, совершаемымъ органомъ власти съ частными лицами *въ общемъ интересѣ*. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ и заключается, по мнѣнію Sainctelette, основаніе того, что эффектъ сдѣлки распространяется на обывателей, какъ дѣйствительныхъ дестинаторовъ. Формальное же основаніе авторъ видитъ въ аналогіи съ правопреемствомъ. Но едва ли такая аналогія существуетъ. Правопреемство предполагаетъ существованіе какого-либо юридическаго факта, съ которымъ связана смѣна субъекта правоотношеній. Такого факта мы тутъ не видимъ. Авторъ это самъ сознаетъ и прибѣгаетъ къ ссылкѣ на jus imperii, т. е. на то, что городское управленіе дѣйствуетъ какъ публичная власть и потому не нуждается въ мандатѣ. Но и это указаніе имѣетъ силу лишь постольку, поскольку установленіе обязательныхъ нормъ входитъ въ кругъ компетенціи городского управленія. Остается, слѣдовательно, утвержденіе, что тотъ, кому ввѣрена защита интересовъ опредѣленнаго круга лицъ, тѣмъ самымъ управомочивается дѣйствовавть ихъ именемъ. Но это утвержденіе нуждается въ доказательствахъ и едва ли имѣетъ почву въ гражданскомъ правѣ и процессѣ.

Бѣглый обзоръ попытокъ объяснить нормативную силу соглашенія убѣдилъ насъ, что изслѣдователи приписываютъ нормативный эффектъ то одной, то другой отдѣльной категоріи соглашеній, а затѣмъ объясняютъ и обосновываютъ его какимъ-нибудь элементомъ юридическаго или фактическаго состава данной категоріи, напр., одностороннею множественностью дѣйствующихъ лицъ, выступленіемъ на одной или на обѣихъ сторонахъ коллективнаго субъекта или же профессіональоой группы, связанной узами солидарности интересовъ, наконецъ тѣмъ, что соглашеніе совершено «властью» въ публичномъ интересѣ. Между тѣмъ предъ нами не аномалія, не исключительное свойство какой-либо опредѣленной категоріи сдѣлокъ, а общее явленіе [1]) правового быта, тѣсно связанное съ возрастающимъ

[1]) На то, что понятіемъ о договорѣ не исчерпываются всѣ виды и функціи соглашенія воль и что тутъ открывается обширное поле для научныхъ изслѣдованій, не разъ указывалось въ литературѣ. „Очень жаль, говоритъ Биндингъ (ук. соч., прим. 124), что юридически релевантное соглашеніе воль (Vereinbarung) до сихъ поръ ни разу не подверглось всестороннему изслѣдованію. Послѣдствіемъ является непониманіе глубокой разницы между разными видами соглашеній и чрезмѣрное

значеніемъ для гражданскаго оборота обширныхъ и мощныхъ соціальныхъ образованій, сплоченныхъ въ одно цѣлое своею внутреннею правовою организаціею. Это общее явленіе состоитъ въ томъ, что человѣческая воля способна автономно создавать не только конкретныя правоотношенія, но, при извѣстныхъ условіяхъ, также абстрактныя нормы, дѣйствующія въ ограниченной соціальной сферѣ и для опредѣленнаго круга отношеній наравнѣ съ диспозитивными нормами объективнаго права. Мы пытались въ изслѣдованіи, посвященномъ внутренней организаціи предпріятія, (Юрид. Вѣст., 1915 г., кн. IX) опредѣлить природу этихъ нормъ частнаго правопорядка и отвѣтить на вопросъ, каковы эти условія. Мы не будемъ повторять и развивать высказанныхъ тамъ положеній, а ограничимся воспроизведеніемъ итоговъ. Мы пришли къ заключенію, что частныя волеизъявленія (односторонніе и двухсторонніе) въ современной правовой жизни создаютъ нормы объективнаго права, когда ими въ абстрактной формѣ опредѣляется внутренній порядокъ точно очерченной соціальной области, и когда лица или учрежденія, отъ которыхъ исходятъ эти волеизъявленія, дѣйствуютъ въ качествѣ носителей автономіи опредѣленной соціальной единицы. Въ способности такихъ единицъ къ автономному самоопредѣленію, въ смыслѣ установленія постояннаго обязательнаго порядка взаимоотношеній между входящими въ ея составъ лицами, и заключается, на нашъ взглядъ, дѣйствительное основаніе юридической силы нормативныхъ соглашеній. Мы усматриваемъ, слѣдовательно, въ нормативныхъ соглашеніяхъ одну изъ формъ внѣзаконодательнаго правотворчества [1]), не государственнаго и всена-

растяженіе понятія о договорѣ. Іеллинекъ замѣчаетъ по поводу того же понятія о соединеніи воль: „Мы въ предшествующихъ строкахъ намекнули на его значеніе для всей области юриспруденціи. Его тщательная провѣрка была бы благодарною задачею, выполненіе которой необходимо для выясненія основныхъ юридическихъ понятій. Она имѣла бы тѣмъ большее практическое значеніе теперь, когда съ одной стороны многое, составляющее соединеніе воль, относится къ договорамъ и потому вызываетъ неправильныя сужденія, и, съ другой стороны, добытъ опредѣленный типъ, при помощи котораго возможно объясненіе существенныхъ явленій правовой жизни, удовлетворительное распознаваніе которыхъ до сихъ поръ было затруднено“ (стр. 197).

[1]) Ср. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (Ber) 1906), стр. 79: Es giebt heute schon eine Schaffung von Normen, die nicht juristisch, wohl aber sozial-in gleicher oder doch ähnliche Weise wirken, wie Gesetze und die nicht auf dem Wege der normalen Gesetzgebung entstehen.

роднаго, а общественнаго, совершаемаго отдѣльными соціальными кругами въ предѣлахъ свойственной имъ способности къ самоопредѣленію (соціальной автономіи).

Таково, какъ намъ кажется, единственное теоретически и эмпирически правильное объясненіе нормативнаго эффекта частныхъ волеизъявленій во всѣхъ его видахъ, какіе мы встрѣчаемъ въ жизни. Приложеніе его къ нашему правовому быту создало бы опредѣленный юридическій фундаментъ для ряда институтовъ, какъ уставы, полисныя условія, тарифные договоры, не умѣщающихся ни въ категорію «законъ», ни въ категорію «договоръ». Но мы не можемъ не сознавать, что наше построеніе пока не усвоено судебною практикою [1]) и не составляетъ общепризнаннаго догмата. Поэтому оно не избавляетъ насъ отъ необходимости обратиться за разрѣшеніемъ вопроса объ основаніи и предѣлахъ нормативной силы концессіоннаго договора по нашему праву къ положеніямъ и общимъ началамъ дѣйствующаго закона.

При взглядѣ на концессіонный договоръ, какъ на сдѣлку, слагающуюся изъ административнаго акта и частноправового соглашенія и при невозможности объяснить обязательность установленныхъ имъ нормативныхъ положеній присущимъ ему публично-правовымъ элементомъ (актомъ власти), намъ остается только искать отвѣта на этотъ вопросъ въ обязательственномъ правѣ.

Цивилистическимъ основаніемъ обязанности придерживаться при заключеніи договоровъ извѣстныхъ условій,—вѣрнѣе, подчиняться извѣстному, заранѣе установленному или впредь устанавливаемому частному правопорядку,—могутъ служить законъ или согласіе контрагентовъ будущихъ договоровъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не придаетъ имъ значенія нормъ объективнаго права, формальнымъ основаніемъ ихъ обязательности можно только признать самоограниченіе [2]),

[1]) Почва для его усвоенія подготовлена утвердившимся въ нашей практикѣ взглядомъ на уставы, полисныя условія и т. под. какъ на „частные законы“. Свою силу эти „законы“, по мнѣнію сената, черпаютъ изъ факта ихъ утвержденія и опубликованія правительствомъ. Мы надѣемся въ другомъ мѣстѣ доказать, что предложенное нами объясненіе болѣе соотвѣтствуетъ буквѣ и духу нашего закона, чѣмъ сенатское толкованіе, надѣляющее органы административной власти законодательными функціями.

[2]) „Самоограниченіемъ (Selbstbindung)“ объясняетъ нормативный („творческій“) эффектъ соглашеній Behrend, Die Stiftungen (1905) стр. 321 и сл., 369 и сл., 408 сл. Ср. также Krug, Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung (1904), §§ 1 и 2.

состоящее въ принятіи на себя обязательства не отступаться отъ предуказанныхъ условій. Имѣетъ ли такое обязательство по нашему дѣйствующему закону юридическую силу?

Согласно ст.ст. 569, 570, 1529 т. X, ч. 1 и др., всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленные, подлежатъ исполненію и пользуются судебною защитою. Поэтому отрицать дѣйствительность нормативной части концессіоннаго договора prima facie нѣтъ основанія. У насъ не существуетъ замкнутаго круга договорныхъ типовъ, и потому всякое соглашеніе, въ основаніи котораго лежитъ охраняемый гражданскимъ правомъ интересъ, при отсутствіи законныхъ препятствій, порождаетъ юридическое отношеніе. Но такимъ рѣшеніемъ вопроса еще не устраняются всѣ сомнѣнія, возбуждаемыя этимъ своеобразнымъ соглашеніемъ.

Не заключается ли въ обѣщаніи концессіонера воздерживаться отъ включенія въ договоры съ кліентами другихъ или худшихъ условій, чѣмъ указанныя въ концессіонномъ договорѣ, недопустимое ограниченіе его частной автономіи, частичное отреченіе отъ неотъемлемаго права на самоопредѣленіе? На этотъ вопросъ, какъ намъ кажется, возможенъ только отрицательный отвѣтъ. Частная автономія въ области права проявляется въ непринужденномъ вступленіи въ юридическія отношенія и въ свободномъ выборѣ правовыхъ средствъ, допускаемыхъ дѣйствующимъ правомъ, для осуществленія индивидуальныхъ цѣлей. Разъ этотъ выборъ сдѣланъ и обязательство принято, право на самоопредѣленіе въ данномъ конкретномъ случаѣ, исчерпано, или, по крайней мѣрѣ, подверглось извѣстнымъ ограниченіямъ. Это отнюдь не противорѣчитъ принципу неотчуждаемости самой правоспособности, т. е. безотносительно къ конкретному случаю.

Какія же обязательства возникаютъ для сторонъ изъ нормативной части договора? Городское общественное управленіе, какъ мы указывали, несетъ имущественную отвѣтственность (гарантію) за всякое отступленіе отъ концессіонныхъ условій ухудшающее положеніе концессіонера, хотя бы оно послѣдовало въ общемъ интересѣ и вполнѣ правомѣрно, т. е. безъ превышенія предѣловъ его власти, какъ органа управленія. Такую же отвѣтственность оно несетъ въ томъ случаѣ, если своими дѣйствіями лишитъ его возможности или затруднитъ ему заключеніе договоровъ съ обывателями на установленныхъ условіяхъ.

*

Концессіонеръ, признавъ установленный въ концессіонномъ договорѣ порядокъ или комплексъ нормъ для себя обязательными, тѣмъ самымъ обѣщаетъ не отступаться отъ него, не включать въ договоры съ обывателями несогласныя съ нимъ условія. Но если это такъ, если содержаніе нормативнаго соглашенія имѣетъ эвентуальный характеръ и сводится къ несовершенію чего-то, имѣетъ ли оно по нашему дѣйствующему праву юридическую силу? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо имѣть въ виду, что предметомъ юридической сдѣлки можетъ быть какъ положительное дѣйствіе, такъ и воздержаніе отъ дѣйствія, его несовершеніе. Это положеніе можно считать общепризнаннымъ въ литературѣ и въ практикѣ, не взирая на спорность самаго понятія о воздержаніи и характера обязательствъ, предметъ которыхъ оно составляетъ [1]). Едва ли возможно другое разрѣшеніе вопроса по нашему праву. Его только не слѣдуетъ смѣшивать, какъ это иногда дѣлаютъ наши суды, съ вопросомъ объ осуществимости подобныхъ обязательствъ на почвѣ нашихъ процессуальныхъ законовъ, ибо существованіе права не зависитъ отъ того, располагаетъ ли судъ достаточными средствами для принужденія должника къ дѣйствіямъ, составляющимъ предметъ обязательства. Наши матеріальные законы не дѣлаютъ никакой разницы между положительнымъ дѣйствіемъ и воздержаніемъ, какъ предметами обязательствъ. Наоборотъ, изъ совокупности смысла ст.ст. 570, 572 и 693 ч. 1 т. X св. зак. вытекаетъ, что неисполненіе всякаго договора и всякаго обязательства даетъ право на искъ, и что предметъ иска составляетъ «удовлетвореніе во всемъ, что въ оныхъ постановлено», а при наличности убытковъ — ихъ возмѣщеніе. Ничто не мѣшаетъ намъ подводить подъ эти положенія закона сдѣлки, устанавливающія обязанность къ воздержанію.

На почвѣ дѣйствующаго права, такимъ образомъ, вполнѣ возможно признать, что концессіонеръ, заключающій договоръ съ обывателями на условіяхъ менѣе выгодныхъ, чѣмъ тѣ, которыя установлены въ нормативной части концессіоннаго договора, нарушаетъ свои договорныя обязанности и, слѣдовательно, поступаетъ неправомѣрно. Но отражается ли это об-

[1]) См. Wendt въ Arch. f. civ. Praxis т. 92: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht (1906). Ср. Rouast ук. соч., стр. 108 сл.

стоятельство на его отношеніяхъ къ обывателямъ? Имѣетъ ли существованіе нормативныхъ условій вообще какое-либо юридическое значеніе для послѣднихъ?

Концессіонныя условія могутъ быть полностью воспроизведены въ договорѣ съ отдѣльными обывателями или могутъ расходиться съ его содержаніемъ, или, наконецъ, вопросы, предусмотрѣнные этими условіями, могутъ быть обойдены молчаніемъ. Въ первомъ случаѣ поставленные выше вопросы фактически не возникаютъ. При расхожденіи положеній концессіоннаго договора и договора съ обывателями, цѣли и смыслу перваго наиболѣе соотвѣтствовала бы недѣйствительность противонормленныхъ условій. Вѣдь цѣль предварительной нормировки условій, на которыхъ концессіонеръ долженъ обслуживать обывателей, въ томъ и заключается, чтобы оградить ихъ отъ фактически монопольнаго положенія концессіонера, нерѣдко позволяющаго ему диктовать имъ свои условія. Обыватели часто не освѣдомлены относительно своихъ правъ или, какъ показываетъ опытъ, соглашаются на неправомѣрныя требованія концессіонера въ виду настоятельной необходимости въ его услугахъ. Тѣмъ не менѣе о недѣйствительности договора съ обывателемъ по дѣйствующему праву могла бы быть рѣчь лишь въ двухъ случаяхъ: 1) если бы законъ вообще признавалъ недѣйствительными договоры, противорѣчащіе раньше принятому однимъ изъ контрагентовъ обязательству; 2) если бы соблюденіе концессіонныхъ нормъ при заключеніи договора составляло обязанность не только концессіонера, но также обывателей. Въ нашемъ правѣ мы не находимъ ни того, ни другого. Сенатъ въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ какъ будто склоняется къ предположенію, что договоръ, заключенный съ нарушеніемъ раньше принятаго обязательства, можетъ быть оспоренъ. Такъ, напр., въ неопубликованномъ рѣшеніи отъ 29 окт. 1908 г. (сборникъ Пеньковскаго и Штакельберга, 1915 г., № 186) онъ утвердилъ рѣшеніе съѣзда, удовлетворившаго искъ Н. къ электрическому товариществу «Свѣтъ» о возвращеніи полученной отвѣтчикомъ особой платы за пользованіе магистралями, руководствуясь тѣмъ, что «общество, въ силу нормальнаго договора, не въ правѣ взимать съ потребителей электрической энергіи платы за пользованіе магистралью». Сенатъ не смущается тѣмъ, что ограниченіе правъ общества въ данномъ случаѣ не вытекаетъ изъ закона, а изъ

концессіоннаго договора, и что истецъ добровольно согласился платить за пользованіе магистралью. Въ одномъ изъ новѣйшихъ своихъ рѣшеній за 1915 г. № 15 онъ повторяетъ ту же мысль по совершенно другому поводу. Продавецъ имѣнія, въ промежутокъ времени между совершеніемъ купчей у младшаго нотаріуса и ея утвержденіемъ у старшаго, сдалъ его въ аренду, о чемъ покупщику было извѣстно. Сенатъ полагаетъ, что договоръ аренды тѣмъ не менѣе для покупщика не обязателенъ, потому что, «принимая на себя обязательство, продавецъ, тѣмъ самымъ, хотя и продолжаетъ оставаться собственникомъ имущества, ограничиваетъ себя въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ по отношенію къ этому имуществу, а именно, въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя направлены ко вреду покупщика. Такъ, онъ не въ правѣ за это время заключить по имѣнію лѣсорубочный договоръ, сдать имѣніе въ аренду на срокъ долѣе момента утвержденія купчей крѣпости старшимъ нотаріусомъ и т. д., такъ какъ все это измѣняетъ самую сущность того, что онъ продалъ и что обязался передать... А посему *всѣ такіе договоры, совершенные продавцомъ съ превышеніемъ предѣловъ принадлежащаго ему права, должны почитаться въ отношеніи покупщика неправомѣрными и для него необязательными*».

Оба рѣшенія сената безспорно справедливы, но едва ли вытекаютъ изъ положеній дѣйствующаго закона [1]), которому мысль о возможности ограниченія договорной свободы путемъ частныхъ соглашеній совершенно чужда [2]). Нашъ законъ запрещаетъ договоры, ограничивающіе вступленіе въ бракъ или свободу завѣщанія, не допускаетъ соглашенія объ отреченіи отъ судебной защиты и въ ст. 1530 т. X, ч. 1 высказываетъ общее положеніе, что «договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ по обоюдному согла-

[1]) Сказанное относится только къ мотивамъ рѣшенія 1915 г. за № 16, но не къ конечному выводу, такъ какъ при широкомъ толкованіи ст. 1416 т. X, ч. 1, изъ нея можно было бы извлечь положеніе, что изъ двухъ исключающихъ другъ друга сдѣлокъ объ отчужденіи одного и того же предмета сохраняетъ силу только болѣе ранняя.

[2]) Въ западной литературѣ и практикѣ вопросъ рѣшается въ томъ же смыслѣ. Такъ, напр., мнѣніе нѣкоторыхъ ученыхъ объ автоматическомъ вытѣсненіи нормами тарифнаго (коллективнаго) соглашенія несогласныхъ съ ними положеній индивидуальныхъ рабочихъ договоровъ не оказало сколько-нибудь замѣтнаго вліянія на судебную практику. См. нашу статью о тарифномъ договорѣ, стр. 37 сл. и ук. тамъ литературу, а также: de Visscher, ук. соч., стр. 276.

шенію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя». Въ ст. 1529, перечисляющей случаи недѣйствительности договоровъ, направленныхъ на недозволенную цѣль, не упоминается о договорахъ, заключенныхъ въ нарушеніе раньше принятаго обязательства.

Попытки доказать на почвѣ гражданскаго права причастность обывателей къ концессіонному договору также до сихъ поръ не дали удовлетворительныхъ результатовъ. О несостоятельности взгляда на нихъ, какъ на правопреемниковъ концедента, мы уже говорили. Болѣе распространено мнѣніе, что ихъ слѣдуетъ разсматривать какъ 3-хъ лицъ, въ пользу которыхъ заключенъ концессіонный договоръ [1]). Но и изъ этой конструкціи вытекаетъ только то, что каждый обыватель можетъ требовать отъ концессіонера заключеніе договора на предуказанныхъ условіяхъ. Если же онъ согласился на другія условія, онъ не только долженъ самъ имъ подчиниться, но даже освобождаетъ концессіонера отъ отвѣтственности передъ городскимъ управленіемъ. Во всякомъ случаѣ, для обывателя изъ договора, заключеннаго въ его пользу, не могутъ вытекать никакія обязанности безъ его на то согласія.

Отношенія между городскимъ управленіемъ и обывателями, наконецъ, опредѣляются нѣкоторыми учеными, какъ представительство [2]). Въ гражданскомъ правѣ о представительствѣ говорятъ тогда, когда одно лицо дѣйствуетъ отъ имени или за счетъ другого съ его согласія или на основаніи закона. Городское управленіе, совершая концессіонный договоръ, не дѣйствуетъ ни отъ чужого имени, ни за чужой счетъ и вообще не имѣетъ въ виду ничьихъ индивидуальныхъ интересовъ. Оно и не является представителемъ ни отдѣльнаго обывателя, ни всѣхъ лицъ, жившихъ въ городѣ въ моментъ заключенія договора. Ему ввѣрена защита не индивидуальныхъ, а коммунальныхъ интересовъ, ради которыхъ оно нерѣдко бываетъ вынуждено дѣйствовать наперекоръ интересамъ отдѣльныхъ

---

1) См. Labbé и Sirey 89. 4. 1, Lambert, La stipulation pour autrui (1893), стр. 323 сл., Bourdon, ук. соч., стр. 109 сл.

2) См. Planiol, Traité élém. (5 изд.), II, p. 409: L'autorit qui stipule est chargée de veiller aux intérêts communs; ordinairement elle a reçu ses pouvoirs d'une élection et, par conséquent, elle tient de la population un qmandat direct donné sous la forme collective. Par conséquent, les actes uu'elle fait dans l'interêt individuel des habitants, considérés comme rturs abonnés de la compagnie concessionnaire d'un service public, sont éellement les actes d'un mandataire.

обывателей. По началамъ гражданскаго права совершать договоры въ интересахъ другихъ лицъ и совершать таковые отъ ихъ имени или за ихъ счетъ, отнюдь не одно и то же.

Мы поэтому полагаемъ, что, оставаясь въ предѣлахъ цивилистическихъ положеній и понятій, слѣдуетъ придти къ заключенію, что изъ нормативныхъ соглашеній вообще и, въ частности, изъ концессіонныхъ договоровъ не вытекаютъ ни права, ни обязанности для тѣхъ лицъ, кто не участвовалъ въ ихъ совершеніи. Однако, самое примѣненіе къ отношеніямъ между городскимъ общественнымъ управленіемъ и городскими обывателями цивилистическихъ масштабовъ намъ кажется ошибочнымъ. Если между ними вообще существуетъ какое-либо юридическое отношеніе, оно по самому характеру городскихъ обществъ должно лежать въ плоскости не гражданскаго, а публичнаго права.

Въ публичномъ правѣ также существуетъ *понятіе о представительствѣ*, но оно имѣетъ совершенно другой смыслъ и другое значеніе, чѣмъ въ частномъ правѣ. Этимъ терминомъ обозначается сложное явленіе, состоящее въ томъ, что лицо или учрежденіе, 1) надѣлено властью (компетенціею) представлять собою въ извѣстныхъ предѣлахъ политическое или соціальное цѣлое (государство, сословіе, профессію, населеніе опредѣленнаго округа и т. д.), 2) призвано осуществлять присущую этому цѣлому способность къ автономному самоопредѣленію и 3) обязано пользоваться этою властью и осуществлять автономію представляемаго имъ цѣлаго согласно съ его интересами. Подробный анализъ этого спорнаго и, какъ намъ кажется, еще не вполнѣ выясненнаго института [1]) не входитъ въ нашу задачу. Намъ хотѣлось бы только подчеркнуть то, не всѣми признанное, обстоятельство, что публичный представитель воплощаетъ въ себѣ одновременно съ свойствомъ

[1]) См. о немъ Laband, Staatsrecht (4 изд.) I, стр. 272 сл., Ricker, Die rechtliche Natur der Volksvertretung въ Zeitschr. f. Litterr. und Gesch. der Staatswiss., т. II (1894), стр. 54 сл., Еллинекъ, Общее ученіе о государствѣ (перев. Гессена и Шапланда, Спб. 1903), стр. 375 сл., Hölder, Natürl. u jurist. Person (1905), стр. 94 сл. [и по поводу этой книги O. Mayer въ Arch. f. öff. Recht, t. 20, стр. 590 и Hölder, тамъ же, т. 21, стр. 308]. Esmein, Elém. de droit constit. (5 изд.), стр. 13 сл., 339 сл., Hauriou, Principes de droit public (1910), стр. 419 сл. Послѣдній авторъ, возставая противъ конструкціи „делегаціи власти" особенно выдвигаетъ элементъ автономіи въ положеніи публичнаго представителя и предлагаетъ для обозначенія этого института новый терминъ „инвеститура", вмѣсто общепринятаго „представительство".

органа власти, функцію носителя соціальной автономіи [1]), и что въ томъ и въ другомъ качествѣ онъ дѣйствуетъ въ общемъ интересѣ. Отсюда слѣдуетъ, что, поскольку его актами создается опредѣленный порядокъ, таковой долженъ почитаться установленнымъ ради общей пользы и отвѣчающимъ общимъ нуждамъ. Но степень обязательности или юридическая сила этого порядка не всегда одинакова. Когда публичный представитель, дѣйствуя въ предѣлахъ компетенцій, принадлежащихъ ему, какъ органу власти, и въ предписанныхъ закономъ формахъ, издаетъ обязательныя нормы, таковыя имѣютъ принудительный характеръ. Когда же онъ совершаетъ, отъ имени или въ интересахъ представляемаго имъ цѣлаго, акты, лежащіе за предѣлами этихъ компетенцій, или не въ формѣ, установленной для обязательныхъ предписаній, и этими актами автономно устанавливается порядокъ, соотвѣтствующій общимъ интересамъ и нуждамъ, тогда этотъ порядокъ будетъ имѣть не принудительный, а диспозитивный характеръ.

Изъ изложеннаго, на нашъ взглядъ, могутъ быть извлекаемы руководящія указанія для разрѣшенія интересующаго насъ вопроса о силѣ и значеніи нормъ, содержащихся въ концессіонномъ договорѣ, для обывателей города. Общественное управленіе городскихъ поселеній вѣдаетъ дѣла о мѣстныхъ пользахъ и нуждахъ (ст. 1). Ему съ одной стороны предоставлено право совершать «именемъ городского поселенія» всякаго рода сдѣлки (ст. 7), съ другой—составлять обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія (ст. 108). Въ томъ и другомъ случаѣ оно дѣйствуетъ какъ публичный представитель городского поселенія въ указанномъ выше смыслѣ. Заключеніе концессіоннаго договора, какъ мы выяснили въ первой главѣ, по своему бытовому содержанію, не что иное какъ организація обслуживанія нуждъ обывателей въ опредѣленной отрасли, путемъ перенесенія его отправленія («публич-

1) Въ нашей литературѣ наиболѣе рѣшительно противъ юридическаго значенія элемента автономіи въ понятіи самоуправленія высказывается проф. Н. И. Лазаревскій, Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами (1905), стр. 610 и 637. Однако и этотъ ученый признаетъ, что „впечатлѣніе, будто въ лицѣ органовъ самоуправленія само общество завѣдуетъ своими собственными дѣлами, отается фактомъ, имѣющимъ громадное юридическое значеніе“ и что дѣйствительность децентрализаціи обезпечивается системою такого рода „ридическихъ гарантій, которыя, создавая самостоятельность органовъ мѣстнаго государственнаго управленія, вмѣстѣ съ тѣмъ создаютъ и мѣсную связь съ данною мѣстностью и ея населеніемъ“ (стр. 633).

ной службы») на частнаго предпринимателя. Съ этой точки зрѣнія концессіонное предпріятіе должно разсматриваться какъ делегированное общественно-хозяйственное предпріятіе, внутренній порядокъ котораго можетъ автономно устанавливаться городскимъ управленіемъ. Когда концессіоннымъ договоромъ опредѣляются условія будущихъ эвентуальныхъ договоровъ между концессіонеромъ и кліентами, то имъ, въ формѣ соглашенія, автономно создаются диспозитивныя нормы, регулирующія отношенія между ними, поскольку ихъ примѣненіе не устраняется (дерогаторнымъ) содержаніемъ договора между концессіонеромъ и отдѣльнымъ обывателемъ и положеніями публичнаго права. Отсюда можетъ быть сдѣланъ практическій выводъ относительно третьяго изъ разсматриваемыхъ нами случаевъ: всѣ пробѣлы и недомолвки въ договорѣ обывателя съ концессіонеромъ, въ силу п. 4 ст. 1539 т. X, ч. 1, автоматически восполняются нормативными условіями концессіоннаго договора.

Концессіонеръ, совершившій противонорменный договоръ, не избавляется отъ отвѣтственности передъ городскимъ управленіемъ ссылкою на то, что отступленіе имъ совершено съ согласія потерпѣвшаго обывателя. Нарушенные имъ интересы не тождественны и часто не совпадаютъ съ интересами отдѣльныхъ обывателей. Городское управленіе, заключая концессіонный договоръ, не дѣйствовало въ качествѣ ихъ представителя, а въ качествѣ учрежденія, вѣдающаго по закону пользы и нужды городского поселенія. Оно, слѣдовательно, имѣетъ самостоятельное право и самостоятельный интересъ въ ненарушимости концессіонныхъ условій. Согласіе, данное обывателемъ, не что иное какъ соучастіе въ неправомѣрномъ дѣйствіи. Составляетъ ли такое соучастіе само по себѣ дѣйствіе недозволенное, обязывающее къ возмѣщенію убытковъ, это вопросъ, надъ которымъ стоило бы призадуматься. Случаи, когда лицо, не связанное договоромъ, завѣдомо помогаетъ контрагенту нарушить свои обязанности, въ жизни не рѣдки,—напр., наемъ работника или прислуги, не дослужившихъ срока найма у другого лица, пріобрѣтеніе вещи уже проданной другому и т. под. Положительное разрѣшеніе этого вопроса было бы, какъ намъ кажется, справедливымъ и цѣлесообразнымъ, но мы не рѣшаемся утверждать, что оно по

дѣйствующему закону было бы правильнымъ [1]). Единственнымъ основаніемъ для такого рѣшенія могла бы служить ст. 684 т. X, ч. 1, но она предполагаетъ наличность недозволеннаго дѣйствія, а таковымъ нельзя признать пользованіе договорною свободою, нарушающее интересы другого лица. Посмотримъ теперь, каковы послѣдствія нарушенія концессіонныхъ условій для концессіонера. Изъ сказаннаго уже явствуетъ, что искъ городского управленія объ уничтоженіи противонормленныхъ условій и ихъ замѣнѣ концессіонными не будетъ имѣть успѣха. Въ распоряженіи большинства западныхъ судовъ имѣются средства косвеннаго воздѣйствія на непокорныхъ отвѣтчиковъ. Судъ можетъ по ходатайству истца, а иногда и ex officio, предписывать и запрещать извѣстныя дѣйствія подъ угрозою денежныхъ штрафовъ или тюремнаго заключенія. Концессіонеру, напр., можетъ быть запрещено полученіе отъ обывателей платы, превышающей установленную въ концессіонныхъ условіяхъ, или совершеніе въ будущемъ подобныхъ договоровъ съ обывателями.

Въ послѣднее время въ литературѣ высказывается положеніе, что совершившій договоръ въ интересахъ третьяго лица можетъ требовать отъ своего контрагента по суду возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ этому третьему нарушеніемъ договора, или, какъ выражаются нѣмецкіе юристы, можетъ «ликвидировать чужіе убытки» [2]). Но это положеніе имѣетъ скорѣе характеръ постулата справедливости, чѣмъ догматическаго принципа и каждый изслѣдователь иначе опредѣляетъ его основанія и предѣлы его примѣненія [3]). Одни ограничиваютъ его случаями «совпаденія интересовъ истца и лица,

---

[1]) Наша судебная практика приближается къ признанію деликтнаго характера соучастія въ нарушеніи чужихъ правъ, высказывая положеніе, что „отвѣтственности (по 684 ст.) подлежитъ не только тотъ, чьимъ непосредственнымъ дѣяніемъ причинены убытки, но и тотъ, по чьему требованію и въ чьихъ интересахъ совершено дѣяніе, причинившіе убытки“ (рѣш. 1907 г., № 35. Ср. также рѣш. 1880, № 123, 1896 г. № 83, 1906 г. № 7).

[2]) См. литературныя указанія: Тарифный договоръ, стр. 46 сл. Adde Krückmann, Schadensliquidation aus fremden Interesse въ Jahrb. f. Dogm. т. 56, стр. 245 сл., Kluckhohn, Zum Problem der Schadensliquidation въ Arch. f. civ. Praxis, т. 111 (1914), стр. 406 сл.

[3]) Практика французскихъ судовъ допускаетъ иски о возмѣщеніи убытковъ, понесенныхъ третьими лицами, при условіи у истца собственнаго моральнаго или матеріальнаго интереса, но только убытковъ причиненныхъ деликтомъ, но не нарушеніемъ договора. См. подробный обзоръ у Planiol, Traité, II, § 2272-bis и 2272-ter.

понесшаго убытки, другіе требуютъ, чтобы истцу грозила отвѣтственность передъ лицомъ, убытки котораго онъ ликвидируетъ, третьи, чтобы истецъ имѣлъ право на временное нахожденіе у него отыскиваемой суммы или вещи (Durchgangsposten). Мнѣнія расходятся также по вопросамъ, долженъ ли истецъ искать въ свою пользу или просить о присужденіи въ пользу потерпѣвшаго и какъ опредѣлить размѣръ убытковъ.

Нашъ уставъ гражд. судопр. не знаетъ института воспрещенія подъ угрозою штрафа и постановляетъ, что исковое требованіе должно исходить отъ «лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются» (ст. 4). Иски in favorem tertii у насъ едва ли допустимы, а искъ городского управленія о присужденіи въ его пользу возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ обывателемъ отъ нарушенія концессіонныхъ условій, неминуемо встрѣтитъ возраженіе, что у истца нѣтъ собственнаго права на предметъ искового требованія. Наша практика, повидимому, не склонна къ распространительному толкованію ст. 4 уст. гр. суд. «Защищать можно только свое право, посему право на искъ не можетъ принадлежать тому, кто требуетъ защиты не своего, а чужого права, не будучи на то уполномоченнымъ ни собственниками онаго, ни закономъ» (рѣш. 1909 г. № 8). Собственнаго права на возмѣщеніе ущерба, понесеннаго обывателемъ, городское управленіе безспорно не имѣетъ; выступать же на судѣ отъ его имени оно не уполномочено. Искъ городского управленія къ концессіонеру, нарушившему свою обязанность, если онъ вообще возможенъ, долженъ имѣть другое основаніе и другой предметъ. Какъ публичный представитель городского поселенія, оно можетъ требовать отъ концессіонера, чтобы онъ не извлекалъ изъ отправляемой имъ, на основаніи концессіи, общественно-хозяйственной дѣятельности, больше выгодъ, чѣмъ ему предоставлено по договору, и не обращалъ извлеченныхъ имъ, сверхъ нормы, выгодъ въ свою пользу. Предметомъ требованія городского управленія къ концессіонеру, слѣдовательно, является выдача прибыли, неправомѣрно полученной имъ отъ нарушенія концессіонныхъ условій. Формальнымъ основаніемъ права на истребованіе этой прибыли служитъ то, что городское управленіе призвано по закону защищать интересы городского поселенія или,—что то же самое,—общіе интересы обывателей. Матеріальное же основаніе иска состоитъ въ томъ: 1) что по смыслу и цѣли концессіоннаго договора все, полу-

чаемое концессіонеромъ сверхъ предоставленныхъ ему выгодъ, не можетъ разсматриваться какъ доходъ его предпріятія, а составляетъ доходъ, неправомѣрно извлеченный имъ изъ пользованія городскимъ имуществомъ и изъ отправленія дѣятельности, составляющей прерогативу города; 2) что городское управленіе имѣетъ вполнѣ закономѣрный интересъ истребовать отъ концессіонера излишне полученное имъ, ибо только этимъ путемъ оно лишаетъ его юридической возможности извлекать изъ концессіи непредоставленныя ему выгоды. Кромѣ того во всѣхъ почти нормальныхъ договорахъ выкупная цѣна концессіоннаго предпріятія ставится въ зависимость отъ его прибыльности. Слѣдовательно, увеличеніе прибыли удорожаетъ его выкупъ [1]). Но, и независимо отъ этого обстоятельства, интересъ городского управленія въ данномъ случаѣ поддается точной денежной оцѣнкѣ. Эквивалентъ нарушеннаго концессіонеромъ права на соблюденіе имъ концессіонныхъ условій заключается въ стоимости неправомѣрно, полученныхъ имъ выгодъ. Мы поэтому не видимъ ни матеріальныхъ, ни процессуальныхъ основаній отрицать право городского управленія на истребованіе этихъ выгодъ.

Возможны однако возраженія: 1) что городское управленіе такимъ путемъ обогащается за чужой счетъ и 2) что концессіонеру можетъ грозить самостоятельный искъ со стороны потерпѣвшаго обывателя. Первое обстоятельство можетъ служить основаніемъ для требованія со стороны обывателя о выдачѣ обогащенія, но не для возраженія противъ иска къ концессіонеру. Второе возраженіе кажется намъ неправильнымъ по существу. Обыватель имѣетъ самостоятельное требованіе къ концессіонеру лишь въ томъ случаѣ, если есть основаніе оспорить дѣйствительность заключеннаго имъ договора, напр., вслѣдствіе ошибки или принужденія. Когда поводомъ для такого спора служитъ неправомѣрное дѣйствіе концессіонера, онъ отвѣчаетъ на общемъ основаніи. Въ противномъ случаѣ онъ отвѣчаетъ только въ предѣлахъ своего дѣйствительнаго обогащенія.

---

[1]) Нельзя утверждать, что указаніе на удорожаніе выкупа дѣлаетъ искъ преждевременнымъ. Споръ идетъ о правѣ на уже полученныя концессіонеромъ выгоды.

Мы намѣренно не коснулись вопроса о томъ, не даетъ ли нарушеніе концессіонеромъ нормативныхъ условій,—особенно многократное ихъ нарушеніе,—городскому управленію право устранить его отъ дальнѣйшаго отправленія «общественной службы», при условіи уплаты ему стоимости его предпріятія, другими словами, право на досрочный выкупъ концессіоннаго предпріятія. Разборъ этого вопроса, какъ и вообще подробный анализъ правъ и обязанностей сторонъ и послѣдствій ихъ нарушенія, выходитъ изъ рамокъ настоящей статьи. Мы поставили себѣ болѣе скромную задачу выяснить юридическую природу концессіоннаго договора, опредѣлить сущность и значеніе двухъ его основныхъ элементовъ—конститутивнаго и нормативнаго. На вопросѣ о досрочномъ выкупѣ особенно ярко сказывается необходимость точной и опредѣленной конструкціи концессіоннаго договора и неудовлетворительность смѣшанной теоріи, при которой къ городскому управленію, какъ концеденту, произвольно прилагается то мѣрка органа власти, то мѣрка частнаго собственника, отдавшаго свое имущество во временное пользованіе другому лицу. Совершенно очевидно, что юридическій характеръ, условія и послѣдствія досрочнаго выкупа будутъ совершенно различными, въ зависимости отъ того, примѣняются ли къ нему положенія гражданскаго права объ одностороннемъ расторженіи договора или положенія публичнаго права о правомѣрности административнаго акта и связанной съ нимъ имущественной отвѣтственности.

Примѣненіе цивилистическихъ масштабовъ и положеній тамъ, гдѣ въ дѣйствительности существуетъ отношеніе власти и подчиненія, неимѣніе у городского управленія надлежащихъ средствъ для быстраго искорененія недостатковъ и неисправностей въ важнѣйшихъ отрасляхъ благоустройства, ввѣренныхъ частному предпринимателю, недостаточность мѣръ судебной защиты противъ концессіонера, не соблюдающаго условій нормальнаго договора, наконецъ, крайняя неясность и неопредѣленность правового положенія, какъ городского управленія, такъ и концессіонера — вотъ наиболѣе крупные недочеты постановки у насъ городскихъ концессіонныхъ предпріятій, отъ которой страдаютъ не только финансовые интересы города, но, главнымъ образомъ, жизненные интересы населенія. Радикальное улучшеніе этого положенія едва ли

возможно безъ помощи законодателя и безъ надлежаще устроенной административной юстиціи. Но и сейчасъ положеніе было бы не столь безотраднымъ и примѣненіе концессіонной системы въ муниципальномъ хозяйствѣ не встрѣтило бы столь единодушной отрицательной оцѣнки, если бы удалось провести въ нашу правовую жизнь слѣдующія положенія, на нашъ взглядъ, вполнѣ совмѣстимыя съ дѣйствующими законами:

1) Концессіонеръ становится въ силу концессіоннаго договора исполнителемъ одной изъ функцій, лежащихъ по закону на городскомъ самоуправленіи. Поскольку онъ ее отправляетъ, онъ подчиненъ послѣднему, какъ органу власти. Въ случаѣ явнаго несоотвѣтствія созданнаго концессіоннымъ договоромъ положенія нуждамъ городского населенія и вызваннаго этимъ обстоятельствомъ нарушенія правъ концессіонера, онъ имѣетъ право требовать отъ города, въ силу принятыхъ имъ на себя гарантій, возмѣщенія имущественнаго ущерба, но не можетъ требовать отмѣны правомѣрнаго акта власти, нарушившаго его права.

2) Въ нормативной части концессіоннаго договора городское управленіе, въ качествѣ публичнаго представителя городского населенія, опредѣляетъ нормальный и соотвѣтствующій интересамъ послѣдняго порядокъ взаимоотношеній между концессіонеромъ и обывателями. Имъ восполняются недомолвки и пробѣлы въ заключаемыхъ ими договорахъ. Отступленіе концессіонера отъ предуказанныхъ условій даетъ городскому управленію право требовать отъ него выдачи неправомѣрно извлеченныхъ имъ выгодъ.

Мы ограничиваемся установленіемъ этихъ общихъ положеній. Подробная разработка вопросовъ, связанныхъ съ институтомъ, носящимъ у насъ названіе «нормальнаго или основного договора»—одна изъ очередныхъ задачъ нашей юридической литературы, заслуживающая самаго серьезнаго вниманія публицистовъ и цивилистовъ. Сотрудничество тѣхъ и другихъ въ этой области обѣщало бы наиболѣе цѣнные результаты.

Проф. **Л. Таль.**